

# 15

## **José Caro & José Reaño**

RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA Y  
CRIMINAL COMPLIANCE. ASPECTOS  
SUSTANTIVOS PROCESALES

## **Sergio Valdivia**

RESPONSABILIDAD PENAL DEL SOCIO  
FUNDADOR POR CONDUCTAS DELICTIVAS DE  
LOS ADMINISTRADORES

## **Jesús Hernández**

LA BUSINESS JUDGMENT RULE (BJR) EN EL  
PERÚ: ¿ES NECESARIA SU INCLUSIÓN EN EL  
DERECHO SOCIETARIO PERUANO?

## **Sergio García**

LOS MEJORES ESFUERZOS (BEST EFFORTS)  
EN LA CONTRATACIÓN CORPORATIVA Y  
FINANCIERA

## **Tania Albarracín**

ALGUNOS APUNTES SOBRE LA DEDUCCIÓN DE  
GASTOS DE RESPONSABILIDAD SOCIAL PARA  
EFECTOS DEL IMPUESTO A LA RENTA



© DERUP Editores, Lima, 2021

Av. Salaverry 2020, Oficina B-302-A

Jesús María, Lima, Perú

ISSN: 2312-3583

[www.forseti.pe](http://www.forseti.pe) / <https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/index>

El contenido de los artículos publicados en FORSETI - Revista de Derecho es responsabilidad exclusiva de los autores.

FORSETI autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente y utilice para fines académicos.

**2022-I**  
**Asociación DERUP Editores**  
**Consejo Directivo**

Maria Claudia Tamayo Grados (Presidenta y Directora de Comercialización)  
Oscar Yalta Esterripa (Vicepresidente y Director de Edición)  
Allison Saldamando Egoávil (Directora de Eventos)  
Claudia Zambrano Sotero (Presidenta y Directora de Finanzas)  
Aniuska Segura Ríos (Subdirectora de Eventos)  
Nicolás Ayala Badillo (Subdirector de Comercialización)  
Jean Inti Aguilar (Subdirector de Finanzas)  
Cesar Valdivia Vergara (Subdirector de Edición)

**Comisión de Comercialización**

Andrea Chumpitaz Ortiz  
Leslie Hernández Montoya  
Angie Llaca Conde  
Mariana Loyola Duarte  
Ingrid Mamani Ccallo  
Maryangel Nisiamá Zaki  
Vanessa Quezada Soto

**Comisión de Eventos**

David Alfaro Armas  
Alonso Magallanes Montalvo  
Cesia Esparza Polo  
Rina Gabriela Chanco Sucso  
Hanna Paulino Ramos  
Genaro Ríos Díaz  
María Estefanía Torres Quiroz  
César Yupari Chaccha  
Sandro Fabrizio Olivera García

**Comisión de Edición**

Paloma Cotrina Navarro  
Bernardeth Quijano Rodríguez  
Luis Alonso Blanco Vásquez  
Francesca Chocano Villanueva  
Débora Graciano Chávez  
Luis Martín Iturrizaga Torres  
Luciana Moreno Manrique  
Josué Ochoa García  
Diego Valencia Guevara

**Comisión de Finanzas**

Joel Lima Quiroz  
Thais Arroyo Campos  
Renata Figueroa Sebastián  
Nadir Quivio Jiménez

## SOBRE EL PRESENTE NÚMERO

Tenemos el agrado de presentarles el nuevo número de la Revista FORSETI, primero del año 2022, abocado a temas de Derecho penal, corporativo, financiero y tributario.

La presente publicación miscelánea abarca temas inéditos para la revista. Si bien dichas ramas no han sido tratadas frecuentemente por el producto de nuestra asociación, mediante esta edición aprovechamos para reiterar el compromiso asumido por todos los miembros de la revista: compartir el Derecho desde todas sus aristas, buscando abordar cada vez más elementos de la ocupación que nos reúne de manera heterogénea y profesional.

En ese sentido, nos complace empezar la edición 2022-1 con un profundo análisis de los aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas. Asimismo, se destacan las consecuencias que ello significa para la empresa como sujeto de imputación, sus límites en el riesgo permitido y las sanciones aplicables.

Del mismo modo, se resalta la importancia de discutir sobre la responsabilidad penal que podría asumir el socio fundador de una empresa frente a conductas delictivas de los administradores de esta y se destacan los principales criterios a seguir en una eventual imputación de responsabilidad.

Ahora bien, otro tema relevante es la importancia de la regla del *Business Judgement Rule* para proteger la discrecionalidad empresarial de los directores y gerentes de las sociedades anónimas peruanas. De esta manera, dicha regla jurisprudencial evitará que un juez determine el nivel de cuidado del administrador en base al resultado económico de sus decisiones, salvaguardando la presunción de su diligencia siempre que no se pruebe mala fe, conflicto de intereses, falta de información o actuación extra procedimental.

Por otra parte, revisamos la doctrina referente a los mejores esfuerzos (*best efforts*) en la contratación corporativa y financiera, señalando que esta práctica americana e inglesa, a pesar de haber sido desarrollada en la práctica anglosajona, puede ser igualmente entendida en jurisdicciones civilistas. Así, se reitera la necesidad del abogado corporativo de conocer los modelos contractuales anglosajones, la norma de contratos nacional (Código Civil) y tener la *expertise* necesaria para hacerlos dialogar y navegar entre ellos.

Finalmente, concluimos con una perspectiva acerca de la deducción de gastos de responsabilidad social para efectos del impuesto a la renta. Así, se expresa la necesidad de regular como deducibles ciertos gastos en los que incurren las personas jurídicas dedicadas a la industria extractiva para mantener una cordial relación con poblaciones campesinas.

En nombre del equipo FORSETI, deseamos expresar nuestro más profundo agradecimiento a todos los autores y a quienes fueron partícipes de nuestro proceso de revisión de pares. Esperamos que esta edición sea de su agrado.

**Comisión de Edición**

## Índice

**Responsabilidad penal de la empresa y criminal compliance. Aspectos sustantivos y procesales**

*por José Antonio Caro & José Reaño.....* 09

**Responsabilidad penal del socio fundador por conductas delictivas de los administradores**

*por Sergio Valdivia .....* 50

**La Business Judgment Rule (BJR) en el Perú: ¿Es necesaria su inclusión en el Derecho Societario peruano?**

*por Jesús Hernández.....* 63

**Los mejores esfuerzos (*best efforts*) en la contratación corporativa y financiera**

*por Sergio García.....* 92

**Algunos apuntes sobre la deducción de gastos de responsabilidad social para efectos del Impuesto a la Renta**

*por Tania Albarracín.....* 117

## **Responsabilidad penal de la empresa y criminal compliance. Aspectos sustantivos y procesales**

José Antonio Caro John\*  
José Leandro Reaño Peschiera\*\*

**Resumen.** - Los autores realizan una interpretación de su sentido normativo y los alcances de la responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas junto a los aspectos procesales relevantes. En el Derecho penal vigente la adecuada implementación y correcta administración de los programas de cumplimiento puede llegar inclusive a eximir de responsabilidad penal a la empresa en el proceso penal como demostración de cumplimiento de la legalidad. Dichas cuestiones son tratadas por los autores en el presente trabajo, con una puntual referencia a la legislación, doctrina y jurisprudencia existente sobre la materia.

**Abstract.** - The authors make an interpretation of its normative meaning and the scope of the autonomous criminal liability of legal persons together with the relevant procedural aspects. In current criminal law, the adequate implementation and correct administration of compliance programs may even exempt the company from criminal liability in criminal proceedings as a demonstration of compliance with the law. These issues are dealt with by the authors in this paper, with a specific reference to the existing legislation, doctrine and jurisprudence on the subject.

**Palabras claves.** - Compliance - Empresa - Responsabilidad penal - Programa de cumplimiento

**Keywords.** - Compliance Program - Company - Criminal liability

---

\* Profesor de Derecho penal de la Universidad del Pacífico.

\*\* Profesor de Derecho Penal de la Empresa en la Escuela de Postgrado de la UPC.

## I. Introducción

La responsabilidad penal de las personas jurídicas entró en vigor en el Perú luego de una prolongada *vacatio legis* el 1 de enero de 2018 mediante la Ley 30424 y con el *nomen iuris* “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”. Estamos claramente ante un eufemismo<sup>1</sup> empleado por el legislador al haber acuñado el atributo “administrativa” a una realidad normativa de evidente contenido penal desde el momento mismo en que el espíritu de la Ley apunta en la dirección de responsabilizar y sancionar de manera autónoma a la persona jurídica con una pena, haciendo a un lado las ideas de una responsabilidad meramente administrativa y de la clásica transferencia de responsabilidad penal de la persona natural.

El gran salto hacia una responsabilidad “autónoma”, así definida en el art. 4 de la Ley 30424, viene a instaurar el modelo de autorresponsabilidad estricta que en el nivel de lo sustantivo muestra a la persona jurídica como un sujeto de imputación capaz de producir un hecho propio plasmado en un defecto organizativo, y es precisamente en base a esa autonomía que ahora la persona jurídica en el campo del proceso penal, como un imputado más, cuenta con la posibilidad de ejercitar también de manera autónoma e irrestricta el derecho fundamental a la defensa, reconocido anticipadamente desde el 2004 para las personas jurídicas en el nuevo Código Procesal Penal, art. 93.1, con el siguiente tenor: “La persona jurídica incorporada en el proceso penal, en lo concerniente a la defensa de sus derechos e intereses legítimos, goza de todos los derechos y garantías que este Código concede al imputado”.

La novedosa responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica, o de la empresa, sin embargo, no es aplicable a todos los delitos regulados en el Código penal, sino únicamente a siete delitos que la Ley enumera en un sistema de *numerus clausus*, perteneciendo la mayoría de ellos al libro de los delitos contra la administración pública, a los que se suman los delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Para el resto de los delitos contemplados en el Código penal siguen vigentes las tradicionales consecuencias accesorias del art. 105, que establece como presupuesto para su imposición la obligatoria comprobación en el proceso penal que el delito debió haber sido perpetrado por una persona física que actuó en representación o en ejercicio de actividades de la persona jurídica, o que utilizó la organización para favorecer o encubrir el hecho delictivo. Lo importante a destacar es a pesar de que el Derecho penal nacional todavía conserva esta vieja reliquia —que fue novedosa en 1991 cuando se promulgó el Código penal—, la introducción en el ordenamiento jurídico nacional de la responsabilidad autónoma de la empresa marca un hito de modernidad al

---

<sup>1</sup> Califican a este fenómeno como un “fraude de etiquetas”: CARO CORIA, “Imputación objetiva y compliance penal”, en DEMETRIO CRESPO, (Dir.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, tirant lo blanch, Valencia, 2020, p. 381; GARCÍA CAVERO, “Anticorrupción compliance en la legislación peruana”, en CARRIÓN / KUBICIEL (Dirs.), *Corrupción, compliance y responsabilidad penal de la empresa. Un análisis comparado*, Editores del Centro, Lima, 2020, p. 79.

adecuar la ley penal al espíritu de nuestra época, agilizando y optimizando sobre todo los mecanismos normativos de lucha contra el fenómeno de la corrupción donde cada vez con mayor frecuencia las organizaciones empresariales se ven claramente involucradas.

Es un acierto que la responsabilidad autónoma de la empresa se regule en una ley especial, lo que se aprecia en la manera cómo la Ley 30424 ha estructurado las reglas de imputación, las clases de sanciones aplicables, las circunstancias atenuantes y agravantes, los criterios para la aplicación de las sanciones, y la exigencia por implementación de un modelo de prevención. A esta sistemática se suma el Reglamento de la Ley 30424, zanjado mediante Decreto Supremo N° 002-2019-JUS de 09 de enero de 2019, que viene a desarrollar los principios, procedimientos, componentes, estándares y elementos mínimos del modelo de prevención.

Dicho esto, a modo de introducción, en el Perú de hoy no hay vuelta atrás, la persona jurídica y, por supuesto con ella la empresa, es considerada sujeto de imputación penal y también puede ser denunciada de manera independiente a la persona natural. En estas condiciones, la empresa puede trajinar por sí misma por las sendas de la investigación preliminar, la investigación preparatoria, la etapa intermedia, el juicio oral, así como ser pasible de una condena penal, y con plena facultad de accionar los medios impugnatorios y técnicos de defensa que considere pertinentes. Justamente en esto consiste el tratamiento de la empresa como un sujeto que puede soportar de manera autónoma la imputación de un delito y también en esa misma condición hacer frente un proceso penal.

En el presente trabajo se pone de relieve las consecuencias que un sistema de responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas conlleva para la empresa como sujeto de imputación, así como a nivel de configuración del riesgo permitido y de las sanciones aplicables, sin dejarse de lado las implicancias que el nuevo modelo de responsabilidad penal corporativo supone para las empresas en el ámbito del proceso, partiendo de las formalidades inherentes a su incorporación, pasando por las particularidades del ejercicio de su representación procesal y llegando a la posibilidad de su acogimiento a un régimen de colaboración eficaz corporativo (II.4).

Finalmente, se abordan los lineamientos y directrices desarrollados a nivel del denominado «derecho blando» (*soft law*) para el diseño, implementación y puesta en marcha de los elementos que conforman el programa de prevención y gestión de delitos<sup>2</sup>, cuya naturaleza eminentemente técnica determina que la prueba sobre

---

<sup>2</sup> Para un análisis de las implicancias jurídico-penales del *soft law* en materia de *Compliance*, concretado en el ordenamiento alemán, *Vid.* MONTANER FERNÁNDEZ, «La estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento: implicaciones jurídico-penales», en SILVA SÁNCHEZ (Dir) et al., *Criminalidad de la empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 143-160, destacando que en Alemania no existe regulación jurídica que establezca cuál debe ser la estructura de un programa de prevención de delitos, remitiendo a tal efecto a la norma técnica IDW PS 980 (pp. 144-145).

su correcto y eficaz funcionamiento sea de carácter pericial<sup>3</sup> (III). La relevancia del correcto diseño e implementación de los modelos de prevención de delitos es capital en los ordenamientos jurídicos que —como el peruano— les otorgan efectos eximentes de responsabilidad. Y es que el injusto típico del delito corporativo<sup>4</sup> se asimila a la infracción de las concretas medidas de control establecidas por la persona jurídica para prevenir los riesgos que provocaron la comisión del delito específicamente imputado, mientras que la culpabilidad de la persona jurídica se identifica con un estado general de ausencia de una cultura de cumplimiento de la legalidad penal en la organización corporativa, expresado en la falta de implementación de medidas de control y vigilancia genéricas para prevenir riesgos de similar naturaleza a los que provocaron la comisión del delito<sup>5</sup>.

## II. La responsabilidad penal autónoma de la empresa

La Ley 30424 declara la autonomía de la responsabilidad “administrativa” de la empresa en el art. 4, con la precisión de que “es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural”. El eufemismo del que hemos acusado en la introducción de este trabajo se debe al secreto contado a voces de que el legislador disimuló el contenido de la responsabilidad imputada a la empresa para complacer a los gremios empresariales que en la etapa de gestación de la Ley se opusieron al reconocimiento legal de una genuina responsabilidad “penal” de la empresa para evitar la etiqueta estigmatizante con que puede ser golpeada en su reputación, claramente además de la incuestionable afectación penal de fondo de las medidas.

En el Derecho penal vigente son siete los delitos concretos por los que la persona jurídica responde penalmente, a saber<sup>6</sup>:

---

<sup>3</sup> Vid. GARCÍA CAVERO, *La Ley Compliance Penal*, Num. 3, 2020, p. 4, refiriéndose a la prueba sobre la eficacia del programa de prevención de delitos, subraya que: “En ese orden de ideas, se necesita del conocimiento de especialistas que determinen si la implementación alcanzada se ajusta a lo que razonablemente le puede ser exigido a la persona jurídica. A estos fines sirve, sin duda, la declaración de testigos técnicos o expertos, pero también la actuación de una pericia que se pronuncie al respecto”.

<sup>4</sup> A nivel jurisprudencial, la expresión “delito corporativo” fue acuñada en la STS 221/2016, de 16 de marzo (Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez), precisando que “la responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva. De lo que se trata, en fin, es de aceptar que sólo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad”. A nivel de la doctrina española, la paternidad del concepto de «delito corporativo» se le adjudica a Feijoo Sánchez. Véase al respecto GÓMEZ-JARA DIEZ, *Actor corporativo y delito corporativo. Elementos de un sistema de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas desde una perspectiva teórico-práctica*, Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 25.

<sup>5</sup> Vid. GÓMEZ-JARA DIEZ, *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 53-59, pp. 103-104.

<sup>6</sup> La ley 30424 en su versión originaria fue promulgada el 21 de abril de 2016 para regular únicamente la responsabilidad administrativa del delito de cohecho activo transnacional, previsto en el art. 397-A del Código penal. Posteriormente recibió una primera modificación mediante el Decreto 1352 de 7 de enero de 2017 que amplió el catálogo de delitos para comprender al cohecho activo genérico (art. 397), cohecho activo específico (art. 398), lavado de

- Colusión (art. 384 CP)
- Cohecho activo genérico (art. 397 CP).
- Cohecho activo transnacional (397-A CP).
- Cohecho activo específico (art. 398 CP).
- Tráfico de influencias (art. 400 CP)
- Lavado de activos (arts. 1, 2, 3 y 4 del Decreto Legislativo 1106).
- Financiamiento del terrorismo (art. 4-A de la Ley 25475).

El Estado peruano de todas formas debía introducir en algún momento la responsabilidad penal de la persona jurídica dentro del ordenamiento jurídico, cuanto menos para cumplir con un requisito *conditio sine qua non* impuesto por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) si quería formar parte de este organismo supranacional. Asimismo, el Estado había asumido el compromiso en el año 2000 de cumplir con las recomendaciones N° 3 y N° 5 del Grupo de Acción Financiera Internacional de reconocer en el derecho interno la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos y de financiamiento del terrorismo. En buena cuenta, con la dación de la Ley 30424 estas exigencias venían a cumplirse, y es lo que propiamente ha ocurrido.

Con la declaración de la responsabilidad penal autónoma se sincera en el ámbito del Derecho penal de la empresa el principio de que la responsabilidad penal de la organización es directa, con independencia de la responsabilidad la persona física que actúa en representación o ejercicio de actividades societarias de la empresa. No es necesario acreditar la responsabilidad penal de la persona física para a partir de allí transferir responsabilidad penal a la empresa, cosa distinta a las consecuencias accesorias del art. 105 del Código, todavía aplicable para el resto de los delitos no alcanzados por la Ley 30424, donde sí es necesario establecer en el proceso penal la culpabilidad de la persona física que obró en representación o en ejercicio de actividades de la empresa. En la práctica penal puede darse el caso entonces que la persona física que cometió el delito quede absuelta en la sentencia por alguna causal dogmática, por ejemplo, a causa de un error de tipo o un error prohibición, de un estado de necesidad justificante, etc. Con independencia de la suerte que corra la persona física en el proceso penal, si se acredita que el hecho delictivo fue llevado a cabo con aprovechamiento de un defecto de organización de la empresa, comprobándose el nexo de imputación entre el defecto de organización y el hecho delictivo, basta dicha acreditación para fundamentar la responsabilidad autónoma de la persona jurídica.

Estamos ante una nueva realidad, propia de los delitos corporativos donde, por la elevada complejidad de la organización y del funcionamiento de la empresa,

---

activos (arts. 1, 2, 3 y 4 del Decreto Legislativo 1106), y financiamiento del terrorismo (art. 4-A de la Ley 25475). Estando ya vigente la Ley 30424 desde el 1 de enero de 2018, recibió su – hasta el momento – segunda y última modificación el 2 de agosto de 2018 por Ley 30835 que incorporó al listado de figuras delictivas la colusión (art. 384) y el tráfico de influencias regulado en el art. 400 del Código penal.

muchas veces no es posible identificar propiamente a una persona natural que cometió el hecho delictivo. Pero la falta de identificación de la persona natural deja ahora de ser un obstáculo para imputar el hecho a la empresa, porque mientras se establezca que el hecho delictivo de la persona física tuvo lugar precisamente por el defecto organizativo de la persona jurídica – consistente por ejemplo en una inadecuada definición de los valores y objetivos empresariales del código de conducta, en una ausente delimitación de los ámbitos de competencia, o en una falta de sistemas de control, auditoría, medidas internas de investigación y sanción, etc. – la verificación de dicho defecto será suficiente para imputar directamente la responsabilidad penal a la empresa en sí misma.

Es lo propio de los contactos sociales corporativos de nuestra época, donde las categorías dogmáticas del Derecho penal tradicional que explicaban habitualmente la responsabilidad penal de las personas físicas, esto es, categorías como el dominio del hecho, dolo, imprudencia, etc., atraviesan una transformación en sus fundamentos para enfiar su poderío dogmático al ámbito mismo de las actividades de las empresas. De este modo ya no hay razones para anclar el fundamento de la responsabilidad penal únicamente en el individuo que lleva a cabo el hecho, mientras dicha realización comunica también una semántica de antinormatividad perteneciente a la propia empresa en cuyo nombre, o por cuenta de ella, o en su beneficio directo o indirecto, fue producida la antinormatividad penal del hecho. A título de ejemplo, no cabe duda de que es también un hecho propio de la empresa el lavado de activos propiciado por un ausente mecanismo de supervisión, vigilancia y control, cuando el contador de una empresa minera es captado como “pitufo” por una organización criminal dedicada a la minería ilegal para realizar numerosas transferencias de montos de dinero de baja cantidad por compra ficticia de minerales para no generar sospechas a cambio un beneficio económico.

#### **i. La empresa como sujeto de imputación**

Como ya ha sido mencionado en el apartado anterior, el sistema de imputación instaurado por la Ley 30424 es el de una responsabilidad penal “autónoma” de la persona jurídica (art. 4) en virtud de lo cual recibe directamente la imputación y por razones distintas a las de la persona física.

Las particularidades que resaltar en la Ley, que acompañan al reconocimiento de la persona jurídica como sujeto de imputación, son las siguientes:

- A. La persona jurídica responde sólo por determinados delitos, siete en total, regulados en el Código penal.
- B. No toda persona jurídica es sujeto de imputación, sino únicamente las reconocidas en el art. 2 de la Ley, como las entidades de derecho privado, asociaciones, fundaciones, organizaciones no gubernamentales y los comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un

patrimonio autónomo y las empresas del Estado o sociedades de economía mixta.

- C. Al ser sujeto de imputación la persona jurídica también es sujeto de sanción (art. 7), pudiendo recaer sobre la misma: a) multa; b) inhabilitación, que abarca a la (i) suspensión de actividades sociales, (ii) la prohibición de llevar a cabo en el futuro actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, y (iii) la inhabilitación para contratar con el Estado de carácter definitivo; c) cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales, d) clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo; e) disolución de la persona jurídica.
- D. La sanción la contra la persona jurídica puede ser atenuada (art. 12), sufrir una agravación (art. 13), y su ejecución puede ser también suspendida (art. 16).
- E. La persona jurídica está exenta de responsabilidad si con anterioridad a la comisión del delito adoptó un modelo de prevención (art. 17).
- F. En el ámbito procesal penal la persona jurídica goza de los mismos derechos y garantías de todo imputado (art. 93.2 del Código Procesal Penal).
- G. Sobre las personas jurídicas pueden recaer también medidas cautelares (art. 313-A del Código Procesal Penal).

Es evidente que la persona jurídica ha venido a constituirse en el centro de atención del Derecho penal para soportar un tratamiento penal propiamente como un sujeto de imputación, sin tener que depender para ello de la persona física. El acto en sí mismo de la propia persona jurídica traducido como defecto de organización es la razón de ser de su consideración como sujeto de imputación, lo que es completamente diferente al modelo que caracteriza a las consecuencias accesorias del art. 105 del Código penal, donde la cuestión penal que debía afrontar la persona jurídica dependía o se iniciaba recién a partir de la culpabilidad probada en una sentencia penal de la persona física que obró en representación o ejercicio de actividad de la organización empresarial.

El defecto de organización de la empresa se erige en el terreno propicio para que el delito sea cometido por la persona física que actúa en ejercicio de actividades o de representación de la organización empresarial. A diferencia de los modelos vicariales o de heteroresponsabilidad, la Ley 30424 no exige la comprobación de un injusto culpable de la persona física porque incluso habiendo obrado la persona física sin culpabilidad, persona jurídica responde igualmente en sentido jurídico-penal. Tampoco se requiere que la persona jurídica por sí misma y de propia mano lleve a cabo el hecho delictivo, algo así como cuando la persona física mediante engaño logra despojar de su patrimonio a la víctima cometiendo un delito de estafa. El acto de la persona jurídica se entiende de otra manera: lo determinante

es el sentido comunicativo del hecho superador del riesgo permitido donde la conducta de la persona física sólo aporta el presupuesto, más no el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica<sup>7</sup>. En tal sentido, el hecho cometido por la persona física “en nombre”, “por cuenta”, “en beneficio directo o indirecto” de la persona jurídica (art. 3), es solo el presupuesto de conexión con el defecto organizativo de la empresa, mientras que el fundamento de la responsabilidad autónoma radica propiamente en el defecto de organización o defecto estructural de la empresa consistente en la ausencia de medidas de supervisión, vigilancia y control sobre las actividades societarias. Estas medidas, además, según el art. 17 de la Ley 30424, deben ser idóneas para prevenir los delitos o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.

Para un mejor entendimiento de la relación existente entre presupuesto y fundamento de la responsabilidad penal valga la ilustración tomada del campo del Derecho penal de personas físicas: el cese de la función vital es un presupuesto del delito de homicidio, pero dicho fenómeno natural por sí mismo no fundamenta la responsabilidad penal, que más bien se instituye en el sentido de antinormatividad de la conducta homicida llevada a cabo<sup>8</sup>. Con esto la explicación da pie a resaltar una característica inherente en realidad al Derecho penal común de personas físicas y jurídicas: la ontología y la causalidad por sí mismas nunca generan relevancia penal, sino sólo aportan el presupuesto de la misma, p. ej., para hablar de homicidio debe haber mínimamente un cadáver, mientras que el fundamento de la relevancia penal está en el significado de antinormatividad que genera el hecho en relación al objeto de protección englobado por la norma penal. Siendo esto así, entonces lo determinante para hablar de una responsabilidad penal es el significado de antinormatividad que comunica la conducta como contradicción de la pauta de orientación contenida en la norma penal que en el caso de la empresa se muestra en el defecto de organización.

Por ende, el hecho propio de la empresa como sujeto de imputación radica en el sentido comunicativo que proyecta el hecho realizado por la persona física, pero como acto practicado en el ejercicio de representación o de actividades de la persona jurídica, es decir, de un hecho conectado con la esfera de organización, o que se encuentra en una “relación funcional”<sup>9</sup> con los objetivos organizativos. Cuando, por ejemplo, el representante delinque, el hecho llevado a cabo contiene el defecto de organización de la empresa. Es fundamental por eso establecer el

---

<sup>7</sup> Así también FEIJOO SÁNCHEZ, “Las características de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español”, en BAJO FERNÁNDEZ, et al., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, p. 68.

<sup>8</sup> En este contexto se entiende lo afirmado por JAKOBS, de que “el ‘destruir una vida humana’ *per se* no es más que un mero hecho natural; tan sólo la presencia de una norma —con independencia de cómo ésta esté fundamentada— convierte al sistema psicofísico ‘ser humano’ en un ser humano que no debe ser matado sin razón”, véase JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 25, nota al pie 10.

<sup>9</sup> CIGÜELA SOLA, / ORTIZ DE URBINA GIMENO, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistema de atribución”, en SILVA SÁNCHEZ (Dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y especial*, Atelier, Barcelona, 2020, p. 79.

nexo de imputación entre el hecho y el defecto, para que no se termine imputando a la persona jurídica un hecho ajeno, con una clara afectación del principio de culpabilidad, sino su propio hecho.

Una evidencia de que el hecho de la persona física es sólo suyo, sin potencia dogmática alguna para generar una relación funcional con la esfera de organización de la empresa y partir de su constatación generar un sentido de antinormatividad contra ella, está reconocido en la Ley 30424 en dos supuestos concretos:

- A. Cuando la persona natural lleva a cabo el delito exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica (art. 3, último párrafo); y
- B. Cuando la persona física comete el delito eludiendo de modo fraudulento el modelo de prevención debidamente implementado (art. 17.4).

Se quiebra así todo nexo de imputación del evento delictivo hacia la empresa porque la razón de la comisión no fue propiciada por un defecto organizativo empresarial, sino por el absoluto dominio de la esfera personal o de la propia acción de la persona física. Nuevamente, en esta circunstancia reluce el espíritu de la Ley 30424, de considerar a la empresa como sujeto de imputación, pero no por motivos de transferencia directa de responsabilidad de la persona física, ni tampoco dependiente de la culpabilidad probada de la misma persona física como ocurre con las consecuencias accesorias todavía vigente para los demás delitos no abarcados por la ley especial de responsabilidad de las personas jurídicas del art. 105 CP, con su requisito de acreditar primero la responsabilidad penal de la persona física para luego imponer las consecuencias accesorias contra la persona jurídica.

En la jurisprudencia penal peruana no se ha dictado todavía una sentencia que permita apreciar cómo los jueces interpretan la Ley 30424. Pero no cabe duda que la consideración de la persona jurídica como sujeto de imputación podrá dar lugar a que se presenten algunos casos donde tras comprobarse el defecto de organización de la empresa recaiga sobre la misma una sanción penal, no obstante que el miembro, o persona natural de la organización que delinquiró, quede excluido de la responsabilidad. Esto puede darse, por ejemplo, tras concurrir en la condición personal del representante alguna causa de atipicidad como un error de tipo, o alguna causa de justificación como el estado de necesidad justificante, o alguna causa de exculpación cuando el autor es declarado inimputable o por mediar un error de prohibición o inexigibilidad de la conducta. Inclusive algunas reglas de persecución penal no podrán impedir la responsabilidad y sanción autónoma de la empresa, a pesar de ya no poder ejercitarse la persecución contra la persona física, como es el caso de que las causas que extinguen la acción penal por muerte del imputado, prescripción, amnistía, respecto de lo cual el art. 4 de la Ley señala que “no enervan la responsabilidad” penal de las personas jurídicas.

## ii. Superación del riesgo permitido

En el campo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas el riesgo permitido está constituido por un elemento mínimo de peligrosidad reconocido a toda actividad empresarial, consistente en la “libertad peligrosa”<sup>10</sup> con que interactúa la persona jurídica como componente esencial de la libertad de empresa, con derecho a disfrutar de la creación de riqueza, comercio e industria, acorde al art. 59 de la Constitución. Estando a que el ejercicio de un derecho no es del todo ilimitado, la Ley 30424 establece como elemento intrínseco a la autorregulación la identificación ex ante del peligro, para amoldar la delimitación de los contornos del riesgo permitido a la multiforme configuración de la organización empresarial. De allí la importancia de que la empresa establezca en el modelo de prevención los límites normativos adecuados a su naturaleza y características para saber hasta dónde puede interactuar riesgosamente en la sociedad, sin llegar a traspasar el umbral del riesgo permitido e incursionar en la esfera de la tipicidad penal.

La fijación de los límites normativos de actuación empresarial es hecha en función de los estándares de comportamiento extrapenales que comúnmente ordenan el sector del comercio, la industria y la técnica, es decir, ámbitos todos en realidad poco conocidos por el legislador, o que, por la complejidad de su configuración, no tiene la suficiente capacidad para controlarlos<sup>11</sup>. Por eso el mismo el legislador ha optado por delegar en la propia empresa la competencia para autorregular los límites de su libertad de actuación y no rebasar así los estándares permitidos, debiéndolo llevar a cabo a través de los modelos de prevención. El Reglamento de la Ley 30424 aclara en el art. 4.1 que el diseño de los modelos de prevención debe fundarse en el principio de adaptabilidad, en cuya virtud “las políticas, acciones, procedimientos, estrategias que componen el modelo de prevención se adaptan a la naturaleza, necesidades, tamaño, estructura, operaciones geográficas, modelo comercial y demás características concretas de la persona jurídica, sobre la base de los riesgos a los que esta se encuentre expuesta, en cada caso concreto”. Establecido este principio base, la autorregulación de la empresa es definida por la misma norma en el art. 31 precisando que “las personas jurídicas, en el ejercicio de su autorregulación, de acuerdo a su tamaño, naturaleza, características y complejidad de sus operaciones, tienen la facultad para definir el alcance de los elementos del modelo de prevención, así como los procedimientos o metodología para su diseño, implementación y monitoreo, que mejor se adapte a sus necesidades, riesgos y particularidades y que, en función de ellos, resulten más eficaces”.

---

<sup>10</sup> SILVA SÁNCHEZ, “La exigente de ‘modelos de prevención de delitos’. Fundamento y bases para una dogmática”, en RAGUÉS I VALLÈS / ROBLES PLANAS (Dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 240.

<sup>11</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, “Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿Una cuestión de responsabilidad individual?”, en IDEM, *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, B de F, Buenos Aires, 2009, pp 53.

Con la autorregulación la empresa asume la competencia de organizar y adoptar las medidas de gestión necesarias para controlar y reducir los riesgos a que puede verse expuesta y también exponer a los demás con su participación en la interacción social como reflejo de su cultura de cumplimiento de la legalidad. Con todo, la Ley 30424 no exige que a través del modelo de prevención la empresa deba eliminar todos los riesgos posibles, o reducirlos absolutamente a cero, por el contrario la Ley penal se satisface mediante la eximente contenida en el art. 17 tan solo con que la organización empresarial con anterioridad a la comisión del delito haya adoptado e implementado un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características para prevenir los delitos, o para “reducir significativamente el riesgo de su comisión”. De esta manera a la organización empresarial no se le prohíbe toda actuación riesgosa que, como hemos visto, es inherente incluso a su propia configuración; pues, por muy riesgosas y peligrosas que puedan ser sus actividades, siempre que no rebasen los estándares del segmento social donde ejerce su libertad de empresa, están abarcadas por el riesgo permitido<sup>12</sup> y como tales excluidas de toda imputación jurídico-penal. La racionalidad de la norma apunta a evitar el absurdo en que pudiera incurrir el legislador de prohibir toda actividad de producción y prestación de servicios peligrosas con el objetivo de maximizar la protección de las personas mediante el Derecho penal frente a todos los riesgos posibles. Sin embargo, por muy alta que parezca la peligrosidad de algunas acciones, mientras responda a “una configuración vital que está tolerada de modo general”<sup>13</sup>, está cubierta por el riesgo permitido.

En la superación del riesgo permitido se plasma el defecto organizativo de la empresa por no haber adoptado o implementado con anterioridad a la comisión del delito un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características para prevenir los delitos o para “reducir significativamente” el riesgo de su comisión. El defecto organizativo se conecta con la ausencia de los elementos mínimos que en el caso peruano todo modelo de prevención debe reunir tanto en la formalidad como en la eficacia de su real funcionamiento. Estos elementos, nombrados en el art. 17.2 de la Ley 30424, consisten en: a) un encargado de prevención; b) identificación, evaluación y mitigación de riesgos; c) implementación de procedimientos de denuncia; d) difusión y capacitación periódica del modelo de prevención; y e) evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención. El art. 33 del Reglamento reproduce idénticamente estos elementos mínimos destacando asimismo que las empresas con base en la autorregulación pueden complementar el modelo de prevención con los siguientes elementos adicionales: f) políticas para áreas específicas de riesgos; g) registro de actividades y controles internos; h) la integración del modelo de prevención en los

---

<sup>12</sup> Fundamental al respecto, LESCH, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Heymanns, Köln, 1999, pp. 263 ss.; FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C.F. Müller, Heidelberg, 1988, pp. 72.

<sup>13</sup> CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p. 72.

procesos comerciales de la persona jurídica; i) designación de una persona u órgano auditor interno; j) la implementación de procedimientos que garanticen la interrupción o remediación rápida y oportuna de riesgos; y k) la mejora continua del modelo de prevención.

Una cuestión a mencionar es que la Ley 30424 no establece expresamente la obligación de las personas jurídicas de contar con una certificación del modelo de prevención, pero el art. 49 del Reglamento precisa que se tomarán en cuenta, entiéndase positivamente, “la existencia de certificaciones relacionadas a sistema de gestión de riesgos, gestión de Compliance o sistema de gestión antisoborno, que la persona jurídica hubiese obtenido, en la medida que hayan sido emitidos por parte de entidades especializadas del Perú o del exterior”. Con esto es evidente para el Derecho penal nacional que el “sistema de certificación”<sup>14</sup> de los programas de cumplimiento queda también entregado a la discrecionalidad por la que opte la persona jurídica como parte de su competencia de autorregulación. La octava disposición complementaria final de la Ley 30424 establece que la Superintendencia de Mercado de Valores está facultada para emitir un informe técnico con calidad de pericia institucional, que constituye un requisito de procedibilidad para la formalización de la investigación preparatoria contra las personas jurídicas por los delitos respecto de los que puede responder penalmente. Vale decir, las certificaciones relacionadas al sistema de gestión de riesgos, gestión de Compliance, o sistema de gestión antisoborno, a que hace referencia el Reglamento, desempeñarán sin género de dudas un rol determinante en la construcción del juicio de valoración que luego se verá plasmado en el informe técnico.

Con estos elementos mínimos de configuración el modelo de prevención refleja las características de una autorregulación, regulada a su vez por el Estado con el establecimiento de los pilares normativos que debe considerar como elementos mínimos. Por ello nos encontramos ante una “autorregulación regulada”<sup>15</sup> que posibilita a la empresa una mejor forma de gestionar su esfera de libertad con un claro reparto de funciones y competencias al interior de su organización y fomentar de ese modo una cultura de cumplimiento de la legalidad. Tal como tempranamente aportó Seelman, con una adecuada demarcación y precisión de las esferas de competencias y división de trabajo al interior de la empresa se logra

---

<sup>14</sup> Coincidimos con NIETO MARTÍN, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”, en KUHLEN, et al. (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 42, en que la certificación de los programas de cumplimiento genera el problema de su falta de credibilidad porque la empresa que acude a la certificadora se convierte finalmente en cliente de ésta. Probablemente esta es la razón para que la Ley 30424 haya otorgado a las certificaciones solamente un valor general de reflejo de una cultura de cumplimiento de la legalidad para que el Ministerio Público vea con mejores ojos el modelo de prevención implementado por la empresa.

<sup>15</sup> Véase al respecto FEIJOO SÁNCHEZ, “Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿Una cuestión de responsabilidad individual?”, p. 67 s.: “se trata de una autorregulación fomentada, dirigida o instrumentalizada a través de nuevas fórmulas de regulación estatal o pública, de tal manera que cabría hablar incluso de una ‘corregulación’ o de una ‘regulación complementaria’”.

diferenciar el interés de la empresa y el interés individual de la persona física, lo que posibilita a su vez separar la “imputación individual y la imputación colectiva”<sup>16</sup> cuando de por medio se tenga que determinar la responsabilidad penal de la empresa. En esto se fundamenta con razón la regla de exclusión de responsabilidad (atipicidad) reconocida expresamente en la Ley 30424 a favor de la empresa cuando la persona física realizó el hecho delictivo “exclusivamente” en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica (art. 3), o eludiendo de modo fraudulento el modelo de prevención debidamente implementado (art. 17.4).

Consiguientemente, los elementos normativos mínimos de demarcación del riesgo permitido plasmados en los modelos de prevención cumplen la función de repartir las cargas de gestión de riesgos en sentido preventivo para evitar que la empresa incurra en una responsabilidad penal. Pero aclárese que no se trata de puras reglas de gestión de riesgos, que es lo propio de la fundamentación de una responsabilidad netamente administrativa de la persona jurídica, sino estamos propiamente ante reglas de reparto y delimitación de esferas de competencias o delimitación de la posición de garante en que se encuentra la empresa como gatekeepers<sup>17</sup> de la legalidad, fomentando tanto hacia adentro como hacia afuera de su organización una cultura de cumplimiento de las normas que le evitará incurrir en delitos cuando opere en ejercicio de su libertad de empresa y en disfrute de su derecho a crear riqueza. En suma, es un asunto que muestra una capacidad de autoorganización de la empresa, que al ser desbordada por el miembro que actúa en nombre, por cuenta, o en beneficio de ella, se traduce en clave jurídico-penal como el defecto organizativo originario de la responsabilidad penal de la empresa; dicho en un lenguaje dogmático, como la superación del riesgo permitido.

### **iii. Sanciones aplicables**

Las sanciones aplicables a las personas jurídicas de acuerdo con lo regulado en el art. 5 de la Ley 30424 son las siguientes:

- A. Multa, no menor al doble ni mayor al séxtuplo del beneficio obtenido o que se espera obtener con la comisión del delito.

En los casos donde no se pueda determinar el monto del beneficio obtenido o del que se esperaba obtener con la comisión de los delitos, el valor de la multa se establecerá, de acuerdo con el art. 7, en consideración de los siguientes criterios:

---

<sup>16</sup> SEELMAN, “Punibilidad de la empresa: causas, paradojas y consecuencias”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* N°3 (2002), p. 356.

<sup>17</sup> Así también GOMÉZ-JARA DIEZ, “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO FERNÁNDEZ, et al., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2016, p. 95.

- a. Cuando el ingreso anual de la persona jurídica al momento de la comisión del delito asciende hasta ciento cincuenta (150) unidades impositivas tributarias, la multa es no menor de diez (10) ni mayor de cincuenta (50) unidades impositivas tributarias.
- b. Cuando el ingreso anual de la persona jurídica al momento de la comisión del delito sea mayor a ciento cincuenta (150) unidades impositivas tributarias y menor de mil setecientas (1700) unidades impositivas tributarias, la multa es no menor de cincuenta (50) ni mayor de quinientas (500) unidades impositivas tributarias (UIT).
- c. Cuando el ingreso anual de la persona jurídica al momento de la comisión del delito sea mayor a mil setecientas (1700) unidades impositivas tributarias, la multa es no menor de quinientas (500) ni mayor a diez mil (10000) unidades impositivas tributarias (UIT).

La multa debe ser pagada dentro de los diez días hábiles de pronunciada la sentencia que tenga la calidad de consentida o ejecutoriada. A solicitud de la persona jurídica y cuando el pago del monto de la multa pueda poner en riesgo su continuidad o el mantenimiento de los puestos de trabajo o cuando sea aconsejable por el interés general, el juez autoriza que el pago se efectúe en cuotas mensuales, dentro de un límite que no exceda de treinta y seis meses.

En caso de que la persona jurídica no cumpla con el pago de la multa impuesta, esta puede ser ejecutada sobre sus bienes o convertida, previo requerimiento judicial, en la medida de prohibición de actividades de manera definitiva, prevista en el numeral 2 del literal b) del artículo 5.

- B. Inhabilitación, en cualquiera de las siguientes modalidades:
  - a. Suspensión de actividades sociales por un plazo no menor de seis meses ni mayor de dos años.
  - b. Prohibición de llevar a cabo en el futuro actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será menor de un año ni mayor de cinco años.
  - c. Para contratar con el Estado de carácter definitivo.
- C. Cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales.
- D. Clausura de locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal es no menor de un año ni mayor de cinco años.
- E. Disolución.

El art. 6 adiciona la intervención de la persona jurídica como sanción complementaria cuando se trate de salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores hasta un periodo de dos años, con una serie de reglas sobre la manera en que deberá ser aplicada.

Una cuestión para aclarar es ¿qué función cumplen estas sanciones? ¿Son propiamente penas o medidas administrativas? Respecto de la naturaleza penal de la multa no cabe discusión alguna, ya forma parte incluso de la clase de penas aplicables a las personas físicas como consta en el catálogo de penas del art. 28 CP. En relación con las demás sanciones, con excepción de la inhabilitación para contratar con el Estado, son aplicadas también contra las personas jurídicas como consecuencias accesorias. Con esto se evidencia que en el Derecho vigente cohabitan dos sistemas de sanciones contra las personas jurídicas: a) como medidas administrativas accesorias a la responsabilidad penal de las personas físicas, con la etiqueta de “consecuencias accesorias” en el art. 105 CP; y, b) como sanciones penales autónomas, acorde al art. 5 de la Ley 30424. Es decir, por un lado reciben un tratamiento accesorio, de dependencia de la responsabilidad penal de la persona física, y, por otro lado, son de aplicación directa, autónoma, sin requerirse antes hacer responsable a la persona física para su imposición.

Con independencia del envoltorio heterogéneo, lo determinante es el contenido. A nuestro modo de ver, la infracción penal debe ser vista como un acto con significado y la pena como estabilización, y ambos conceptos en una relación de sentido, de “enunciado y respuesta”<sup>18</sup>. Estando a que en el campo del Derecho penal de las personas físicas la pena jamás repara bienes, de allí que la misión del Derecho penal fracasa si se le dota de contenido para la protección de los bienes, en el mundo de las personas jurídicas la pena tampoco cumple ese cometido protector de bienes, sino la función que desempeña es de corte comunicativa, de envío a la sociedad de un mensaje de prevención general estabilizadora. La relación entre delito y pena es funcional, de enunciado y respuesta, constituyendo el delito de la persona jurídica un fenómeno social; en esa relación la pena cumple la función social de prevenir la desintegración social<sup>19</sup> a que puede verse expuesta la sociedad si deja sin castigo los hechos delictivos de las personas jurídicas. Es una función de estabilización, de comunicación, para que las personas jurídicas cumplan con la expectativa normativa de funcionar acorde a los elementos mínimos de un cumplimiento organizativo, de fomento de una cultura de cumplimiento de la legalidad cuando ejerciten sus actividades como elemento inherente de la libertad de empresa en la interacción social.

Para hacer posible la función de prevención general estabilizadora, el sistema de sanciones muestra el rostro de la pena en sus dos dimensiones comunicativas:

---

<sup>18</sup> JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2a. ed., De Gruyter, Berlín, 2001, Prólogo.

<sup>19</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Normativización del Derecho penal y realidad social*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 97.

- A. En la primera dimensión, del lado manifiesto o notorio, se ubica la pena de multa, regulada en los arts. 5.1 y 7 de la Ley 30424. En la medida que la multa no debe ser menor del doble ni mayor al séxtuplo del beneficio obtenido o que se espera obtener con la comisión del delito, en su contenido comunica la peculiar drástica con que el Derecho penal reacciona frente al déficit organizativo de las personas jurídicas.
- B. En la segunda dimensión comunicativa, del lado latente o silencioso de la pena, están ubicadas las demás sanciones del art. 5, que también golpean a las personas jurídicas, pero con una intensidad menor. Como imponer a todas las personas jurídicas la misma sanción por igual, por ejemplo la multa, puede generar un factor adverso desincentivador para el fomento de una cultura de cumplimiento de la legalidad mediante la adopción un modelo de prevención adecuado a la naturaleza y riesgos de la persona jurídica, es posible lograr también la estabilización evitando la desintegración social en el ámbito de las organizaciones empresariales, por ejemplo, con una clausura temporal del establecimiento, o con una suspensión también temporal de actividades. No se neutraliza así a la persona jurídica, pero se reafirma la validez de las expectativas normativas hacia una adecuada adopción e implementación en la organización de un modelo de prevención que refleje una cultura de cumplimiento de la legalidad.

La demostración de que el sistema de sanciones contra la persona jurídica no es aplicable de manera uniforme o por igual contra todo defecto organizativo, la Ley 30424 establece un conjunto de criterios y circunstancias a tomar en cuenta como mensaje comunicativo diferenciado que el juez penal deberá considerar al momento de imponer la sanción que corresponda contra la persona jurídica. Así, la imposición del sistema de sanciones cuenta con lo siguiente:

- A. Criterios de graduación de la multa en el art. 7, en función de los ingresos anuales de la persona jurídica.
- B. Circunstancias atenuantes en el art. 12, como las siguientes:
  - a. La colaboración objetiva, sustancial y decisiva en el esclarecimiento del hecho delictivo, hasta antes del inicio de la etapa intermedia.
  - b. El impedimento de las consecuencias dañosas del ilícito.
  - c. La reparación total o parcial del daño.
  - d. La adopción e implementación por parte de la persona jurídica, después de la comisión del delito y antes del inicio del juicio oral, de un modelo de prevención.
  - e. La acreditación parcial de los elementos mínimos del modelo de prevención.

Inclusive situaciones posteriores al hecho propio de la persona jurídica constituyen circunstancias atenuantes, como la confesión debidamente corroborada de la comisión del delito que debe ser hecha antes de la formalización de la investigación preparatoria, con el efecto facultativo de rebajar la multa, inhabilitación y clausura de locales y establecimientos.

- C. Circunstancias agravantes, reguladas en el art. 13, en función de la utilización instrumental de la persona jurídica por quien comete el delito. Se incluye la reincidencia también como agravante cuando dentro de los 5 años posteriores a la fecha de imposición de la sanción la persona jurídica incurre en cualquier de los delitos contemplados en el catálogo de figuras delictivas del art. 1 de la Ley 30424.
- D. Criterios para la aplicación de las medidas administrativas en art. 14, como las siguientes:
  - a. La gravedad del hecho punible.
  - b. La capacidad económica de la persona jurídica.
  - c. La extensión del daño o peligro causado.
  - d. El beneficio económico obtenido por el delito.
  - e. El móvil para la comisión del delito.
  - f. El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona natural u órgano que incumplió el deber de control.
- E. Suspensión de ejecución de las sanciones en el art. 16, con una duración no menor de 6 meses ni mayor de 2 años.
- F. Eximente por implementación del modelo de prevención (art. 17). Aquí es importante resaltar que no es un deber para la persona jurídica implementar un programa de cumplimiento, pero, si lo cuenta con anterioridad a la comisión del delito, refleja una buena cultura de cumplimiento normativo, o un ausente defecto de organización, con un poder excluyente de la responsabilidad penal.

El caso de la disolución de la persona jurídica, regulada el art. 10, merece una atención por separado. La Ley 30424 estatuye que esta sanción sólo se aplica a las personas jurídicas que hayan sido constituidas y operado para favorecer, facilitar o encubrir la comisión de los delitos. La norma remarca que “en ningún caso podrá aplicarse para otras circunstancias”, tampoco “cuando se trate de personas jurídicas de derecho privado y empresas del Estado o sociedades de economía mixta que presten un servicio de utilidad pública, cuya interrupción pueda causar graves consecuencias sociales o económicas o daños serios a la comunidad”. Consideramos que esta medida responde de manera aislada a una función de

prevención especial negativa, restringida a los casos más graves<sup>20</sup> debido al elevado grado de instrumentalización en que cae la persona jurídica. Por tanto, la disolución es funcional para cortar con la continuidad del funcionamiento de la persona jurídica en la pura ilegalidad. Pertenecen a este caso: a) Las personas jurídicas transformadas en organizaciones criminales que dan un giro hacia el crimen organizado de manera estructurada para la comisión de delitos de corrupción, lavado de activos o financiamiento del terrorismo; b) las empresas de fachada, creadas únicamente para delinquir, es decir, empresas constituidas únicamente para ser vehículo de recepción y transferencia de ganancias ilegales procedentes, p. ej., del lavado de activos procedente de la corrupción; c) empresas lícitas pero con una alta peligrosidad objetiva reflejada en un funcionamiento orientado sólo para encubrir delitos, sin medidas de vigilancia y control, lo que viene a facilitar delitos de corrupción, lavado de activos, financiamiento del terrorismo, etc. La disolución responde entonces a una función netamente asegurativa de la persona jurídica instrumentalizada o reducida a mera pantalla o simple cosa, para cortar drásticamente con su continuidad delictiva.

#### iv. Aspectos procesales

En tanto sujeto de imputación con autonomía para realizar un hecho propio de carácter delictivo, en el Derecho procesal peruano la persona jurídica puede ser incorporada al proceso penal donde goza de los mismos derechos y garantías que se reconocen al imputado<sup>21</sup>. El art. 93 del Código Procesal Penal establece precisamente que la persona jurídica puede hacer valer a su favor las mismas garantías que rigen para la persona física en el proceso penal, de manera que no es posible establecer excepción ni restricción alguna al disfrute de dicho derecho en la misma condición con que el ordenamiento procesal depara a todo imputado. La particularidad del caso concreto aportará las razones para discutir qué garantía concreta será reconocible a la persona jurídica, y en qué medida, teniéndose en consideración que el ejercicio de toda garantía tampoco es ilimitado para ningún imputado en el proceso penal.

Los aspectos más resaltantes de la posición de la persona jurídica en el proceso penal son los siguientes:

##### A. Incorporación al proceso penal

La incorporación de la persona jurídica sólo es posible a instancia del fiscal penal, que deberá presentar la solicitud al juez de la investigación preparatoria hasta antes de darse por concluida esta etapa (art. 91 CPP). No es posible incorporar legalmente a la persona jurídica al proceso después de

---

<sup>20</sup> Así también ONTIVEROS ALONSO, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en México. Algunos desafíos de cara a su implementación", en IDEM, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, tirant lo blanch, Valencia, 2014, p. 347, las sanciones más drásticas se reservan para las personas jurídicas que "hayan cometido injustos de muy importante proporción".

<sup>21</sup> Así también SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, 2ª ed., INPECCP/CENALES, Lima, 2020, p. 318.

concluida la investigación preparatoria. Los requisitos para su incorporación son tres: a) deberá indicarse la identificación y el domicilio de la persona jurídica, b) se deberá presentar una relación sucinta de los hechos en que se funda el petitorio, y c) la solicitud deberá contener la fundamentación legal correspondiente.

Un rasgo distintivo de que la persona jurídica puede hacer valer a su favor las mismas garantías reconocidas al imputado está presente en la exigencia de que la garantía de imputación necesaria<sup>22</sup> debe orientar la operación de incorporación de la persona jurídica al proceso, como mecanismo de control para que la presentación sucinta de los hechos no consista en una mera formulación genérica de los cargos, sino en una precisión concreta de en qué consiste el defecto de organización empresarial como hecho imputable y el nexo de imputación del defecto organizativo con los alcances del tipo penal imputado.

La garantía de imputación necesaria hace efectiva el derecho constitucional de defensa por cuanto asegura que el imputado, en este caso la persona jurídica, pueda ser informada de la imputación de manera concreta y específica. El derecho a ser informado de la imputación presupone tres elementos, perfilados por Tribunal Constitucional<sup>23</sup> de la siguiente manera: a) La existencia de un hecho concreto y específico o la apariencia verosímil del mismo; b) La calificación jurídica; c) La existencia de evidencia o de medios de convicción.

Es muy importante tener en cuenta en esta parte que el juicio de subsunción típica debe estar ajeno a los criterios de una “peligrosidad objetiva”<sup>24</sup> de la empresa como fundamento de la imputación, en tanto que estos criterios rinden más bien sus efectos en el modelo de las denominadas “consecuencias accesorias” del art. 105 CP. Lo que corresponde, por exigencia de la garantía

---

<sup>22</sup> Fundamental sobre la estructura de la imputación necesaria es la obra de MENDOZA AYMA, *La necesidad de una imputación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo*, 3ª ed., Zela, Puno, 2019, pp. 121 ss.

<sup>23</sup> Véase la STC N°03987-2010-PHC/TC, fundamento jurídico N°38: “En resumen el derecho a ser informado de la imputación tiene tres elementos configuradores: i) La existencia de un hecho concreto y específico o la apariencia verosímil del mismo (STC N°8125-2005-PHC/TC); ii) La calificación jurídica (STC N°06079-2008-PHC/TC); iii) La existencia de evidencia o de medios de convicción (STC N°s 5325-2006-PHC/TC; 9544-2006-PHC/TC).”

<sup>24</sup> La diferencia entre los fundamentos de incorporación de las personas jurídicas para recibir consecuencias accesorias o una pena es conocida por la jurisprudencia penal. A este respecto, en un fallo de incorporación al proceso penal del Partido Nacionalista del expresidente Ollanta Humala, con el pedido de la fiscalía por que se le imponga consecuencias accesorias por el delito de lavado de activos, la Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios, en el Exp. N°00249-2015-39, de 13 de marzo de 2019, dejó sentado que “si bien las consecuencias accesorias califican como sanciones penales especiales (...), su fundamento no radica en la culpabilidad del ente colectivo en la comisión del delito. La punibilidad no descansa en la retribución por alguna conducta que le sea especialmente reprochable a la persona jurídica, sino en la peligrosidad objetiva derivada de su eventual instrumentalización para favorecer o encubrir el entorno delictuoso imputable a las personas naturales.”

de imputación concreta, es que el fiscal penal precise en qué consiste el defecto organizativo de la empresa que ha motivado su incorporación en el proceso penal para imponerle una pena. La fiscalía deberá presentar a este respecto los elementos de convicción necesarios como proposición fáctica que evidencie en esta etapa un defecto estructural de la organización empresarial consistente en la ausencia de las medidas de supervisión, vigilancia y control, a que se refiere mínimamente el art. 17 de la Ley 30424, más la fundamentación del nexo de imputación del resultado lesivo imputado con los elementos del tipo penal.

Naturalmente, el grado de exigencia de precisión de la imputación no es el mismo en todas las etapas del proceso penal. Es mucho más alta la exigencia de precisión, por ejemplo, en la etapa de control de la acusación y en la de juzgamiento donde además debe ir acompañada de los medios probatorios necesarios.

#### B. Representación procesal de la persona jurídica

Una vez que la persona jurídica sea incorporada al proceso penal deberá designar un representante – “apoderado judicial” señalado así por el art. 92 CPP– que asuma la competencia de organizar la defensa penal de la persona jurídica. La norma procesal penal prohíbe expresamente que la persona física imputada por los mismos hechos asuma la representación procesal de la persona jurídica, con lo cual, por ejemplo, si su representante legal o el gerente general son las personas imputadas, ellas mismas no podrán representar a la persona jurídica en el proceso penal.

De esta manera en el proceso penal nacional se superan los problemas existentes en otros ordenamientos procesales donde no existe esta prohibición expresa, pudiendo generarse el conflicto de interés de que en el imputado recaiga la competencia de velar por la defensa penal de la persona jurídica. El conflicto de interés advertido entonces está superado. Si la persona jurídica no designa un representante o apoderado judicial dentro del plazo de cinco días, el Código Procesal Penal en el art. 92 obliga al juez a designar al apoderado judicial que considere. No está regulado quién podría asumir ese encargo, si podrá serlo una persona física u otra persona jurídica, pero es previsible que dicha competencia sea asumida por el defensor de oficio, como ocurre en el caso de las personas físicas imputadas. Es importante subrayar que únicamente el imputado está prohibido a asumir la representación o defensa de la persona jurídica, pero no existe problema alguno de que el mismo abogado defensor pueda patrocinar al mismo tiempo tanto al imputado como a la persona jurídica por los mismos hechos en el proceso penal. El espíritu de la norma procesal está orientado así a garantizar que ninguna persona jurídica quede sometida a una indefensión en el proceso penal.

C. La persona jurídica como colaborador eficaz

Como parte del llamado Derecho penal premial, o también de una justicia penal negociada, la persona jurídica, encontrándose o no sometida a un proceso penal, puede acogerse al proceso especial de colaboración eficaz, suscribir acuerdos de colaboración eficaz, disfrutar de los mismos derechos y cumplir las mismas obligaciones de todo colaborador eficaz<sup>25</sup>. Esta facultad puesta a disposición de la persona jurídica fue introducida en el ordenamiento jurídico nacional mediante la Ley 30737, vigente desde el 13 de marzo de 2018, y está orientada a asegurar el pago de la reparación civil a favor del Estado en casos de corrupción y delitos conexos.

Las reglas del proceso especial de colaboración eficaz están contempladas en la Sección VI del Código Procesal Penal, en los arts. 472 al 481-A, y en su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 007-2017-JUS. Encontrándose inmersa en el proceso de colaboración eficaz, la persona jurídica, las fases que podrá trajar son: calificación, corroboración, celebración de acuerdo, acuerdo de beneficios y colaboración, control y decisión jurisdiccional, y revocación.

Entre los beneficios premiales que podrá obtener la persona jurídica como colaborador eficaz, dependiendo el grado de eficacia o importancia de la colaboración, están los siguientes (art. 475.2 CPP): a) Exención de pena; b) disminución de la pena; c) suspensión de ejecución de la pena; d) remisión de la pena si la está cumpliendo. Asimismo, acorde al art. 480 CPP, si la persona jurídica colaboradora incumple sus obligaciones, se le podrá revocar el beneficio premial.

En todo caso, la Ley 30737 enfatiza que los beneficios que reciba la persona jurídica como consecuencia del acuerdo de colaboración eficaz deben sujetarse al principio de proporcionalidad entre la colaboración y el beneficio que se obtiene. Asimismo, el art. 481.1 CPP prevé en caso de que el acuerdo de colaboración eficaz y beneficios es denegado por el fiscal o desaprobado por el juez, las declaraciones formuladas por el colaborador, aquí la persona

---

<sup>25</sup> La Casación N°852-2016-Puno define en el fundamento jurídico N°16 este proceso especial del modo siguiente: “La institución de la colaboración eficaz es regulada mediante un procedimiento distinto a los procesos que el Código Adjetivo establece. Se encuentra enmarcado dentro del denominado derecho penal y procesal penal ‘premio’. Con esta denominación se alude al procedimiento a través del cual un sospechoso, imputado o sentenciado colabora con el sistema de justicia, brindando información relevante sobre organizaciones criminales, a cambio de la obtención de un beneficio procesal o penal (premio). Se trata de un mecanismo eficaz para la lucha contra la criminalidad organizada, pues es este el ámbito en el que se aplica normalmente. Así mismo, es un proceso autónomo al que puede acceder quien se encuentre sometido o no a un proceso penal o quien ha sido sentenciado, obteniendo por ello beneficios a cambio de que brinde información veraz y corroborable respecto al grupo criminal de la que es o fue parte, permitiendo detener acciones delictivas que esta pueda realizar o planear, así como sancionar a sus integrantes por la comisión de delitos graves. No se tramita como un incidente del proceso común”.

jurídica, se tendrán como inexistentes y no pueden ser utilizadas en su contra.

### **III. El compliance penal**

El Perú ha atravesado en los últimos años por importantes reformas normativas en el terreno del compliance, particularmente en lo referido a los ámbitos de la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo, así como en lo que toca a la prevención de la corrupción de funcionarios públicos. Se tratan de temas de suma actualidad en la agenda legislativa del gobierno y parlamento, cuyo debate se ve atizado por el impacto que los grandes escándalos de corrupción empresarial y gubernamental que recientemente han afectado al país y a la región latinoamericana.

Así, en el ordenamiento jurídico nacional coexisten actualmente dos grandes sistemas de cumplimiento normativo, destinados a prevenir la comisión de determinados delitos en las organizaciones empresariales o a mitigar los riesgos que éstos conllevan, cada uno con sus propias particularidades. A saber, estos dos sistemas refieren, por un lado, al régimen de responsabilidad autónoma de personas jurídicas por prácticas de corrupción, lavado de activos y financiamiento del terrorismo, regulado en la Ley 30424, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 002-2019-JUS, el cual establece los supuestos que generan responsabilidad de la empresa, las sanciones aplicables a las personas jurídicas y criterios para su graduación. Sin duda alguna, el elemento más innovador es la regulación de los modelos de prevención, compuesto por distintos elementos cuya debida implementación, como se desarrolla más adelante, exime de responsabilidad a las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos, representantes o empleados.

Por otro lado, la legislación peruana contempla un modelo vinculado al sistema de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo (“SPLAFT”), cuya implementación constituye una obligación regulatoria para aquellos considerados como “sujetos obligados”, quienes deben diseñar e implementar los procedimientos y controles propios del SPLAFT bajo sanción administrativa de multa en caso de incumplimiento. Este sistema de cumplimiento está a cargo de la Unidad de Inteligencia Financiera (la, “UIF-Perú”) y se encuentra regulado principalmente por la Ley 27693, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 020-2017-JUS y la regulación sectorial derivada de la aplicación de la citada Ley.

En lo que sigue, nos referiremos a los componentes del modelo de prevención de delitos materia de la Ley 30424 y Reglamento, para cuyo diseño, implementación y puesta en marcha debe tomarse en consideración tanto la Norma Técnica Peruana: NTP-ISO 37001:2017, aprobada por la Dirección de Normalización del Instituto Nacional de Calidad INACAL, como los lineamientos emitidos por la Superintendencia del Mercado de Valores del Perú (SMV) para la implementación

y funcionamiento del modelo de prevención de delitos, aprobados mediante Resolución SMV No. 006-2021-SMV/01.

**i. Supuestos, presupuestos, características**

En este apartado nos adentraremos en las directrices y pautas desarrolladas a nivel de *soft law* para el diseño, implementación y puesta en marcha de cada uno de los elementos mínimos de los programas de prevención y gestión de riesgos penales. Estos lineamientos carecen de *enforcement*, por no poseer naturaleza jurídico-legal, pero bajo el ropaje de normas técnicas y buenas prácticas internacionales, desarrolladas por organismos privados y agencias estatales con trayectoria especializada en materia de compliance, se erigen en genuina *lex artis* a considerar para apreciar la corrección e idoneidad de los modelos de organización y gestión de delitos.

En términos generales, el diseño de los modelos de prevención y gestión de riesgos penales ha de considerar seis principios básicos para ser considerado idóneo<sup>26</sup>; a saber, i) deben ser consistentes con la normatividad de los ordenamientos legales de los países en los que la persona jurídica realiza sus operaciones, lo que dado el dinamismo propio de los marcos jurídicos locales exige una revisión periódica; ii) su enfoque debe ser participativo, lo que supone el involucramiento de la alta dirección de la persona jurídica, así como de los socios comerciales (*business partners*) y partes interesadas con los que exista interacción permanente; iii) si bien la adopción del programa de prevención de delitos es facultativa, una vez tomada la decisión de implementarlo, debe ser aplicado en forma completa en todas las áreas y niveles de la persona jurídica (aplicación general); iv) para que el programa de prevención de delitos pueda ser fácilmente comprendido por los colaboradores y directivos de la persona jurídica, así como por sus socios comerciales y partes interesadas, debe privilegiarse la simplicidad en la comunicación de las medidas de control y prevención; v) ha de preferirse el fomento de actitudes conformes a la ética e integridad en un entorno de confianza, por sobre un enfoque represivo y de control excesivo (cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad); y, vi) debe ser la propia persona jurídica la que, en función a su dimensión, naturaleza, actividad, características, zona geográfica en las que opera, volumen y complejidad de sus operaciones, ámbito regulatorio, entre otros aspectos operacionales, defina el alcance de los elementos del modelo de prevención y la metodología para su diseño, implementación y monitoreo, buscando la que mejor se adapte a sus necesidades, riesgos y particularidades, con el objetivo de lograr su eficacia por sobre la verificación de procedimientos formales (autorregulación).

En lo que sigue, se abordan algunos de los principales estándares de calidad que las normas técnicas de compliance y las buenas prácticas internacionales aconsejan observar al diseñar, implantar y poner en marcha los componentes mínimos de un

---

<sup>26</sup> Véase SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES DEL PERÚ, *Lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención*. Lima, 2021.

programa de prevención y gestión de riesgos penales, a fin de que pueda ser considerado adecuado bajo la mirada de las autoridades encargadas de su evaluación.

#### A. El oficial de cumplimiento

El oficial de cumplimiento tiene como función esencial velar por la aplicación, ejecución, cumplimiento y mejora continua del modelo de prevención. La norma UNE 19601 lo caracteriza como el órgano que personifica la posición de máximo garante ad intra y ad extra de la supervisión, vigilancia y control de las obligaciones de compliance penal en la organización, por lo que — a tales efectos — debe disponer de recursos suficientes, estatus, autoridad e independencia<sup>27</sup>. No obstante, la referencia a una tal posición de garantía no debe trasladarse sin más al ámbito de las reglas de imputación penal, en el que el análisis sobre los fundamentos de la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento está en función a la posibilidad de asunción por delegación de competencias del deber de impedir delitos en la organización empresarial<sup>28</sup>, en tanto que resulta claro que no ostenta una posición de garante original por los delitos que pudieran cometerse en la marcha de la actividad de la persona jurídica, sino que más bien sus deberes primarios se centran en la vigilancia del cumplimiento del programa de prevención de delitos e identificación de oportunidades de mejora<sup>29</sup>.

Para efectos del presente trabajo, limitado a los principales aspectos a los que debe atenderse al diseñar, implementar y poner en marcha los componentes esenciales del programa de prevención y gestión de riesgos penales, interesa destacar que el ejercicio adecuado de la función de oficial de cumplimiento requiere autonomía e independencia de la administración, debiendo contar con acceso directo al máximo órgano de gobierno de la persona jurídica y ser éste el que lo designe. La ausencia de autonomía e independencia en el ejercicio de su función puede ser razón suficiente para fundamentar una condena contra la persona jurídica, en caso haya sido dicho déficit

---

<sup>27</sup> Cfr. Norma Española UNE 19601:2017 de Sistemas de gestión de *Compliance* penal, apartado 5. Liderazgo. 5.1.2. Órgano de *Compliance* penal, literal c). Sobre el particular, véase GÓMEZ-JARA DIEZ, *Compliance penal y responsabilidad penal de personas jurídicas. A propósito de la UNE 19601. Sistemas de gestión de compliance penal*, Aranzadi, Pamplona, 2020, *passim*.

<sup>28</sup> Enfocando acertadamente el debate sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en la posibilidad de fundamentar una posición de garantía por derivación, a raíz del pronunciamiento a modo de *obiter dictum* contenido en la sentencia del *Bundesgerichtshof* (BGH) de 17 de julio de 2009, véase ROBLES PLANAS, "El responsable de cumplimiento ("*Compliance Officer*") ante el Derecho penal", en SILVA SÁNCHEZ (Dir.), *Criminalidad de la empresa y compliance prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 319.

<sup>29</sup> Véase MONTANER FERNÁNDEZ, "El Criminal Compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones", en *Estudios Penales y Criminológicos* N°35 (2015), p. 733, precisando que "el compliance officer es un órgano auxiliar que no asume una obligación general de impedir delitos y que sus funciones de vigilancia se concentran y limitan a la obtención y transmisión de información al órgano de dirección".

organizativo el que hubiere provocado —o evitado impedir— la realización del delito.

Ello se advierte, por ejemplo, en un reciente pronunciamiento de la justicia chilena, por el que se condena por delito de corrupción de funcionarios a una empresa del sector pesquero, presuntamente involucrada en el pago de sobornos a parlamentarios de dicho país con el objeto de influir en la aprobación de Ley de pesca y acuicultura. Según los fundamentos del tribunal que dictó el fallo de culpabilidad contra la persona jurídica, el oficial de cumplimiento carecía de autonomía, en tanto que nunca tuvo un acceso real al órgano de dirección de la sociedad mercantil, limitándosele así cualquier posibilidad de supervisar efectivamente a la gerencia general. Asimismo, el tribunal valoró como indicio post-consumativo relevante para fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica, el hecho que luego de producida la renuncia del gerente general a raíz de los hechos materia del proceso penal, en lugar de que se le impusiera alguna sanción disciplinaria al ejecutivo y/o se adoptaran medidas correctivas, la empresa le agradeciera por su gestión e incluso terminara pagándole una indemnización significativa por su cese laboral, a la par que lo mantuviera vinculado a otras empresas del mismo grupo económico, todo lo cual fue considerado por el tribunal como indicativo de un tratamiento negligente por parte de la persona jurídica, contrario a un compromiso de prevención de delitos y a una cultura organizacional de cumplimiento<sup>30</sup>.

Resulta de especial interés que, a pesar de que la persona jurídica condenada acreditó contar formalmente con un modelo de prevención de delitos aprobado por su directorio, en cuyo diseño —según el acta de deliberación del tribunal— contó con el asesoramiento de una firma auditora (*big four*), el tribunal considerara que el sistema de organización y gestión de delitos era insuficiente para cumplir su finalidad preventiva. Así, junto a la falta de autonomía e independencia del Oficial de Cumplimiento, el tribunal consideró como grave defecto de organización la falta de supervisión, inspección y control sobre la autoridad máxima de administración de la sociedad (i.e. la gerencia general), puesto que su actuación y decisiones no se encontraban sujetas a ningún tipo de cuestionamiento. Además, toda la estructura jerárquica de la persona jurídica dependía directamente de la gerencia general, lo que —a ojos del tribunal— hacía imposible fiscalizarla e impedía que adoptare alguna acción preventiva frente a prácticas indebidas. En lo que toca al perfil del encargado de prevención, con prescindencia de las particularidades de cada ordenamiento —según las cuales, podría

---

<sup>30</sup> Para acceder al acta de deliberación del tribunal, en el que se recogen los fundamentos del fallo condenatorio, véase <https://media.elmostrador.cl/2020/12/VERDICTO-CORPESCA.pdf>. Se trata de la primera condena impuesta en Chile luego de un juicio oral seguido contra una persona jurídica a la que se le imputaba la comisión del delito de cohecho, en aplicación de la Ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ley 20.393), vigente en Chile desde 2009.

exigirse que la función sea ejercida de modo exclusivo o permitirse que sea compartida con otras responsabilidades ajenas a la tarea de cumplimiento; ser desempeñada por una sola persona en más de una empresa cuando se trate de un mismo grupo económico, incluso cuando se traten de operaciones realizadas en distintos países; exigirse que sea ejercida necesariamente por un ejecutivo interno a la organización o permitirse la externalización de algunas de las tareas de cumplimiento<sup>31</sup> —, las *best practices* aconsejan — como mínimo — la presencia de tres competencias profesionales para las personas que se desempeñen como órgano de cumplimiento de una persona jurídica.

En primer lugar, se requiere que conozca la organización y sus procesos clave, lo que ciertamente incluye el entendimiento cabal del negocio desarrollado por la empresa y de la industria en la que esta desarrolla sus actividades. Ello, por cuanto el oficial de cumplimiento deberá participar en la toma de decisiones estratégicas y operativas de la organización; en segundo lugar, el oficial de cumplimiento debe poseer formación académica y experiencia profesional en la práctica de cumplimiento, a fin de atender de modo solvente las funciones de asesoramiento a los integrantes de la organización, supervisión y control del modelo de prevención, así como de reporte e información; y, por último, en tercer lugar, debe gozar de reconocida solvencia moral y honorabilidad, evitando situaciones de potencial conflicto de interés, tales como las que pudieran derivarse del ejercicio simultáneo de cargos en entidades estatales o en organizaciones o partidos políticos<sup>32</sup>.

#### B. Identificación, evaluación y mitigación de riesgos

Este componente constituye el corazón de todo programa de prevención y gestión de riesgos penales, puesto que los controles a implantarse solo resultarán idóneos para reducir significativamente la posibilidad de comisión de delitos si es que los riesgos inherentes a las actividades que realiza la empresa han sido correctamente identificados y valorados. El acometimiento satisfactorio de esta labor exige un adecuado nivel de conocimiento de la organización empresarial en su conjunto, que abarque su configuración societaria, estructura orgánica, unidades de negocio, principales actividades, zonas geográficas de actuación, perfil de clientes, proveedores, socios comerciales, marco regulatorio, relacionamiento con el sector público, entre otros aspectos e información de la empresa, a los que se

---

<sup>31</sup> Véase MONTANER FERNÁNDEZ, “Compliance”, en SILVA SÁNCHEZ (Dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y especial*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 97-119., poniendo de relieve que, en ocasiones, puede resultar más eficaz la externalización de algunas de las funciones de cumplimiento, con referencias a la Circular de la fiscalía general del Estado 1/2016.

<sup>32</sup> Cfr. SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES DEL PERÚ, *Lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención*, Lima, 2021.

accede a través de cuestionarios de riesgos y entrevistas con personal de la organización<sup>33</sup>.

En términos metodológicos, el proceso de identificación, evaluación y gestión de riesgos penales se compone de cuatro fases<sup>34</sup>.

En primer lugar, una etapa preparatoria en la que la organización a) designa al órgano interno o entidad externa que asumirá la responsabilidad de conducir el proceso de identificación, evaluación y mitigación de riesgos de comisión de delitos; b) otorgándole márgenes de decisión suficientes, así como las herramientas e insumos necesarios para el desempeño idóneo y eficiente de sus funciones; c) delimita el alcance y amplitud de los riesgos a identificar conforme al catálogo de delitos que será materia del programa de prevención, considerando la regulación de cada uno de los países en los que la persona jurídica opera; y, d) designa a un órgano supervisor del cumplimiento de los procesos de identificación y gestión de riesgos, encargado de verificar que estos sean ejecutados conforme a los procesos operativos previamente definidos<sup>35</sup>.

En segundo lugar, el proceso continúa con la fase de identificación de riesgos, que comprende la revisión de aquellas actividades, operaciones y/o procesos de la persona jurídica que tienen una mayor incidencia o exposición al riesgo de comisión de delitos, lo que ciertamente exige cierto conocimiento de la dinámica comisiva de los ilícitos penales cuyo riesgo de realización se pretende detectar<sup>36</sup>. Las tareas a realizar en esta etapa consisten en a) delimitar los factores internos y externos a la organización empresarial que pudieran provocar la comisión de los delitos que se desea prevenir, lo que exige revisar el modelo de negocio de la persona jurídica y su estructura organizativa, así como conocer las particularidades del sector económico en el que opera, su entorno regulatorio, la necesidad de interacción con funcionarios públicos, sus relaciones comerciales, las zonas geográficas en las que se llevan a cabo sus operaciones, entre otros aspectos; b) ejecutar actividades destinadas a identificar las situaciones y espacios de interacción en los que el riesgo de comisión de delitos es consustancial, para lo cual debe revisarse los contratos comerciales vigentes, estados financieros, memorias corporativas, antecedentes de procesos judiciales de la empresa, sostener entrevistas con colaboradores y directivos de la organización, y –de ser posible– también con sus principales socios comerciales y partes

---

<sup>33</sup> Véase MONTANER FERNÁNDEZ, “El Criminal Compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones”, p. 104, anotando que para la medición de variables que definen los riesgos resulta conveniente atender a criterios de auditoría.

<sup>34</sup> Cfr. SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES DEL PERÚ, *Lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención*. Lima, 2021.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> Véase ARTAZA / ALBERTZ, “Desafíos actuales para el compliance penal y los sistemas de gestión antisoborno en el ámbito público y privado”, en *La Ley Compliance Penal* N°2 (2020), p. 8.

interesadas; c) inventariar las actividades y/o áreas con mayor exposición a riesgos inherentes de comisión de delitos, tales como aquellas que impliquen el uso de dinero en efectivo, la entrega de obsequios o atenciones a terceros, auspicios o patrocinios, gastos de representación y viáticos, contribuciones a partidos políticos, interacción con entidades gubernamentales, reguladores y/o supervisores, pagos de facilitación, fusiones y adquisiciones<sup>37</sup>, contratación con el sector público y contratación de asesores externos; d) comprobar si la organización interactúa de forma directa o a través de terceros con funcionarios de organismos públicos o empresas de propiedad estatal, sean nacionales o extranjeras; y, e) verificar si la persona jurídica desarrolla negocios en mercados o zonas geográficas que puedan ser consideradas de riesgo alto de la comisión de los delitos que busca prevenir el programa de cumplimiento<sup>38</sup>.

En tercer lugar, la etapa de evaluación y análisis de riesgos, en la que se determina la probabilidad de concreción de los riesgos penales detectados, así como la magnitud de sus consecuencias en caso llegaran a materializarse, estableciendo niveles de criticidad a cada uno de ellos. A tal efecto, siguiendo las buenas prácticas recogidas por las autoridades encargadas de la evaluación de los programas de prevención<sup>39</sup>, se recomienda a) evaluar la exposición a los riesgos de comisión de delitos en términos cualitativos y cuantitativos, recurriendo –entre otras herramientas– al historial de eventos anteriores, el conocimiento de expertos, las prácticas y experiencias de la industria en la que opera la empresa; b) establecer criterios para medir la probabilidad de ocurrencia de los riesgos penales detectados, así como su impacto en caso llegaran a concretarse; c) elaborar una matriz de los riesgos identificados de acuerdo con la naturaleza, magnitud, y complejidad de las actividades u operaciones de la organización; y, d) tratar a la evaluación de riesgos como un proceso continuo y dinámico, debiendo ser actualizada cada vez que la organización empresarial emprendiera el desarrollo de nuevas actividades u operaciones, se introdujera nuevos productos o servicios en el mercado, o se produjeran cambios estructurales u organizativos en la

---

<sup>37</sup> Las operaciones de fusión y adquisición (M&A) constituyen un espacio de riesgo de asunción de responsabilidad, en los ordenamientos que atribuyen al adquirente la responsabilidad por los delitos cometidos por la sociedad *target*, siempre y cuando dicha situación hubiese sido cognoscible para la sociedad absorbente como resultado del procedimiento de debida diligencia (*due diligence*). Así, por ejemplo, esta forma de atribución de responsabilidad (*successor liability*), regulada en la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), se encuentra prevista en Ley peruana de Responsabilidad Autónoma de Personas Jurídicas (Ley 30424) en los siguientes términos: “Art. 2°.- [...] En el caso de una fusión o escisión, la persona jurídica absorbente: (i) solo puede ser sancionada [...], siempre que el delito haya sido cometido antes de la fusión o escisión [...]; y, (ii) no incurre en responsabilidad [...] cuando ha realizado un adecuado proceso de debida diligencia, previo al proceso de fusión o escisión. Se entiende que se cumple con la debida diligencia cuando se verifique la adopción de acciones razonables orientadas a verificar que la persona jurídica fusionada o escindida no ha incurrido en la comisión de cualquiera de los delitos previstos en el artículo 1”.

<sup>38</sup> Cfr. SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES DEL PERÚ, *Lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención*, Lima, 2021.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

persona jurídica, o se verificara alguna circunstancia endógena o exógena relevante, tal como modificaciones legislativas o de normatividad sectorial relevante.

En cuarto lugar, la fase de mitigación de riesgos, en la que se implementan controles y medidas de prevención, así como de detección y corrección. A modo referencial, se sugiere adoptar a) controles financieros, consistentes en el registro de las operaciones de la empresa de modo preciso, completo y oportuno, la separación de funciones en procedimientos de pagos y el establecimiento de niveles para su aprobación, la exigencia de documentación suficiente de respaldo para la aprobación de pagos, las restricciones al uso de dinero en efectivo, las revisiones periódicas de las operaciones financieras, y la realización periódica de auditorías financieras internas; b) controles no financieros, consistentes en la implementación de procesos de verificación y calificación previa de proveedores y consultores, la evaluación de la necesidad y razonabilidad de los servicios proporcionados por terceros, la verificación de que los servicios prestados fueron ejecutados de modo correcto, la constatación de que los pagos a realizar guardan proporción con servicio brindado, la implementación de sistemas de adjudicación de contratos en procesos competitivos, la separación de funciones de los miembros de la empresa que participan en las distintas fases de los procesos de contratación con terceros; c) establecer controles preventivos (de detección) y correctivos que deben ser proporcionales, razonables y adecuados; d) establecer controles más rigurosos para los riesgos más graves, tales como controles internos automatizados y procedimientos de debida diligencia reforzada, entre otros; y, e) evaluar y/o monitorear la efectividad, eficacia e idoneidad de los controles existentes para mitigar los riesgos identificados<sup>40</sup>.

A nuestro modo de ver, en materia de implementación de controles y mitigantes, debe privilegiarse un enfoque realista de la organización, evitándose la auto-imposición de estándares superiores a los legales cuando su cumplimiento resulte imposible o de muy difícil consecución<sup>41</sup>, pues ello podría impactar en la imputación penal al valorarse como defecto organizativo la inobservancia en el caso concreto de la normativa interna de la persona jurídica<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Ibidem.

<sup>41</sup> Véase COCA VILA, “¿Programa de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada”, en SILVA SÁNCHEZ (Dir.), *Criminalidad de la empresa y compliance prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2020, p. 66, destacando que: “[scil. Los Programas de Cumplimiento] podrían incluso llegar a contribuir decisivamente en la conformación de normas técnicas empresariales o la propia *lex artis*, pues ofrecerían un concepto de funcionamiento debido estándar, que reflejaría la gestión social de los riesgos en cada sector de actividad”.

<sup>42</sup> Tal situación se observa, por ejemplo, en el Auto de 18 de abril de 2018, emitido por el Juzgado Central de Instrucción N° 2 de Madrid, Diligencias Previas Procedimiento Abreviado 16/2018-B, por el que se dispone la incorporación de una persona jurídica (entidad bancaria) como imputada

### C. Implementación de procedimientos de denuncia y protocolos de investigación interna

La relevancia de los procedimientos internos de denuncia, como componente esencial de los programas de prevención de delitos, ha quedado evidenciada en los últimos años gracias a su comprobada utilidad como herramienta eficaz tanto para facilitar la detección oportuna de eventos o prácticas infractoras de la normativa anticorrupción, fraudes, operaciones bajo sospecha de blanqueo de capitales e ilícitos penales en general, como para posibilitar la instauración de investigaciones al interior de la organización empresarial. Así, según el Reporte a las Naciones 2020 de la Asociación de Examinadores de Fraude Certificados (“ACFE”, por sus siglas en inglés), las denuncias internas son el mecanismo más común de detección del fraude, observando que las tasas de implementación de canales internos de denuncia han aumentado un 13% durante la última década<sup>43</sup>. En esa misma línea, según los resultados de la Encuesta Global Sobre Delitos Económicos y Fraude 2018 elaborada por PricewaterhouseCoopers, el 7% de los fraudes más disruptivos fueron detectados gracias a las denuncias efectuadas a través del canal ético de la empresa (*Whistleblowing hotline*)<sup>44</sup>.

Es precisamente este enfoque preventivo basado en la detección oportuna, el que permite que la organización pueda gestionar los riesgos y potenciales consecuencias de forma anticipada, controlando razonablemente las implicancias legales, económicas y reputacionales que pudieran derivarse de las situaciones detectadas<sup>45</sup>. Sobre los estándares de eficacia exigibles en materia de canales internos de denuncia, resultan de utilidad las pautas fijadas por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América (DOJ, por sus siglas en inglés), entre las que destaca la promoción por parte de las organizaciones de un ambiente laboral adecuado para la formulación de denuncias a través de acciones objetivamente verificables, como permitir

---

por el delito de blanqueo de capitales, por cuanto incumplió una normativa al continuar realizando operaciones con clientes bajo sospecha de involucramiento en prácticas delictivas, a pesar de que los órganos de Asesoría Jurídica y de Cumplimiento Normativo tenían conocimiento de los requerimientos judiciales que informaban que dichos clientes de la entidad se encontraban inmersos en procedimientos de blanqueo de capitales, fraude fiscal, contrabando, etc. Para mayores referencias al caso comentado, véase DE LA MATA BARRANCO, *Responsabilidad penal de la persona jurídica por mala praxis del órgano de cumplimiento* (2018), en línea: <https://almacendederecho.org/responsabilidad-penal-la-persona-juridica-mala-praxis-del-organo-cumplimiento> (fecha de consulta: 27 de marzo de 2021).

<sup>43</sup> Véase ACFE (2020).

<sup>44</sup> Véase PRICEWATERHOUSE COOPERS, *Global Economic Crime and Fraud Survey 2018*. En línea: <https://www.pwc.es/es/publicaciones/deals/assets/encuesta-mundial-fraude-delito-economico-2018.pdf> (fecha de consulta: 23 de marzo de 2021).

<sup>45</sup> Véase RAGUÉS I VALLÈS, “¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal”, en *Indret* N°3 (2006), p. 6., destacando — con anterioridad al desarrollo que ha merecido la materia en España luego de la reforma operada en 2010 (LO 5/2010) — la relevancia en el mundo anglosajón de los denominados *whistleblowers* y los problemas dogmáticos que plantea su actuación en ordenamientos legales de la tradición europea continental.

las denuncias anónimas, garantizar una política de no represalias y de protección a los denunciantes, así como asegurar la accesibilidad del canal ético<sup>46</sup>.

De modo más específico, la evaluación de la idoneidad del canal de denuncias como componente del programa de prevención de delitos requiere poner la mirada en tres aspectos esenciales que condicionan su viabilidad y funcionamiento eficaz; a saber i) la verificación de la correcta difusión de los procedimientos de denuncia entre los trabajadores y terceras partes relacionadas con la organización, así como la evaluación de su correcta utilización en la práctica; ii) el desarrollo adecuado de las investigaciones que se podrían iniciar a partir de los hechos denunciados a través del canal interno, con roles definidos, reglas y garantías básicas, recogidas en protocolos que garanticen la independencia, objetividad y documentación del procedimiento de investigación interna; y, iii) la capacidad de respuesta de la organización frente a la identificación de posibles brechas o debilidades en el procedimiento de denuncias o en el protocolo de investigación interna<sup>47</sup>.

Ahora bien, en la tarea de diseño e implementación de los procedimientos de denuncia interna no puede dejar de atenderse a las limitaciones impuestas por la normativa extrapenal –i.e. derecho laboral y legislación de protección de datos personales– al funcionamiento de tales instrumentos, lo que ciertamente resulta también aplicable a la elaboración de los protocolos de investigación interna. Según destaca la doctrina especializada, por razones de coherencia interna del ordenamiento jurídico en su conjunto, las autoridades no podrán valorar como defecto del sistema interno de denuncias aquellas autolimitaciones a su eficacia que resulten del cumplimiento de exigencias de la normatividad extrapenal aplicable<sup>48</sup>.

A efecto de que los procedimientos de denuncia interna puedan ser considerados adecuados y eficaces por las autoridades encargadas de la evaluación de los programas de prevención y gestión de riesgos penales, deben considerarse –como mínimo– tres pautas en su diseño e implementación.

De entrada, se sugiere la adopción de medidas de seguridad orientadas a garantizar la confidencialidad, protección y custodia de la información y documentación recibida a través del canal de denuncias, lo que incluye la

---

<sup>46</sup> Véase US DEPARTMENT OF JUSTICE CRIMINAL DIVISION, *Evaluation of Corporate Compliance Programs* (2020), en línea: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download> (fecha de consulta: 23 de marzo de 2021).

<sup>47</sup> Cfr. SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES DEL PERÚ, *Lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención*, Lima, 2021.

<sup>48</sup> Véase RAGUÉS I VALLÈS, “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”, en SILVA SÁNCHEZ (Dir.), *Criminalidad de la empresa y compliance prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 176.

reserva y/o anonimato de la identidad del denunciante, la custodia y tratamiento de sus datos personales y la protección de sus derechos fundamentales<sup>49</sup>.

En segundo lugar, se debe tender a asegurar la máxima libertad en la narración de los hechos denunciados, aun cuando se opte por el diseño de un sistema de catálogo cerrado de infracciones, en cuyo caso debería reservarse un espacio para que el denunciante exprese libremente con sus propias palabras los hechos que desea reportar. Asimismo, se recomienda habilitar técnicamente una opción para que el informante pueda adjuntar elementos de prueba documental que respalden su denuncia, sin que se trate de una obligación para quien desea hacer uso del canal interno<sup>50</sup>.

Finalmente, para garantizar el debido tratamiento de la información que se reciba a través del canal interno de denuncias, conviene que su revisión sea encargada a personas que posean conocimientos jurídicos suficientes para discriminar aquellas informaciones que pudieran ser relevantes desde la perspectiva jurídico-penal de aquellas carentes de interés legal, debiendo además poseer –las personas encargadas de analizar las denuncias– capacidad suficiente para instar el inicio de una investigación interna, en tanto la denuncia recibida lo amerite, por lo que se recomienda que se trate de personas con acceso directo a los órganos de control y de gobierno de la sociedad<sup>51</sup>.

En lo que concierne a los protocolos de investigaciones internas<sup>52</sup>, cuyo adecuado diseño e implementación impacta en la valoración de la eficacia de los procedimientos internos de denuncia, en tanto que reacción diligente de la empresa frente al conocimiento de la presunta comisión de un delito, se sugiere observar los siguientes elementos básicos: i) cautelar la imparcialidad, independencia y objetividad de la persona o equipo encargado de realizar la investigación interna<sup>53</sup>, debiéndose revelar situaciones de potencial conflicto de interés, a fin de adoptar las medidas que resulten apropiadas de cara a preservar la confiabilidad de la investigación; ii) cautelar y respetar los derechos fundamentales de los trabajadores

---

<sup>49</sup> Cfr. SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES DEL PERÚ, *Lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención*, Lima, 2021.

<sup>50</sup> Véase RAGUÉS I VALLÈS, “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”, pp. 183-184.

<sup>51</sup> Véase RAGUÉS I VALLÈS, “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”, pp. 185-186.

<sup>52</sup> Véase MONTIEL, “Autolimpieza empresarial: Compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos”, en KUHLEN, et al. (Eds.): *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 241-242.

<sup>53</sup> Cfr. SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES DEL PERÚ, *Lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención*, Lima, 2021.

sometidos a la investigación<sup>54</sup>, así como las garantías procesales que correspondan<sup>55</sup>; iii) dotar a la persona o equipo encargado de conducir la investigación de recursos suficientes para la realización de la labor, incluyendo la contratación de expertos forenses cuando para llevar a cabo la investigación se requiera contar con conocimientos especializados<sup>56</sup>; iv) documentar debidamente las actuaciones que se lleven a cabo, preservando la integridad de la evidencia recolectada a través de procedimientos de cadena de custodia, a fin de que eventualmente pueda utilizarse en una investigación oficial conducida por las autoridades encargadas de la persecución penal, en caso se comprobara la existencia de indicios racionales de criminalidad y la empresa adoptara la decisión de denunciar los hechos ante el Ministerio Público<sup>57</sup>; y, v) mantener un registro de las investigaciones internas realizadas y de las medidas disciplinarias y/o correctivas adoptadas a la luz de los hallazgos detectados<sup>58</sup>.

#### D. Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención

No hay espacio que ofrezca mayores posibilidades de exposición e impacto positivo para la alta dirección de la organización que su participación en las actividades de capacitación de los trabajadores y partes interesadas, como expresión del inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección de la persona jurídica en la permanente tarea de construcción y mantenimiento de una cultura de cumplimiento e integridad (tone from the top). Así, en la práctica, no es infrecuente que empresas que han sido afectadas en el pasado

---

<sup>54</sup> Respecto a los límites y condiciones bajo las cuales se permite el acceso del empleador a las comunicaciones del trabajador sin contar con el consentimiento previo y expreso de éste, y los criterios a observar para su valoración probatoria en un proceso penal, véase la Sentencia emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, de 20 de noviembre de 2017, recaída en el Recurso de Nulidad N°817-2016, estableciendo como criterios de validez probatoria que *a*) la comunicación se halle en una herramienta proporcionada por el empleador para el cumplimiento de las funciones del trabajador, sin que exista expectativa jurídicamente garantizada de privacidad, tal como sucede en el caso de la información almacenada en cuentas de correo electrónico corporativas, asumiendo en este punto el criterio establecido en la STC 12/2012, de 30 de enero respecto a las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno; y, *b*) exista, desde una perspectiva *ex ante*, “causa probable” de la comisión de un delito, siempre que no se hubiere contado con otra medida más moderada para el acceso a la información (juicio de necesidad) y que la misma resultara ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto), siguiendo en este punto la doctrina desarrollada en la STC 170/2013, de 7 de octubre.

<sup>55</sup> Sobre el ensamblaje entre los deberes de colaborar con el esclarecimiento de hechos penalmente relevantes con los que carga el trabajador en el plano de la relación laboral, y las garantías que se le reconocen en el procedimiento jurídico-penal seguido ante las autoridades públicas competentes de perseguir y sancionar el delito, véase ESTRADA I CUADRAS (2020: 226).

<sup>56</sup> Véase RAGUÉS I VALLÈS, “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”, p. 190.

<sup>57</sup> Véase SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES DEL PERÚ, *Lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención*, Lima, 2021.

<sup>58</sup> Véase RAGUÉS I VALLÈS, “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”, p. 191.

por graves escándalos de corrupción opten por encargar el dictado de las sesiones de entrenamiento a sus principales directivos, lo que supone naturalmente su previa capacitación.

Y es que uno de los principales aspectos a considerar en la valoración de la eficacia de los programas de prevención y gestión de riesgos penales es el liderazgo y apoyo de la alta dirección en el desarrollo de la cultura de integridad en toda la organización<sup>59</sup>, lo cual se expresa no solo a través de su participación en las actividades de difusión, capacitación, monitoreo y evaluación del modelo de prevención, sino también en la asignación de los recursos financieros y humanos suficientes para la adecuada puesta en marcha de los elementos del sistema de prevención.

La difusión del programa de prevención y gestión de delitos al interior y hacia fuera de la organización, así como el desarrollo de actividades de entrenamiento y capacitación necesarias para su cabal comprensión, constituye uno de los pilares del sistema de compliance, cuya adecuada implantación exige observar las siguientes pautas reconocidas como mejores prácticas: i) fácil accesibilidad al modelo de prevención, tanto para trabajadores de la persona jurídica, como para sus socios comerciales y partes interesadas, lo que implica el uso de un lenguaje claro y de fácil entendimiento, así como su disponibilidad en los idiomas en los que opera la persona jurídica; ii) capacitaciones específicas y diferenciadas para procesos y/o áreas de mayor exposición a riesgos de comisión de delitos; iii) evaluación de la efectividad de los programas de capacitación, así como el nivel de compromiso y conocimiento de los trabajadores y directivos de la persona jurídica; iv) asignación de suficientes recursos financieros, materiales, tecnológicos y humanos para el desarrollo de las capacitaciones; v) monitoreo y actualización de los programas de capacitación; vi) implementación de un canal de orientación sobre los elementos del modelo de prevención y conductas que se prohíben; vii) monitoreo de la frecuencia de acceso de los usuarios a los recursos disponibles, a fin de verificar su efectiva utilización y evaluar la creación de nuevas herramientas<sup>60</sup>.

#### E. Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención

El último de los componentes esenciales del programa de prevención y gestión de riesgos penales está asociado a su consustancial dinamismo y

---

<sup>59</sup> La importancia del principio *tone from the top* como criterio de valoración de la eficacia de los modelos de organización y gestión de delitos, es destacada de la siguiente manera en la Circular 1/2016 de la fiscalía general del Estado: “El comportamiento y la implicación del Consejo de Administración y de los principales ejecutivos son claves para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía. Por el contrario, su hostilidad hacia estos programas, la ambigüedad, los mensajes equívocos o la indiferencia ante su implementación traslada a la compañía la idea de que el incumplimiento es solo un riesgo que puede valer la pena para conseguir un mayor beneficio económico” (p. 52).

<sup>60</sup> Cfr. SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES DEL PERÚ, *Lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención*, Lima, 2021.

capacidad de adaptarse a una organización en permanente actividad y movimiento, por lo que resulta clave establecer mecanismos de retroalimentación que permitan enriquecer el sistema de compliance con la experiencia obtenida de su propio desarrollo, amén de los riesgos detectados, denuncias presentadas a través de los canales de *whistleblowing*, resultados de las investigaciones internas que se hubieren conducido, etc. En definitiva, la tarea de monitoreo y revisión del funcionamiento del programa de prevención es expresión de su naturaleza viviente y tiene como objetivo la detección de oportunidades de mejora y su efectiva implementación en la organización.

La revisión y evaluación del modelo de prevención no solo debe ser eventual, cada vez que se produzcan cambios significativos en la organización o se detecten infracciones relevantes a sus disposiciones, sino también periódica. Al respecto, las normas técnicas de compliance recomiendan cuando menos una revisión anual<sup>61</sup>. Las buenas prácticas aconsejan i) garantizar que la persona u órgano que realiza la evaluación y monitoreo del programa de prevención tenga acceso a toda la información y documentación relevante; ii) conservar la documentación relativa a las revisiones que se realicen; y, iii) adoptar las acciones correctivas pertinentes, en caso se detectaran brechas o incumplimientos al modelo de prevención, como consecuencia de la revisión y monitoreo<sup>62</sup>.

Se trata del componente de cierre del modelo de prevención, con el que se busca articular las famosas tres líneas de defensa del compliance<sup>63</sup>, por lo que con prescindencia del interés por obtener una certificación del programa, la auditoría al sistema de organización y gestión de delitos no debe desatenderse, pues su efectiva implementación forma parte de la evaluación de los elementos mínimos para apreciar la eximente de responsabilidad del art. 31 bis 2 del Código Penal.

## **ii. Prueba**

La legislación peruana resulta coherente con los postulados del modelo de autorresponsabilidad estricta de las personas jurídicas, por cuanto –en adición al reconocimiento de efectos eximentes al modelo de prevención<sup>64</sup>– impone al

---

<sup>61</sup> Véase MONTANER FERNÁNDEZ, “Compliance”, p. 109, haciendo referencia a la norma UNE 19601:2017.

<sup>62</sup> Cfr. SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES DEL PERÚ, *Lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención*, Lima, 2021.

<sup>63</sup> Cfr. CASANOVAS YSLA, *Aproximación basada en el riesgo y cuestiones organizativas*, (2016), en línea: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/pdf/2016/03/aproximacion-riesgo-cuestiones-organizativas.pdf> (fecha de consulta: 27 de marzo de 2021), p. 22.

<sup>64</sup> Así, la Ley 30424 establece en el art. 17 lo siguiente: “17.1. La persona jurídica está exenta de responsabilidad por la comisión de los delitos comprendidos en el artículo 1, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión”, en concordancia

Ministerio Público la obligación de pronunciarse sobre la eficacia del programa de prevención de delitos implementado en la organización, como requisito previo a la formalización de la imputación penal contra la persona jurídica<sup>65</sup>. Y va más allá, al establecer que indefectiblemente debe procederse al archivamiento de las actuaciones si el informe pericial que debe emitir la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) – en tanto órgano oficial de prueba –, concluyera que la persona jurídica en cuya actividad se hubiere cometido el delito contaba con un programa de prevención y gestión de riesgos penales adecuadamente implementado, conforme a los estándares previstos en la legislación y normas técnicas de compliance<sup>66</sup>.

A nuestro modo de ver, la obligación del Ministerio Público de recabar y valorar un informe pericial oficial como requisito previo al ejercicio de la acción penal, sumada a los efectos vinculantes conferidos al mencionado informe pericial, cuando concluyera a favor de la eficacia del programa de prevención y gestión de riesgos penales, expresa – por un lado – la opción legislativa por un modelo de autorresponsabilidad estricta, en el que la configuración del injusto culpable de la persona jurídica exige acreditar la ausencia de una cultura de cumplimiento de la legalidad; y, – por otro lado – un reconocimiento al carácter eminentemente técnico de la actividad de diseño, implementación y puesta en marcha de los sistemas corporativos de prevención y gestión de riesgos penales<sup>67</sup>.

Ciertamente, que la verificación de un programa de prevención idóneo impida formalizar cargos penales contra la persona jurídica, por no configurarse el hecho constitutivo de su propia responsabilidad – scil. la ausencia de una cultura de cumplimiento de la legalidad –, no implica afirmar que la falta de un modelo de prevención – o la existencia de uno deficientemente implantado – fundamente per se la imputación del delito corporativo a la persona jurídica. A tal efecto, se requiere apreciar un defecto organizativo como riesgo no permitido que se realice en alguno de los tipos penales que generan responsabilidad corporativa autónoma, en tanto que expresión de una falta de cultura de cumplimiento de la legalidad. Por ello, en lo que alcanzamos, resulta del todo coherente que el modelo legislativo peruano no imponga al Ministerio Público la obligación de formalizar

---

con el artículo 17.4: “Se excluye también la responsabilidad de la persona jurídica, cuando cualquiera de las personas naturales señaladas en el artículo 3 comete el delito eludiendo de modo fraudulento el modelo de prevención debidamente implementado”.

<sup>65</sup> Cfr. Art. 18, primer párrafo, de la Ley 30424: “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”.

<sup>66</sup> Cfr. Art. 18, segundo párrafo, de la Ley 30424: “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”.

<sup>67</sup> Para una explicación sobre el alcance, metodología y contenido de la prueba pericial institucional en el régimen legal peruano de responsabilidad autónoma de personas jurídicas, véase GARCÍA CAVERO, “Cuestiones básicas sobre la prueba del criminal compliance en el proceso penal”, en *La Ley Compliance Penal* N°3 (2020), p. 9.

cargos penales cuando el informe pericial oficial concluyera que el modelo de organización y gestión de delitos implantado en la persona jurídica no fuera idóneo, o cuando directamente se careciera de uno.

Efectivamente, conforme al sistema de autorresponsabilidad estricta, no debería condenarse a la persona jurídica cuando a pesar de no contar con un programa de prevención y gestión de riesgos penales idóneo, la defensa de la compañía lograra aportar evidencias que permitan inferir la existencia de una cultura de cumplimiento de la legalidad en la organización empresarial, generando un efecto de duda razonable frente a la sola constatación por parte de la acusación de una situación de ausencia de un modelo de prevención adecuado a los estándares técnicos y legales.

Naturalmente, si la defensa de la persona jurídica no estuviese en condiciones de acreditar la existencia de una cultura de cumplimiento de la legalidad en la organización a pesar de la ausencia de implantación de un programa de prevención en la empresa<sup>68</sup>, la acusación tendría allanado el camino para la obtención de un fallo condenatorio, asumiendo que se hallen probados los tres niveles restantes para la atribución de la responsabilidad a la persona jurídica; a saber, la comisión del delito base, la conexión funcional con la persona jurídica y el defecto de organización.

Puede concluirse que si bien la persona jurídica no se encuentra legalmente obligada a adoptar un modelo de prevención de delitos en su organización — pues un tal incumplimiento no supone per se la comisión de una infracción administrativa, ni la inexorable imposición de una condena penal en caso se cometiera algún en el curso de la actividad empresarial—, su efectiva implementación le otorga una defensa adicional frente a una eventual imputación penal, consistente en impedir que la acusación alcance el nivel de suficiencia probatoria necesario para desvirtuar la presunción de inocencia. Sin tal nivel de protección, la única defensa viable sería la de la usualmente impredecible duda razonable.

Expresado en forma resumida, en un sistema legal construido bajo los postulados de un modelo de autorresponsabilidad estricta, la existencia de un programa de prevención de delitos idóneamente implantado en la organización impide — en términos materiales— el perfeccionamiento de un injusto culpable e imposibilita — en términos procesales— apreciar la suficiencia probatoria exigida para desvirtuar la presunción de inocencia. Visto a la inversa, la ausencia de un modelo de organización y gestión de delitos eficazmente implantado en la persona jurídica constituye una condición necesaria pero no suficiente para considerar configurado

---

<sup>68</sup> Tratándose de una defensa de *duda razonable*, para que resulte viable la persona jurídica debería acreditar la existencia de la cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad con un nivel de credibilidad equivalente al que conseguiría la acusación merced a la falta de implementación de un modelo de prevención de delitos. Sobre los presupuestos y evolución del estándar de *más allá de toda duda razonable*, véase WHITMAN, "The Origins of Reasonable Doubt. Theological roots of the criminal trial", (2008), Yale, University Press, p. 159.

el injusto culpable del delito corporativo, ni para adquirir convicción sobre la responsabilidad de la persona jurídica más allá de toda duda razonable. Por ello, la capacidad de rendimiento probatorio del programa de prevención y gestión de riesgos penales, como estructura de descarga de la imputación, no deja de ser relevante en los sistemas legales que adoptan modelos de autorresponsabilidad estricta, aun cuando en ellos la carga probatoria sobre la “culpabilidad” de la persona jurídica deba soportarla la acusación.

### **iii. Efectos**

En adición a los efectos eximentes de responsabilidad anteriormente anotados, que resultan aplicables a las personas jurídicas que en forma previa a la comisión del delito implementan eficazmente un programa de prevención y gestión de riesgos penales, la legislación peruana prevé causales de atenuación de responsabilidad en los siguientes supuestos en los que la persona jurídica que: i) colabore objetiva, sustancial y decisiva en el esclarecimiento del hecho delictivo, hasta antes del inicio de la etapa intermedia del proceso, esto es, con anterioridad a la formalización de acusación por parte del Ministerio Público; ii) impida que se produzcan las consecuencias lesivas del ilícito; iii) repare total o parcialmente el daño irrogado; iv) adopte e implemente, después de la comisión del delito y antes del inicio del juicio oral, un modelo de prevención; v) acredite tener parcialmente implementados los componentes mínimos del modelo de prevención; y, vi) confiese la comisión del delito, a través de su representante autorizado, con la debida corroboración y con anterioridad a la formalización de la investigación preparatoria.

En tales casos, se faculta al juez a rebajar la sanción a imponer hasta un tercio por debajo del mínimo legal establecido, cuando se trate de sanciones temporales o cuantificables (v.gr. suspensión de actividades, clausura de locales, multa, etc.), salvo en casos de flagrancia, reincidencia o cuando la admisión de los cargos sea irrelevante para la investigación del proceso, en cuyo caso no se aprecian los efectos atenuantes de la sanción.

Asimismo, el régimen legal peruano en materia de responsabilidad autónoma de personas jurídicas contempla la posibilidad de que las empresas se acojan a mecanismos especiales de conclusión del proceso, tales como la colaboración eficaz y la terminación anticipada, que es un mecanismo de abreviación procesal en virtud del cual el Fiscal y la persona jurídica imputada, tras aceptar los cargos atribuidos, arriban a un acuerdo respecto de la sanción y reparación civil a imponerse. Este acuerdo requiere ser aprobado por el juez para la empresa imputada se beneficie con la reducción de la sanción en una sexta parte.

## **IV. Casos de aplicación del compliance penal**

Si bien aún no se procesan en el Perú casos bajo la Ley 30424, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia viene optimizando la interpretación de los componentes esenciales del modelo de prevención de delitos, proyectando su

aplicación a ámbitos distintos al de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así, por ejemplo, se recurre a regulación legal del modelo de prevención de delitos cuando se trata de determinar la debida diligencia observada por la persona jurídica en la adquisición de bienes procedentes de actividades criminales previas, a efectos de apreciar o desvirtuar la “mala fe” que se exige para afectar a un tercero ajeno al delito en su derecho propiedad.

En esta línea, destaca la Sentencia de Casación N° 864-2017/Nacional, de 21 de mayo de 2018, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, que establece que la imposición de medidas de incautación cautelar a personas jurídicas requiere la fundamentación de un tipo infraccional propio, que se considera configurado cuando no se haya tenido implantado en la organización empresarial mecanismos internos de control o protocolos de seguridad en el ámbito de sus negocios con terceros, precisando a tal efecto que: “La determinación de tal defecto de organización se examina a partir de la existencia de estos programas [scil. modelos de prevención de delitos] –si legalmente están impuestos, como en el caso de las disposiciones sobre responsabilidad administrativa de personas jurídicas (Ley No. 30424)–”.

En los últimos años, el Perú ha atravesado por importantes reformas normativas en materia anticorrupción, tanto en el ámbito penal como en el administrativo. Ciertamente, la mayoría de estos esfuerzos legislativos partieron de los requerimientos necesarios para convertirse en miembro pleno del Grupo de Trabajo sobre Cohecho en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), lo que efectivamente ocurrió en julio de 2018. Debido al impacto social que generan los recientes escándalos de corrupción empresarial y gubernamental en la región latinoamericana, resulta previsible que no pasará mucho tiempo para que la Ley 30424 se convierta en un recurrido instrumento normativo en la justicia penal peruana.

## **V. Conclusiones**

La introducción de la responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico peruano conlleva a considerar a la empresa como sujeto de imputación, o sujeto penalmente responsable, a raíz del defecto organizativo identificado en el ejercicio de sus actividades corporativas. El defecto organizativo se traduce dogmáticamente en el injusto culpable propio de la empresa y es el motivo por lo que puede ser sometida a un proceso penal, con independencia de la persona física que haya cometido el delito, incluso no haya podido ser identificada o resulte absuelta en el proceso penal.

La existencia de un programa de criminal compliance satisfactoria en una organización empresarial impide –en términos materiales– el perfeccionamiento de un injusto culpable propio de la persona jurídica, manteniéndola indemne respecto a las imputaciones que pudieran formularse contra sus representantes,

por la comisión de eventuales delitos en el curso de su actividad. A su vez, desde una perspectiva probatoria, un buen modelo de prevención de delitos imposibilita apreciar el estándar de suficiencia probatoria exigida para desvirtuar la presunción de inocencia en caso se formule alguna imputación penal contra la propia persona jurídica.

Por ello, al diseñar, implementar o auditar programas de criminal compliance debe atenderse tanto a la regulación legal como a los estándares técnicos recogidos como *best practices* en lo que toca a cada uno de los componentes del modelo de prevención de delitos, sin descuidar la perspectiva de análisis propiamente penal tanto al identificar y calificar los riesgos de comisión de delitos en la actividad empresarial, como al anticipar la fortaleza e idoneidad del programa de criminal compliance implementado por la organización en caso tuviera que afrontar una imputación de carácter criminal.

## Responsabilidad penal del socio fundador por conductas delictivas de los administradores

Sergio Valdivia Reyes\*

**Resumen.** - El presente artículo aborda la posible responsabilidad penal del socio fundador por conductas delictivas de los administradores en el ejercicio de la actividad empresarial, resaltando la diferencia existente entre el socio fundador y el administrador de la persona jurídica. Asimismo, se denotan los lineamientos que se deben tener en cuenta para analizar una posible imputación de responsabilidad al socio fundador, debiéndose enmarcar su conducta en dos momentos: i) el socio como fundador de la empresa y ii) el socio fundador en el funcionamiento de la empresa.

**Abstract.** - This article addresses the possible criminal liability of the founding partner for criminal conduct of administrators in the exercise of business activity, highlighting the difference between the founding partner and the administrator of the legal entity. Likewise, the guidelines that must be considered to analyze a possible imputation of responsibility to the founding partner are denoted, and their conduct must be framed in two moments: i) the partner as founder of the company y ii) the founding partner in the operation of the company.

**Palabras claves.** - Socio fundador, administrador, posición de garante, deberes residuales, esferas de competencia.

**Keywords.** - Founding partner, administrator, guarantor position, residual duties, spheres of competence.

---

\* Bachiller en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de Cátedra de Derecho Penal Económico y de la Empresa de la misma casa de estudios. Miembro Principal del Taller Dogmática Penal-UNMSM-.

*“El novelista delega en personajes imaginarios los pecados que él tiene la prudencia de no cometer”.*

Anthony Burgess<sup>1</sup>

## I. Introducción

En la actualidad el Derecho Penal, en específico, el Derecho Penal Económico, debe hacer frente a nuevos y complejos problemas, en especial, a los delitos cometidos a través de estructuras organizadas complejas como la empresa, la misma que se rige por los principios de división funcional del trabajo y de jerarquía. Así, cuando una empresa está inmersa en delitos cometidos a raíz de su actividad empresarial -más allá de lo sostenido que la empresa como organización pueda responder por un injusto propio- se tiende a individualizar a los posibles autores o partícipes de esta, fijando la mirada a los órganos de administración de la misma (modelo top down<sup>2</sup>). Pero, muchas veces, también se atribuye la responsabilidad penal a aquellas personas que dieron origen a la persona jurídica; es decir, a los socios fundadores.

En el presente trabajo se dilucidará la posible responsabilidad penal del socio fundador por conductas delictivas de los administradores en el ejercicio de la actividad empresarial (delito desde la empresa<sup>3</sup>), centrándonos por lo tanto en la figura de aquella persona natural que dio origen a la persona jurídica, pero no tiene la gestión administrativa de esta. Resulta menester indicar que, acorde a la moderna complejidad empresarial, puede presentarse la figura del socio fundador también como administrador de la persona jurídica que ha formado, y que pese a no estar propiamente reconocido en el estatuto u normativa interna como miembro del órgano de administración, funge dichas funciones; por ello, consideramos que de presentarse tal contexto, para evaluar la posible responsabilidad penal, podríamos hacer uso de lo desarrollado para la figura del administrador de hecho. Siendo así, conlleva una mayor complejidad pretender atribuir alguna responsabilidad penal a aquella persona que ha dado origen a la actividad empresarial, pero que no la administra. La teoría ha recurrido a la figura de la posición de garante para brindar un criterio de imputación y evitar posibles impunidades, atribuyendo al socio fundador un deber de garante para con la actividad empresarial, delegando estos deberes a los administradores de la sociedad, por lo que, si estos cometiesen algún delito como parte de la actividad empresarial, los socios fundadores responderían también por este ilícito debido a la omisión del cumplimiento de una manera adecuada de sus deberes.

---

<sup>1</sup> BURGESS, Antony. *La naranja mecánica*. 1962 (primera edición), p. 8

<sup>2</sup> Modelo de imputación en el cual se atribuye la responsabilidad a los miembros de mayor “jerarquía” (administradores), a diferencia del modelo bottom up, en el cual se atribuye la responsabilidad penal a los de menor “rango” (operarios, trabajadores de planta).

<sup>3</sup> “Desde la empresa” son delitos que la empresa realiza en el desarrollo de su actividad social, en contraposición de los delitos “dentro de la empresa” que son delitos cometidos por los órganos de la empresa contra otros órganos o contra la empresa misma.

Atendiendo al objeto del presente, asentaremos postura sobre si efectivamente los socios son garantes -originarios- de la actividad empresarial y lo que traería consigo aceptar dicho criterio, esto es, socio fundador penalmente responsable al omitir deberes residuales. También, esbozaremos lineamientos sobre en qué momento el socio fundador podría responder penalmente por algún delito cometido desde la empresa por los administradores.

## **II. Propiedad y control de la empresa**

En la actualidad, la complejidad de las interacciones sociales -y con ello el mayor desarrollo del fenómeno empresarial- ha relegado la clásica concepción del empresario como dueño y gestor total de una empresa. Esto último puede ser de recibo aún en aquellas formas empresariales pequeñas en cuanto a su organización, por el número de personas, el capital que lo conforman y el objeto social, lo cual permite al socio-gestor materialmente tener el dominio del funcionamiento de su empresa. Empero, ello no es posible en la mayoría de las formas empresariales, debido a la complejidad que demanda el desarrollo del objeto social de la empresa y con ello la especialización funcional que se necesita, la división del trabajo y la necesaria participación de varias personas. Por lo que, para una mejor organización y desarrollo de la actividad empresarial, se opta por la división del trabajo por especialidades y/o funciones debidamente limitadas y organizadas, en su mayoría de manera jerarquizada, tanto así que en la estructura organizativa de la empresa se puede apreciar diferentes niveles de jerarquía. Siguiendo a Mintzberg<sup>4</sup>, es posible distinguir tres partes básicas el ápice estratégico (cúpula directiva), la línea media (cadena de directivos con autoridad formal que sirven de enlace entre la directiva y los trabajadores) y el núcleo de operaciones (operarios que realizan el trabajo fundamental de la organización), no formando parte de esta estructura interna los titulares dueños de la empresa, es decir, los socios fundadores.

Así, coincidiendo con García Caveró, podemos referir que el modelo actual de empresa no es más la empresa individual en la que el propietario asume efectivamente las labores de dirección, sino una empresa en la que los propietarios son solo inversionistas que no entran a tallar en la gestión de esta<sup>5</sup>.

## **III. Referencia a la cuestión doctrinal implicada**

### **i. Deberes originarios y residuales**

Es en atención a la necesidad de protección al desempeño de la alta función pública que el legislador optó por la sustitución de la prerrogativa procesal y no por su supresión. No obstante, tal como va evolucionando el sistema jurídico

---

<sup>4</sup> MINTZBERG, Henry. *La estructuración de las organizaciones*. Barcelona: Ariel Economía, 1993, pp. 44-55.

<sup>5</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. *Intervención delictiva en estructuras empresariales*. Lima: Ideas solución, 2019, p. 171.

constitucional y su deseo de limitar los potenciales espacios de impunidad o suprimir prerrogativas procesales-penales otorgadas a altos dignatarios, es posible que -en un futuro no muy lejano- incluso la garantía de fuero privilegiado sea eliminada, dando pase a un juzgamiento penal por los tribunales ordinarios de ciertos altos dignatarios por la comisión de delitos sin ejercer la función pública.

En el Derecho penal, las normas pueden agruparse en dos grandes grupos: i) normas prohibitivas, las cuales buscan impedir la realización de una conducta determinada, por lo que la infracción de dicha norma sería la realización de la conducta prohibida; y ii) normas preceptivas, mediante las cuales se exige que el sujeto actúe de una determinada manera, la infracción de estas normas consiste en omitir dicho mandato. En palabras estrictamente profanas, podemos decir que las normas prohibitivas prohíben al sujeto a actuar de cierta manera (ejemplo: no matar) y las normas preceptivas exigen un actuar específico por parte del agente (ejemplo: prestar auxilio).

En el grupo de las normas preceptivas -que nos son de interés en el presente artículo-, específicamente en lo referido a la omisión impropia, se ubica aquella figura jurídica con la cual se le exige a la persona la evitación de la producción de un resultado penalmente sancionado, considerándole autor o partícipe por su no actuación conforme a la expectativa de conducta. Ello en la doctrina recibe el nombre de posición de garante.

Siguiendo al profesor Hurtado Pozo, podemos referir que la posición de garante tiene la función de determinar entre las personas que pueden evitar, mediante un acto positivo la realización del resultado, aquella que tiene el deber de intervenir para garantizar que este no se produzca. Lo referido resulta, así mismo, útil para imputar, a quién se ha abstenido, el perjuicio que ha afectado al bien jurídico protegido mediante el tipo legal respectivo<sup>6</sup>. Igualmente, es de tener en cuenta que la infracción a los deberes de garante puede presentarse de los modos siguientes: a) deberes de aseguramiento, b) deberes de salvamento y c) deber por asunción<sup>7</sup>. En el primero, este deber es el más general, que alcanza a todas las personas, consiste en que el obligado tiene a su cargo la administración de una fuente de peligro con la responsabilidad de no superar el riesgo permitido y que de esta no se deriven consecuencias lesivas para terceros. En cuanto al deber de salvamento, este se origina si del ámbito de organización de la persona ha salido un peligro que puede alcanzar a un tercero y lesionarlo en sus derechos. En este grupo es donde podemos encontrar lo denominado como “injerencia”, así se activa un deber de garante por injerencia para todo aquel que organiza algo peligroso (actuar precedente), debiendo el obligado evitar los daños que resultan de dicha actuación. Y, en lo que respecta al deber por asunción, aquí el obligado, de manera voluntaria

---

<sup>6</sup> HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal*. Parte General I. Lima: Grijley E.I.R.L, 2005, p. 755.

<sup>7</sup> CARO JHON, José A. *Normativismo e imputación jurídico-penal*. *Estudios de derecho penal funcionalista*. Lima: Ara Editores, 2010, p. 253.

amplía su competencia asumiendo una obligación de la que no se puede desentender<sup>8</sup>.

Asimismo, resulta menester tener en cuenta que, la posición de garantía inicial, la competencia originaria, puede ser delegada en otra persona. Esta “delegación” es comprendida como aquella técnica mediante la cual el delegante (quien tiene la posición de garante) se descarga de funciones y competencias iniciales, traspasándolas al delegado, y produciéndose con ello una transformación de esferas de responsabilidad, tanto en el primero como en el segundo<sup>9</sup>. Se comprende, así, que la delegación de competencias constituye un mecanismo de transferencia y transformación de posiciones de garantía. Transferencia, porque en virtud de la delegación, el delegante hace surgir una posición de garantía en el delegado. Transformación, porque la posición de garantía del delegante no desaparece, sino que se transforma<sup>10</sup>. Con ello, se puede afirmar que con la delegación se ha generado una segunda posición de garante, la misma que recae en el delegado, quien la asume por asunción (voluntad propia) produciéndose en este una ampliación de sus esferas de competencia, teniendo el deber de controlar determinados riesgos. Siendo así, resulta admisible la convivencia de ambas posiciones, tanto del delegado como del delegante: la del delegante como secundaria o residual y la del delegado como primaria.

Así entonces, quien ostentaba originariamente la posición de garante, luego de haber transferido dichos deberes al delegado, ya no le compete el deber de control directo sobre los focos de riesgo que demandaba la posición de garante, sino que ahora el control de dichos focos de riesgo será de competencia del delegado. Pero, es de resaltar aquí que, a pesar de haber transferido los deberes, el garante originario aún posee deberes residuales para con el delegado, tales deberes son: la correcta selección, formación -si fuera precisa- e información del delegado, la dotación a este con los medios necesarios para el cumplimiento de sus funciones; la coordinación de la actuación de diversos delegados, y, sobre todo -al menos es lo que suele indicarse- el deber de vigilancia y control<sup>11</sup>. Entonces, pese a haberse realizado la delegación de deberes, el delegante retiene aún competencias (deberes residuales), cuya omisión puede incidir en alguna responsabilidad penal, ya sea a título de autor o cómplice de algún delito cometido por el delegado.

---

<sup>8</sup> CARO JHON, José A. *Manual teórico práctico de teoría del delito*. Lima: Ara Editores, 2014, pp. 235-249.

<sup>9</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon & ROBLES PLANAS, Ricardo. (Dir.) *Delito y empresa. Estudios sobre la Teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*. Barcelona: Atelier, 2018, p. 64.

<sup>10</sup> SILVA SÁNCHEZ, José M. *Deberes de vigilancia y compliance empresarial. En Fundamentos de Derecho Penal de la empresa*. Madrid: Edisofer, 2016, p. 199.

<sup>11</sup> Ídem, p. 200.

## **ii. Deberes residuales y esferas de competencia**

Con base a lo descrito en líneas anteriores, se puede afirmar que no es de recibo que el delegante confíe plenamente en que el delegado cumplirá las funciones delegadas a su persona, resaltándose aquí que el delegante aún mantiene el deber residual de vigilancia y control, el cual obliga a este a verificar el correcto cumplimiento del delegado para con las funciones que ha asumido por asunción. Esta obligación, basada en los deberes residuales, que tiene el delegado para como el delegante correspondería con el llamado «principio de desconfianza». Trayendo a colación lo referido por Gómez Martín, este principio aludido obliga al delegante a vigilar al delegado, asegurándose de su competencia efectiva, de la suficiencia debidamente actualizada de los medios personales y materiales puestos a su disposición, de la autonomía funcional de su posición, y, finalmente, del correcto desempeño de sus funciones. Siguiendo lo referido por el profesor español, el mencionado principio de desconfianza resultaría aplicable a casos de transferencia de competencias por medio de la delegación de un órgano jerárquicamente superior a otro subordinado<sup>12</sup>. Ello es de plena aplicación en las empresas jerárquicamente organizadas que, como se advirtió, por lo general se estructuran con un ápice estratégico, línea media y un núcleo de operaciones.

Ahora bien, lo referido *ut supra*, como se recalcó, se aplica en estructuras organizadas jerárquicamente, los superiores como delegantes y los subordinados como delegados. Empero, ello varía si se trata de estructuras cuya relación se basa en la horizontalidad, esto es, donde no exista subordinación alguna, como es el caso de órganos colegiados o áreas determinadas de una empresa (área de marketing con el área de ensamblaje), siendo evidente aquí que las funciones de cada área o sujeto, responden a un criterio de especialización no siendo posible que otros puedan realizar dicha actividad, lo cual nos lleva a concluir que en estructuras horizontales, el criterio de atribución responde a la división funcional del trabajo, lo que se denomina como “esferas de competencia”.

Volviendo a la línea argumentativa de Gómez Martín podemos referir que, a diferencia de lo que sucede con el principio de confianza —que impone al superior jerárquico deberes de adquisición de conocimiento e instancia a la corrección en caso se tenga conocimiento de alguna disfunción en la gestión de la actividad delegada— y con el principio de desconfianza —que genera deberes de vigilancia previos sobre la actividad del subordinado—, en el plano de la especialización

---

<sup>12</sup> GÓMEZ MARTÍN Víctor. “Delegación de competencias y compliance penal: un estudio sobre la transferencia y transformación de los deberes (de vigilancia) en el derecho penal económico”. En *DERECHO PUCP*, núm. 85, 2020 diciembre-mayo, pp. 115-138.

horizontal se parte del presupuesto contrario: cada especialista es responsable de sus propias competencias, que desempeñará con el apoyo de conocimientos, medios y recursos particularmente especializados<sup>13</sup>.

#### **IV. Responsabilidad del socio fundador por conductas delictivas de los administradores**

##### **i. ¿El socio fundador como garante originario de la actividad social?**

Teniendo en cuenta que el presente estudio se encuentra delimitado en la posible responsabilidad penal que podría acarrear el socio fundador por delitos cometidos por los administradores de la empresa bajo el aparente desarrollo del objeto social -delitos cometidos desde la empresa-, resulta de necesidad dilucidar sobre la relación del socio con la actividad empresarial. Entonces, considerando que el socio por decisión propia ha decidido emprender el desarrollo de una actividad social junto a otras personas -demás socios- con el fin de obtener beneficios lucrativos -constitución de la empresa-, ello ha llevado que parte de la doctrina considere al socio como garante originario de los riesgos que puedan emanar de la actividad empresarial a la cual se dedica la empresa creada por este, teniendo así los deberes originarios de garante para luego delegar estos deberes al órgano de administración que se hará cargo del manejo de la empresa.

Lascuraín Sánchez refiere que un emprendedor lo es porque inicia una actividad productiva. Así, el titular de la empresa es garante porque desata riesgos o porque mantiene como propias fuentes de riesgo. Es más -agrega el citado autor- si como sociedad permitimos que se emprendan actividades peligrosas es desde luego el principio de libertad de actuación y por la utilidad social de la empresa, pero también porque imponemos al emprendedor severos deberes de control del riesgo. Y severos significa, aquí, deberes penalmente reforzados, deberes de garante<sup>14</sup>. En similar sentido, Silva Sánchez refiere que la posición de garantía inicial, la competencia originaria, es, pues, del empresario en la medida en que este crea una organización para la producción y distribución de bienes o para la realización de servicios. Esta organización conlleva la asunción del compromiso de que de la misma no resulten hechos lesivos. Tal competencia es, sin embargo, delegable, lo que supone un cambio decisivo de la situación existente<sup>15</sup>.

Una observación que realizamos desde esta palestra está dirigida al uso del

---

<sup>13</sup> GÓMEZ MARTÍN, *op., cit.*, p. 115-138

<sup>14</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan A. "Salvar al oficial Ryan sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento". En *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención detección y reacción penal*. Mir Puig, S., Corcoy Bidasolo, M y Gómez Martín, V. (Dir.) Madrid: Edisofer, 2014, pp. 314-315.

<sup>15</sup> SILVA SÁNCHEZ, José M & SUÁREZ GONZALES, Carlos J. "La autoría delictiva en estructuras organizadas". En *la dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*. Lima: Grijley, 2001, p. 16.

término “empresario”, ello debido a que los autores al momento de pretender delimitar la responsabilidad penal del “empresario” hacen referencia al miembro del órgano de Administración (administrador o en su caso gerente) de una empresa como la persona que ha dado origen a esta persona jurídica, sin distinguir alguno entre socio fundador y gerente y/o administrador. Esto es, equiparan al socio fundador de la empresa con aquella persona que dirige y tiene el control de la misma, gerente general o administrador. Como se ha indicado, desde esta perspectiva, consideramos que en la mayoría de las empresas podemos encontrar aquellas personas que han fundado la empresa y por sus aportes se mantiene en funcionamiento -socios- y aquellas personas que tienen el control propiamente del funcionamiento de la empresa -órganos de administración-. Por lo que, consideramos que al momento de usar el término “empresario” es menester realizar la diferencia a quién específicamente nos estamos refiriendo, si al socio fundador o a aquella persona que administra propiamente el correcto funcionamiento de esta persona jurídica.

En el presente trabajo pretendemos analizar la posible responsabilidad penal del socio fundador de la empresa por delitos cometidos por los órganos de administración, para lo cual no compartimos que el socio fundador de la persona jurídica tenga deberes de garante para con los órganos de administración por el desarrollo de la actividad empresarial. En líneas posteriores fundamentaremos esta posición. Previo a ello, haremos referencia a dos tesis, la primera sostiene que el socio fundador es el garante originario de la actividad empresarial, por lo que, si estos los delega, retendría aún deberes residuales. La segunda el socio fundador es garante originario y tiene esferas de competencia para con los delegados.

## **ii. Primera tesis: socio fundador como garante originario con deberes residuales**

Antes de la reforma constitucional, el procesamiento del alto dignatario al que se levantaba la inmunidad correspondía a un fuero ordinario, siguiendo las reglas previstas en el Código procesal penal de 2004 o del Código de procedimientos penales de 1939. No obstante, la reforma constitucional en comentario cambia radicalmente el supuesto anterior y establece un sistema diferenciado. Para los casos donde la imputación sea el cometer un delito sin ejercicio de la función pública (delitos comunes), los cuales fueran imputados con anterioridad al ejercicio de la función del alto dignatario, la reforma constitucional ha previsto que el procesamiento siga a cargo de un juez penal ordinario. Para los casos en los que la imputación surja cuando el alto dignatario se encuentre en ejercicio del cargo, por hechos sin ejercer la función pública, la competencia del procesamiento la tendrá la Corte Suprema de la República.

Para atribuir alguna responsabilidad penal al socio fundador de una empresa se ha recurrido a criterios de imputación con base en la posición de garante que -

acorde a la doctrina mayoritaria- tiene el “empresario” que ha dado origen a la persona jurídica (para nosotros socio fundador), es decir, se le atribuye que ostenta deberes de garantía debido a su actuar precedente al resultado, esto es, por injerencia.

Como bien se ha referido el acto de delegación da origen a una nueva posición de garantía la cual recae sobre los delegados, empero esta delegación no extingue la posición de garantía que ostentaba el delegante quedando con él una posición de responsabilidad residual, esto es, aún mantiene algunas competencias, como por ejemplo el deber de vigilancia y control.

Así entonces, una primera tesis que se sostiene con base en el socio fundador como garante de la actividad empresarial, es que este delega en el administrador o administradores el control de la actividad empresarial, en otras palabras, que mantenga dentro de los márgenes del riesgo permitido o de ser el caso disminuir las consecuencias negativas para terceros que pudiera haber ocasionado la fuente de riesgo. Siendo la empresa y su actividad empresarial la fuente de peligro o de riesgo. Teniéndose el binomio siguiente: socio como delegante y administrador como delegado. Pero, atendiendo que la delegación no conlleva a un deslinde total de las competencias, el socio fundador tendría consigo deberes residuales que lo lleva asumir alguna responsabilidad penal cuando este ha omitido el cumplimiento de estos deberes residuales basado también en el principio de desconfianza, el mismo que exige al delegante (superior) no confiar plenamente en que el delegado (subordinado) cumplirá adecuadamente las funciones atribuidas. Citando ejemplos -acorde la presente tesis- tendrá responsabilidad penal aquel socio fundador por algún delito cometido desde la empresa por el administrador cuando el primero de estos haya nombrado en el puesto administrador aquella persona inidónea para asumir el cargo, o también, cuando el socio se desentiende de aquel deber residual de vigilar y controlar que el administrador desarrolle adecuadamente las funciones que se le ha encomendado, y producto de esa omisión ha llevado que el administrador pueda haber realizado una serie de delitos.

### **iii. Segunda tesis: socio fundador como garante originario y esferas de competencia**

Una segunda tesis que parte del socio fundador como garante originario de la actividad empresarial, sustenta que la relación que existe entre socio y administrador no es la de delegante y delegado, esto es superior y subordinado, sino lo que existe es una separación de esferas de competencia. Sostiene Pastor Núñez que si el traspaso delegación de esfera se ha realizado en términos eficientes (elección de la persona adecuada, dotación de medios, incluida la información necesaria) eso genera un efecto de separación de esferas. Se le puede llamar así si se quiere una delegación sin deberes de vigilancia ni reacción: delegación, porque

originariamente la responsabilidad es del socio, sin deberes de vigilancia ni reacción porque dicha “delegación” implica que la actividad del administrador queda separada de la del socio<sup>16</sup>.

El considerar que entre el socio fundador y el administrador existe una separación de esferas de competencia, implica que el socio no tiene el deber de organizar mecanismos, vigilancia sobre las conductas que realizan los administradores, ello en pro de verificar el adecuado cumplimiento de las funciones que ostenta el administrador, lo cual implica que de cometerse alguna ilícito penal que es atribuible al administrador, solo este asume las posibles consecuencias penales que acarrea su conducta (acción u omisión) no extendiéndose ello al socio fundador, debido a la separación de esferas competenciales existente entre ellos.

Así entonces, afirmar que la relación socios-administradores se rige por la estricta separación de esferas, significa que los conocimientos especiales no generan deberes de reacción: el socio que sabe y no reacciona (por ejemplo, pidiendo información al órgano de administración) no interviene en el delito del administrador, sino solamente infringirá, en su caso, un deber institucional llegando a cometer posiblemente delito alguno como el de omisión de socorro<sup>17</sup>.

## V. Toma postura

Habiendo ya esbozado las tesis que se ensayan al tratar de brindar respuesta ante la posible o no responsabilidad penal del socio fundador frente a delitos cometidos desde la empresa por el órgano de administración, debemos indicar desde esta palestra que para dilucidar dicha problemática debemos enmarcar la conducta del socio fundador en dos momentos. El primero, referido al socio como fundador de la actividad empresarial, esto es, si por el hecho de dar origen a la actividad empresarial a este le corresponde o no una posición de garante originaria con base en la injerencia; y el segundo, el rol del socio fundador en el funcionamiento de la empresa, esto si cuando en el desarrollo de la actividad empresariales se cometen delitos por los administradores, los socios tienen o no alguna responsabilidad penal.

Desde esta palestra consideramos menester resaltar el momento en que se agota la creación de una empresa para dar cabida al momento del funcionamiento de esta. Siendo el hito que delimita dicha frontera el momento la constitución formal de la sociedad, la misma que no solo contiene el pacto social, sino también el estatuto, notándose que acorde a la normativa (Artículo 5º, Ley 26887), se exige que la constitución formal de la empresa se dé por escritura pública en la que se nombra

---

<sup>16</sup> PASTOR NUÑEZ, Nuria. “¿Responsabilidad penal del socio por la criminalidad de la empresa? Reflexiones sobre la posibilidad de fundamentar una posición de garantía del socio”. En *Derecho Penal y Persona. Libro Homenaje a Jesús María Silva Sánchez*. Lima: Ideas, 2019, p.931.

<sup>17</sup> PASTOR NUÑEZ, *op. cit.*, p. 931.

los primeros administradores. Así, una vez constituida la empresa, se da inicio al funcionamiento de esta. Denotándose así la línea divisoria entre creación y funcionamiento de la empresa.

**i. Primer momento: Socio como fundador de la actividad empresarial**

La primera tesis referenciada parte del socio fundador de la empresa como el garante originario por la actividad riesgosa creada, es decir, atribuye el deber de garante basándose en la injerencia (actuar precedente), y así el socio delega en el órgano de administración estos deberes de velar por el adecuado manejo de la actividad riesgosa (que no afecte a tercero o que disminuya su afectación), destacándose con ello la figura de delegación, el socio fundador como delegante y el administrador como delegado, advirtiéndose además la existencia de una marcada jerarquía socio como superior y administrador como inferior, quien a su vez puede ser superior de alguien más al fungir como delegante de los deberes delegados por el socio. Empero, el socio pese a delegar aún posee deberes residuales, entre ellos; de vigilancia y control. Siendo factible así atribuírsele alguna responsabilidad penal ante la omisión de dichos deberes.

En referencia a los deberes residuales que ostentaría el socio fundador, exigiéndosele el adecuado cumplimiento de estos, desde esta palestra consideramos menester tener en cuenta lo que en la doctrina se denomina especialización funcional<sup>18</sup>, esto debido a que muchas veces, el socio fundador carece de los conocimientos que demanda la adecuada administración de la actividad empresarial, por ende, dicha labor la desarrollan los profesionales que sí poseen estos conocimientos, ello además en aras de poder obtener rentabilidad en la empresa, si en la administración de la misma se tiene a una persona no calificada para el cargo, es muy probable que se tenga pérdidas en vez de ganancias. En otras palabras, el socio no necesariamente tiene que saber de negocios, menos aún ser experto en el sector en el que desarrolla la actividad empresarial, por ello, esta tarea es del órgano de administración quien -en teoría- es conocedor de la materia. Si, por ejemplo, un médico cirujano decide invertir en la creación de una refinería minera, es de suponer que carece de los conocimientos que exige el sector minero en cuanto una refinería se refiere y más aún sobre administración de empresas, por ello, es debidamente justificado que de esta labor se encarguen los administradores de la empresa para que estos lo desarrollen con grado de profesionalidad debido a su especialización en dichas aristas. Así entonces, salta la pregunta: ¿es posible que el socio fundador pueda cumplir adecuadamente los deberes residuales que ostenta -en especial vigilancia y control- si no posee los conocimientos que demanda el adecuado manejo de la actividad empresarial? Siguiendo con el ejemplo, ¿el médico cirujano podrá vigilar y controlar adecuadamente las

---

<sup>18</sup> MARTÍNEZ MULERO, Víctor. *El control de los administradores y la impugnación de sus acuerdos*. Madrid: La ley 2005, p. 8.

funciones del administrador de la refinería minera? La respuesta que podemos emitir es que es difícil -por no decir imposible-, ello debido al criterio de especialización. Al socio fundador no le es exigible que posea conocimientos sobre la actividad empresarial, mucho menos sobre la administración adecuada de esta, claro, haciendo hincapié que nos estamos refiriendo a grandes sociedades. Por este motivo, no consideramos que el socio fundador le sea exigible el cumplir adecuadamente los deberes residuales que ostenta, si se considera que este tiene el deber de garantía originario.

Sobre el socio fundador como garante originario debido a su actuar precedente al haber dado origen a la actividad empresarial, consideramos que debe tenerse en cuenta que la injerencia, como tal, implica reconocer una posición de garante con base en un actuar precedente. Ahora bien, sobre esta conducta precedente, Bacigalupo sostiene que es preciso que dicha conducta sea contraria al deber. En otras palabras, según lo referido por el aludido autor, el origen de la posición de garante queda limitada por el peligro permitido en el tráfico. La adecuación a derecho de la conducta precedente impide que de ella pueda deducirse un deber de garantía. Es decir, que la posición de garante por injerencia implica necesariamente que el autor haya creado un peligro adicional al permitido para la fuente que se encuentra bajo su dominio, para que su omisión sea equivalente a una acción, por lo que, si la conducta se encuentra enmarcada dentro del riesgo permitido, ello no da origen a una posición de garante<sup>19</sup>. Dicha concepción sobre la conducta precedente es compartida por Schünemann quien refiere que si la conducta precedente se mantiene dentro del riesgo permitido no fundamenta responsabilidad alguna<sup>20</sup>. En suma, siguiendo a Roxin, podemos afirmar que no existe posición de garante por injerencia si la acción previa se mantiene dentro del riesgo permitido excluyendo por lo tanto la imputación<sup>21</sup>. Así entonces, consideramos que el socio fundador que da origen a una actividad empresarial; el objeto social, como tal, actúa dentro del riesgo permitido. En otras palabras, para que una sociedad existe tiene que tener un objeto social (la actividad a la que se dedicará), siendo dicho objeto social necesariamente permitido por el ordenamiento jurídico, lo cual conlleva que sea una actividad que se encuentre dentro del riesgo permitido; por lo tanto, si es una actividad permitida por el derecho que se encuentra dentro del riesgo permitido, esta no genera una posición de garante, por lo que el socio fundador no tendría deberes de garante con base a su actuar precedente.

Habiendo ya asentado postura sobre los motivos por los cuales el socio fundador

---

<sup>19</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Delitos impropios de omisión*. Dykinson: Madrid, 2005, p. 203.

<sup>20</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Marcial Pons: Madrid, 2009, p. 361.

<sup>21</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, tomo II: especiales formas de aparición del delito*, trad. Luzón Peña. Civitas, Madrid, 2014, p. 907.

no sería garante por injerencia, debemos indicar que el socio como fundador de la actividad empresarial, limitándose solo a dar origen a la sociedad mas no llevando la gestión de la misma, debe estar limitado solo a la correcta constitución de la empresa en cuanto al objeto social (actividad a la que se dedicará) y el cumplimiento de las formalidades exigidas por la norma, específicamente la Ley General de Sociedades (Ley N° 26887). Así, ello guarda relación con aquella distinción entre los propietarios de la empresa (socios) y los gestores o controladores de esta (administradores). Son los administradores quienes por asunción deciden administrar la actividad empresarial, teniendo el deber que la misma se mantenga dentro de los márgenes del riesgo permitido, como también la adecuada organización de la actividad empresarial en sus distintos niveles, haciendo de uso para ello la delegación de deberes.

## **ii. Segundo momento: el socio fundador en el funcionamiento de la empresa**

Aquí resulta necesario referimos a las esferas de competencia entre el socio y el órgano de administración, en la cual debido a dicha separación el socio fundador queda exento de responsabilidad penal. Bajo esta tesis, tanto el socio fundador como el administrador tienen su propio ámbito de responsabilidad, no existiendo en el socio fundador deberes residuales, habiendo ya analizado a que dicho criterio de imputación es factible en la existencia de estructuras horizontales, donde no hay una jerarquización de por medio.

Es de indicar que la especialización funcional allana el campo para argüir en este sentido, esto es, debido al desconocimiento del socio fundador de la actividad social y más aún de la misma administración empresarial, se requiere de profesionales de dicha materia, por ende, se alega que es de necesidad contar con las personas indicadas para ello. Así entonces, si el socio como garante originario delega en una persona idónea para ejercer la administración, ocurre la llamada separación de esferas, por lo tanto; de cometerse un delito desde la empresa por parte de los administradores, ello no incumbiría de alguna manera al socio fundador.

Ahora bien, desde esta palestra no consideramos de recibo que el socio fundador como garante delegue deberes al administrador y que entre estos exista una división de responsabilidades con base a las esferas de competencia (más allá que somos de la postura que el socio fundador no tiene posición de garante sobre la actividad empresarial), ello debido a que, para que pueda existir la delegación de deberes esta tiene que darse en una estructura vertical, donde el delegante es superior y el delegado inferior, lo que desnaturaliza la conceptualización de las esferas de competencia, ello debido a que estas se presentan en planos horizontales con base en la especialidad de cada uno, por lo que, no resulta admisible el referir que un delegante (superior), delega su inferior deberes y pese a ello no tiene

deberes residuales dado que se está ante en el marco de las esferas de competencias. En suma, entre dos organizaciones unidas por un contexto de jerarquía no es admisible las esferas de competencia.

Así entonces, lo esbozado nos lleva a interrogarnos lo siguiente: si en el desarrollo de la actividad empresarial originada por el socio, el administrador comete algún delito desde la empresa, ¿cómo puede atribuírsele responsabilidad al socio si este no es garante de la actividad social, por ende, no tendría deberes residuales para con el administrador? Aquí es de tener en cuenta que la actividad empresarial en términos económicos va repercutir en el socio fundador, viéndose esto reflejado en pérdidas en cuando a su inversión o ganancias de la misma, por consiguiente: si el socio fundador tiene conocimiento que el órgano de administración de la empresa como parte de la actividad empresarial está cometiendo delitos, por ejemplo, vende productos cuya fecha de vencimiento expiró o está contaminando el medio ambiente, de lo cual el socio, por obvias razones, tendrá beneficios, este socio podría incurrir en un delito autónomo, diferente al que respondería el administrador, ya sea por ejemplo por receptación o- dependiendo del caso- lavado de activos, mas no tiene participación en el delito cometido por el administrador, como también podría responder por infringir un deber institucional, por ejemplo, no prestar auxilio o no avisar a la autoridad sobre la ingesta del producto vencido.

## La Business Judgment Rule (BJR) en el Perú: ¿Es necesaria su inclusión en el Derecho Societario peruano?

Jesús Hernández Peña\*

**Resumen.** - La Business Judgment Rule es una regla que ha sido introducida en el texto del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades con la finalidad de proteger la discrecionalidad empresarial de los directores y gerentes de las sociedades anónimas peruanas. En el siguiente ensayo analizaremos normativa y jurisprudencia comparada con el fin de constatar su necesidad y compatibilidad con nuestro sistema jurídico de responsabilidad civil.

**Abstract.** - The Business Judgment Rule is a rule that has been introduced in the text of the Draft Bill of the General Corporations Law with the purpose of protecting the business discretion of the directors and managers of Peruvian corporations. In the following essay we will analyze comparative regulations and jurisprudence to verify its necessity and compatibility with our civil liability legal system.

**Palabras claves.** - Business Judgment Rule - Responsabilidad civil - Administradores- Deberes fiduciarios- Diligencia.

**Keywords.** - Business Judgment Rule - Tort Liability - Administrators - Fiduciary duties - Diligence.

---

\* El autor es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y cuenta con una especialización en Responsabilidad Civil por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Asimismo, tiene un Diplomado en Arbitraje por la Universidad Austral de Buenos Aires y, actualmente, está cursando la Maestría en Derecho de la Empresa de la Escuela de Posgrado de la PUCP. Es abogado asociado del área de competencia y arbitraje de BuenoLercari Consultores y ha sido autor de publicaciones relacionadas a temas contractuales y arbitraje.

## I. Introducción

Una de las características principales de la Sociedad Anónima es la administración delegada. En tanto se busca reducir los costos de transacción de la toma de decisiones<sup>1</sup>, los accionistas (principal) delegan la administración de la sociedad a un grupo determinado de individuos (agentes), quienes se obligan a actuar en favor de los intereses de la sociedad. Los problemas en esta relación, no obstante, ocurren cuando el agente tiene intereses distintos a los del principal y, en virtud de ello, actúa en desmedro del interés del cual es llamado a proteger. La existencia de estos problemas, llamados por la doctrina como problemas de agencia, ocasiona que el derecho societario establezca una serie de medidas preventivas para fiscalizar la actividad de los directores y gerentes, previniendo de esta manera cualquier acto contrario al interés social.

Desde esta óptica, y sin perjuicio de la existencia de otras estrategias jurídicas, una de las formas en que el derecho societario limita la actividad de los directores y gerentes es mediante la imposición de deberes de buena fe, diligencia y lealtad en el ejercicio de sus funciones. Esto último, sin embargo, no resuelve el problema del todo, ya que abre una serie de nuevas incógnitas referidas a la forma en que se debería imputar responsabilidad civil a dichos agentes por el incumplimiento de estos deberes; siendo que dichas dudas se incrementan en aquellos casos donde las decisiones empresariales han generado resultados negativos para la sociedad.

En ese sentido, ¿un director o gerente debería ser responsable civilmente por los resultados negativos de su gestión? ¿Se estarían incumpliendo los deberes de diligencia, buena y/o lealtad cuando la gestión empresarial no arroja resultados positivos?

Pese a que la respuesta a estas preguntas tiene incidencia directa en el nivel de riesgo que los directores y gerentes están dispuestos a asumir, las mismas no han sido tratadas en la jurisprudencia y normativa nacional. Esta situación motivó que el Grupo de Trabajo que se encargó de la redacción del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades (ALGS), incluyera en su art. 154, la regla de protección de la discrecionalidad empresarial o Business Judgment Rule (BJR). Nacida en Estados Unidos, la BJR se fundamenta en una premisa simple: en la medida que el director o gerente haya actuado de forma diligente y de buena fe, el juez no cuestionará el criterio económico empleado ni tendrá en cuenta las consecuencias económicas de las operaciones realizadas para imputar responsabilidad civil. Esta

---

<sup>1</sup> Sobre el particular, John Armour, Henry Hansmann y Reinier Kraakman señalan lo siguiente: *“Third, though largely or entirely chosen by the firm’s shareholders, the board is formally distinct from them. This separation economizes on the costs of decision-making by avoiding the need to inform the firm’s ultimate owners and obtain their consent for all but the most fundamental decisions regarding the firm.”* En ARMOUR, J., HANSMANN H. y KRAAMAN, R. *“What is Corporate Law?”*. *The Anatomy of Corporate Law. A comparative and functional approach*. New York: Oxford University Press, p. 14, 2009.

regla permite proteger la discrecionalidad empresarial y, en contrapartida, hace más objetivo el control de la gestión social por parte de los accionistas.

Si bien la inclusión de esta regla es positiva desde un punto de vista teórico, subyace la pregunta respecto a si dicha regla es compatible con nuestro sistema legal. Ciertamente, no podemos olvidar que los orígenes y el desarrollo de la BJR se dieron en una cultura jurídica distinta a la nuestra, lo cual hace que las normas societarias y el sistema de responsabilidad civil no sean necesariamente iguales a los nuestros.

Sin perjuicio de lo anterior, también debemos responder una segunda pregunta de similar importancia: ¿Es realmente necesaria la inclusión de la BJR en nuestra legislación societaria? Como toda regulación, la Ley General de Sociedades (LGS) y el ALGS deben resolver aquellos problemas que efectivamente se dan en el seno de las sociedades peruanas, por lo que la inclusión de la BJR debe responder a una necesidad debidamente acreditada y no a un mero capricho del legislador. Caso contrario, se corre el riesgo que la BJR devenga en ineficaz.

El presente artículo, por ende, busca responder a las preguntas anteriormente planteadas, para lo cual dividiremos el texto en tres (3) partes. La primera parte estará destinada a analizar la BJR, sus fundamentos y requisitos de aplicación. En la segunda parte, nos enfocaremos en revisar cómo es que se encuentra legislado el sistema de responsabilidad civil de los directores y gerentes en nuestro país para, en la tercera parte, desarrollar los argumentos que, consideramos, justificarían la incorporación de la BJR a nuestra legislación societaria.

Cabe resaltar que la BJR es una regla aplicable a los directores y gerentes por igual, por lo que a lo largo del texto se hará referencia a todos estos como “administradores”. Asimismo, el análisis se enfocará únicamente en los administradores de una Sociedad Anónima, por lo que no desarrollaremos la aplicación de la BJR a otros tipos de sociedades.

## **II. La Business Judgment Rule (BJR)**

La Business Judgment Rule (BJR) es una regla jurisprudencial que, bajo la premisa que los administradores han actuado de forma diligente, evita la revisión de los resultados económicos de sus decisiones a efectos de imputarles responsabilidad civil. De esta forma, no se analiza el resultado de la actividad del administrador, sino que se evalúa si el mismo ha actuado en forma diligente al momento de tomar una determinada decisión empresarial.

Para Francisco Reyes Villamizar, la BJR es una regla que reconoce la discrecionalidad de los administradores al momento de tomar sus decisiones económicas:

“Las cortes norteamericanas han preferido no inmiscuirse en el análisis económico de las decisiones administrativas de la sociedad. Es por ello por lo que han adoptado la denominada regla de la discrecionalidad (“Business

Judgment Rule”), en cuya virtud los administradores son autónomos en la toma de sus determinaciones, siempre y cuando estas obedezcan a un raciocinio adecuado a las circunstancias.”<sup>2</sup>

Esta regla, por ende, funge de límite al análisis jurisprudencial de la responsabilidad civil de los administradores, en tanto hace que sólo se tenga en cuenta la actividad humana (como debería ser) que desembocó en la decisión empresarial y no los resultados negativos de dicha decisión ni el criterio económico empleado.

Ahora bien, para entender mejor cómo es que se aplica la BJR, importa revisar sus antecedentes jurisprudenciales en el derecho anglosajón.

#### **i. Antecedentes y fundamento**

Antes de desarrollar este extremo del análisis, corresponde precisarle al lector algunos aspectos importantes del derecho societario anglosajón. Así pues, las normas societarias estadounidenses son promulgadas por cada Estado, siendo que el gobierno federal, en principio, sólo tiene competencia para regular aquellos temas relacionados con las sociedades cotizadas en bolsa<sup>3</sup>. Esta situación le permite a las empresas estadounidenses elegir donde registrarse y constituirse, por lo que cada Estado “compite” por ver quién le ofrece mejores condiciones regulatorias a dichos agentes económicos. Esto es llamado por la doctrina como “mercado de leyes”.

Teniendo en cuenta que la principal fuente de derecho del Common Law es la jurisprudencia, las cortes estatales, que resuelven las controversias societarias que se dan en las sociedades inscritas en sus respectivas jurisdicciones, tienen la importante tarea de interpretar las normas societarias a fin de brindarles seguridad jurídica a los empresarios respecto a la forma en que se resolverán sus controversias legales. Esto último permite que la legislación societaria se desarrolle y responda a las nuevas necesidades del mercado<sup>4</sup>.

En este contexto, la BJR nace como parte de la competencia entre Estados por captar la inversión privada, brindando una pauta de solución a los problemas de agencia administrador-accionista que, posteriormente, sería replicada a lo largo de los Estados Unidos. Así pues, su caso más emblemático fue *Otis & CO. vs Pennsylvania R.CO.* (1945), el cual se resolvió en Pennsylvania y donde se dilucidó la responsabilidad civil de los directores de la empresa Pennsylvania R. CO. por la “mala” negociación de bonos financieros que devino en una pérdida de

---

<sup>2</sup> REYES VILLAMIZAR, Francisco. *El Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción Comparada*. Bogotá: Legis, 2006, p. 188-189.

<sup>3</sup> REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Ibid.* p. 77.

<sup>4</sup> SOLOMON, L. & PALMITER, A. *Corporations, examples and explanations*, Segunda Edición, Boston: Little Brown and Company, 1994, p.40.

US\$ 1'000,000 para la compañía. Los hechos del caso son como siguen, los cuáles han sido tomados de la misma sentencia<sup>5</sup>.

En 1943, Pennsylvania, Ohio and Detroit RR Co. (en adelante, PO&D) decidió emitir bonos con un interés de 4.5%, el cual iba a ser garantizado por su accionista mayoritario, Pennsylvania RR Co. (en adelante, PRR). Entre mayo y los primeros días de junio de 1943, Kuhn, Loeb & Co. (KLC) entabló una serie de negociaciones con PRR para adquirir dichos bonos, lo cual culminó en un acuerdo no vinculante. Posteriormente, Halsey, Stuart & Co. y Otis & Co. (HSC y OC) solicitaron a PO&D la posibilidad de realizar una oferta por los bonos previamente adjudicados; solicitud que fue rechazada por el Sr. Celement y el Sr. Pabs, administradores de PO&D.

La reiterada negativa de los directores de PO&D motivó a sus accionistas a demandarlos por responsabilidad civil derivada de presuntos incumplimientos a su deber de cuidado y juicio ordinarios ya que, de haberse aceptado la oferta realizada por HSC y OC, PO&D hubiese ganado US\$ 1'000,000 más que el trato primigeniamente cerrado.

Al momento de resolver este caso en la Corte Distrital del Este de Pennsylvania, el Juez Kalodner precisó que los directores no eran responsables por los errores económicos incurridos en un desarrollo honesto del negocio, entendido ello como una expresión del principio de buena fe:

“In disposing of the case under the New York Law, the concept familiarly known as the "**business judgment rule**" was applied by the court, 49 N.Y.S.2d at page 643:

The question is frequently asked, how does the operation of the so-called 'business judgment rule' tie in with the concept of negligence? There is no conflict between the two. **When the courts say that they will not interfere in matters of business judgment, it is presupposed that judgment reasonable diligence has in fact been exercised. A director cannot close his eyes to what is going on about him in the conduct of the business of the corporation and have it said that he is exercising business judgment.** Courts have properly decided to give directors a wide latitude in the management of the affairs of a corporation provided always that judgment, and that means an honest, unbiased judgment, is reasonably exercised by them.

(...) In any event, it is well settled that what constitutes negligence depends upon the circumstances of the case; that the court will not interfere with the internal management of corporations, and therefore will not substitute its judgment for that of the officers and directors; and what is a rule of reason,

---

<sup>5</sup> La sentencia puede consultarse en el siguiente link: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/61/905/1607268/>.

that negligence must be determined as of the time of the transaction. It is also clearly established that mistakes or errors in the exercise of honest business judgment do not subject the officers and directors to liability for negligence in the discharge of their appointed duties” (el énfasis es nuestro)

Como vemos, el criterio jurisprudencial se inclinó por centrar el análisis de responsabilidad civil en la diligencia de los administradores y no en los efectos económicos de sus actos, estableciéndose que estos sólo serían responsables si es que se lograra acreditar su negligencia. Este criterio jurisprudencial fue replicado en el caso *Aronson v Lewis* (1984), donde los jueces de la Corte Suprema de Delaware resolvieron lo siguiente:

“It is a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company. Absent an abuse of discretion, that judgment will be respected by the courts. The burden is on the party challenging the decision to establish facts rebutting the presumption.”<sup>6</sup>

De esta manera, la BJR fue aplicada como una presunción de actuación de buena fe en favor de los administradores, siendo que los jueces únicamente imputaban responsabilidad civil si los demandantes lograban probar lo contrario en cada caso concreto.

Posteriormente, la jurisprudencia norteamericana precisó que la función principal de la BJR era la preservación de las decisiones económicas realizadas al interior de la empresa. Si bien esta función ya estaba implícitamente reconocida desde su nacimiento, los jueces empezaron a reconocer expresamente que la BJR evitaba que los demandantes cuestionen el criterio comercial de los administradores para solicitar el pago de una indemnización. Esto, por ejemplo, fue precisado por el Juez Wells de la Corte de Apelaciones de North Carolina en la sentencia *Alford v Shaw* de 1987:

“The rule (Business Judgment Rule) simply means that courts, honoring principles of corporate self-government, will not inquire into good faith decisions involving business judgment; directors not being liable for mere mistakes of judgment. It is well established that where a corporation, pursuant to a good faith business decision by the board of directors, elects not to pursue a claim upon demand, the business judgment rule prevents a

---

<sup>6</sup> La sentencia puede revisarse en el siguiente link: <https://law.justia.com/cases/delaware/supreme-court/1984/473-a-2d-805-4.html>.

<sup>7</sup> La sentencia se puede revisar en el siguiente link: [https://casetext.com/pdf/downloaded?download\\_redirect=alford-v-shaw&utm\\_source=Iterable&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=PDF-emails](https://casetext.com/pdf/downloaded?download_redirect=alford-v-shaw&utm_source=Iterable&utm_medium=email&utm_campaign=PDF-emails)

shareholder from substituting his or her judgment by initiating a derivative action”

La BJR, por ende, fue concebida como un mecanismo para proteger el criterio económico de los administradores, garantizándoles que sus decisiones no generarían responsabilidad civil en la medida que fueran diligentes. De allí que su aplicación haya sido muy difundida en las cortes anglosajonas desde aquél entonces.

Tal es el ámbito de aplicación de la BJR que la misma, incluso, fue aplicada a casos donde se discutía la diligencia del directorio al momento de contratar personal clave de la empresa. Esto ocurrió en el caso *Brehm et al v. Eisner and the Walt Disney Company* (Caso Disney del 2000), donde los accionistas demandaron a Michael Eisner y sus directores por la negativa contratación de Michael Ovitz como su gerente principal. Sin perjuicio de la complejidad fáctica del asunto, basta decir que el caso giró en torno a determinar si Eisner y los demás directores fueron diligentes al momento de contratar a Michael Ovitz y, a su vez, si actuaron de buena fe al incluir una “goldenparachute”<sup>8</sup> en su contrato.

En este caso, la Corte Suprema de Delaware<sup>9</sup> estimó que la decisión de contratar a Ovitz estaba dentro del ámbito de aplicación de la BJR, siendo que los demandantes no habían probado que Eisner y los demás directores habían actuado de mala fe y en forma desinformada en su contratación. Respecto a la cláusula “goldenparachute”, la corte estimó que estos pactos eran comunes en el mercado y no era posible calificar si la misma era idónea o no para las transacciones comerciales, ya que también estaba protegida por la BJR.

De esta manera, no cabe duda de que esta regla alcanza a todo tipo de decisiones empresariales, protegiendo el criterio económico de los administradores en el manejo de la empresa, siempre y cuando se advierta que hayan actuado en forma diligente y de buena fe.

## **ii. Definición**

Como ya lo adelantamos, la BJR es aquel método que emplean los jueces para decidir si los administradores han incurrido, o no, en actos que merecen la imputación de responsabilidad civil. Al respecto, Lori McMillan define a la Business Judgment Rule de la siguiente forma:

“The Business Judgment Rule ensures that decisions made by directors in good faith are protected even though, in retrospect, the decisions prove to

---

<sup>8</sup> Dicha cláusula le otorgó a Ovitz el derecho a percibir una indemnización cuantiosa en caso que Disney prescindiera de sus servicios; situación que ocurrió un (1) año después de su contratación.

<sup>9</sup> La sentencia se puede revisar en el siguiente link: [https://casetext.com/pdf/downloaded?download\\_redirect=brehm-v-eisner&utm\\_source=Iterable&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=PDF-emails](https://casetext.com/pdf/downloaded?download_redirect=brehm-v-eisner&utm_source=Iterable&utm_medium=email&utm_campaign=PDF-emails)

be unsound or erroneous. It provides a deference to prevent courts from second-guessing business decisions that were made in good faith.”<sup>10</sup>

De esta definición podemos advertir que la BJR se relaciona con otros dos (2) conceptos fundamentales: la buena fe y la debida diligencia. Tal y como hemos visto, la jurisprudencia anglosajona aplica la BJR sólo en casos donde los administradores han actuado de forma diligente y de buena fe, ya que se busca incentivar la correcta realización de los negocios y no encubrir decisiones negligentes. Es por ello que coincidimos con Felipe Suescún cuando señala que “(...) la BJR (...) protege a administradores “desinteresados”, esto es, aquellos que no sean parte de la transacción ni que puedan esperar que se derive para ellos un beneficio económico; que la regla únicamente es aplicada para decisiones que hayan sido tomadas con la debida información, de manera que los administradores tienen la obligación de considerar lo siguiente:

“toda la información material razonablemente a su alcance”; que la regla no está destinada a proteger a administradores que han cesado en sus funciones o que no hayan actuado de buena fe; (...) que la regla aplica cuando los administradores actúan con la debida diligencia, la cual es la medida con el estándar de la culpa grave, no la simple negligencia (...).”<sup>11</sup>

Así pues, la BJR no busca otorgarle una discrecionalidad absoluta al administrador en el ejercicio de sus funciones, sino que delimita objetivamente cuáles serán las pautas que un juez seguirá al momento de analizar la diligencia del mismo por ocasión de una demanda de daños y perjuicios. Se trata de un límite objetivo entre la negligencia del administrador y el criterio económico empleado por aquél en la gestión empresarial; límite que se hace de suma importancia si advertimos que el riesgo connatural del mercado hace que la línea divisoria entre uno u otro sea difusa.

En efecto, no podemos olvidar que el mercado lleva intrínsecamente aparejado una serie de riesgos que no podrán evitarse y que pueden determinar el éxito o fracaso de una decisión económica. Riesgos cuya naturaleza e intensidad, tal y como lo señala Pietro Trimarchi, variará dependiendo de la industria que analicemos.<sup>12</sup> De allí que siempre existirá la posibilidad que una determinada decisión económica devenga en un “mal negocio” para la empresa, lo cual no sólo dependerá del nivel de diligencia empleado por sus administradores, sino también de otros factores económicos que son ajenos a la voluntad de estos (alza de precios de las materias primas o la baja de la cotización accionaria de la bolsa de valores, por ejemplo).

<sup>10</sup> MCMILLAN, Lori. “The Business Judgment Rule as an immunity doctrine”. En *William & Mary Business Law Review* N° 521, 2013, p. 526-527.

<sup>11</sup> SUESCÚN DE ROA, Felipe. “The business judgment rule en los estados unidos: una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva”. En *Vniversitas* N°127, Bogotá, 2013, p. 347 - 348.

<sup>12</sup> TRIMARCHI, Pietro. “Riesgo y Responsabilidad Objetiva”. Traducción de Leysser León Hilario, p. 2.

Desde esta óptica, los administradores siempre toman decisiones económicas riesgosas, por lo que el análisis de su diligencia debería tener en cuenta el nivel de información consultada y la buena fe empleada, y no los resultados de la decisión ni la idoneidad del criterio económico empleado. Lo contrario sería exigirles a los administradores que revisen la idoneidad de su comportamiento y controlen otros factores económicos ajenos a su voluntad; exigencia que, como lo señala Jose Antonio Payet, únicamente ocasionaría consecuencias negativas al desarrollo económico de la compañía. En palabras del referido autor:

“En el caso del deber de diligencia, una regla de responsabilidad excesivamente severa tiene una alta probabilidad de conducir a un resultado indeseado por los propios accionistas. (...) [U]na regla de este tipo puede generar sobrecumplimiento, en el sentido que buscando evitar una posible responsabilidad los administradores dejen de asumir incluso riesgos empresariales razonables. Además, existe una clara ventaja relativa de los administradores por encima de los jueces para decidir cuándo una determinada decisión o conducta es razonable desde el punto de vista empresarial, por lo que la revisión judicial de esas decisiones resulta inconveniente.”<sup>13</sup>

Es por ello por lo que la BJR representa un gran apoyo para los administradores y el tráfico económico en el mercado, por cuanto evita que los resultados del negocio y la idoneidad del criterio económico empleado sean elementos determinantes para imputar responsabilidad civil.

### **iii. Requisitos para aplicar la BJR**

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en identificar cuatro (4) requisitos para la aplicación de la BJR: (i) que el administrador haya tomado la decisión de buena fe; (ii) que no exista un interés personal en la operación; (iii) que se haya tenido en cuenta toda la información disponible y, (iv) que se haya cumplido con el procedimiento de decisión aplicable<sup>14 15</sup>. Por lo tanto, en la medida que los administradores cumplan estos requisitos, se entenderá que los mismos han sido diligentes y el juez no tendrá razón para imputarles responsabilidad civil por los malos resultados de su gestión.

Estos requisitos han sido legislados de múltiples formas en todas las jurisdicciones que han incluido a la BJR en sus normativas societarias. En España, por ejemplo, el legislador incluyó dichos requisitos en el art. 226° de la Ley de Sociedades de

---

<sup>13</sup> PAYET, Jose Antonio. “Empresa, Gobierno Corporativo y Derecho de Sociedades: Reflexiones sobre la protección de las minorías”. *THEMIS- Revista de Dererecho*, núm. 46, Lima, 2003, p. 87.

<sup>14</sup> GURREA-MARTÍNEZ, Aurelio. Op. Cit. p. 418.

<sup>15</sup> GUERRA, Alberto. *La Business Judgment Rule, un balón de oxígeno para el riesgo en las decisiones estratégicas*. Fecha de consulta: 12 de abril del 2021.

[https://www.garrigues.com/es\\_ES/noticia/la-business-judgement-rule-un-balon-de-oxigeno-para-el-riesgo-en-las-decisiones-estrategicas](https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/la-business-judgement-rule-un-balon-de-oxigeno-para-el-riesgo-en-las-decisiones-estrategicas)

Capital de España<sup>16</sup> a fin de proteger la discrecionalidad empresarial de los administradores, siendo que dicho texto ha servido de insumo para la redacción del art. 154° del ALGS peruano. Así pues, el texto español y el texto peruano son casi iguales con la salvedad que el legislador peruano fue más enfático en señalar que la BJR libera de responsabilidad civil a los administradores aun cuando los resultados de su gestión sean negativos para la compañía, tal y como se ve a continuación:

“Artículo 154.- Protección de la discrecionalidad empresarial en el ejercicio del cargo

154.1 En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad de los directores, los niveles requeridos de diligencia se entenderán cumplidos cuando el director haya actuado de buena fe, sin conflicto de interés en el asunto objeto de decisión, con información razonablemente suficiente

según las circunstancias y siguiendo un procedimiento adecuado, independiente y transparente para la toma de decisión.

**En este marco, los directores no incurrirán en responsabilidad en caso de actuar de conformidad con lo indicado en el párrafo anterior, incluso si finalmente las decisiones que adoptaron no resultaron las más convenientes para la sociedad.**

No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que involucren directa o indirectamente a algún accionista, o algún director o gerente y personas vinculadas a estos. En particular, cuando se trata de permitir a estos realizar las operaciones prohibidas por el artículo 150 o cuando se trate de aprobar algún contrato o negocio con un accionista o con una persona o entidad vinculada a este, corresponderá a los directores dejar constancia de que, al tomar la decisión, el directorio ha cumplido con sus deberes de lealtad y diligencia, que el acuerdo adoptado es de beneficio para la sociedad y que se ha dado prioridad al interés.” (el énfasis es nuestro).

Esta creación del legislador peruano parecería redundante si tenemos en cuenta el objetivo que cumple la BJR, pero, como veremos más adelante, la falta de

---

<sup>16</sup> Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial.

A. En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

B. No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230.

jurisprudencia sobre la materia y la aparición de sesgos en el análisis judicial justificarían dicha inclusión. Más aún si se busca preservar los efectos positivos de dicha regla, esto es el fomento de una cultura de innovación y una sana asunción y gestión de riesgos empresariales<sup>17</sup>.

Finalmente, cabe resaltar que los requisitos de aplicación de la BJR son la materialización de los deberes fiduciarios. Así pues, los requisitos (i) y (ii) responden al deber de lealtad (Duty of Loyalty), en tanto refieren al rol que tienen los administradores para con los intereses de la sociedad; mientras que los requisitos (iii) y (iv) responden al deber de cuidado (Duty of Care) en la medida que evocan al cumplimiento de los procedimientos establecidos para la toma de decisiones al interior de la empresa.

### **III. El sistema de responsabilidad civil de los administradores en el Perú**

Estando claros respecto a la definición de la BJR y su forma de aplicación, importa analizar cómo está estructurado el sistema de responsabilidad civil de los administradores en el Perú. Para ello, revisaremos dos (2) grandes cuerpos normativos: (i) la LGS; y, (ii) el Código Civil.

#### **i. Regulación según la Ley General de Sociedades**

A efectos de entender el ámbito de responsabilidad civil de los administradores en el marco de nuestra LGS, conviene entender primero su funcionamiento y cómo, legislativamente, están concebidos sus deberes.

Para ello, debemos tener claro que el art. 152° de la LGS establece que la administración de las sociedades reposa sobre el directorio y uno o más gerentes, guardando silencio respecto a cómo son sus relaciones al interno de la Sociedad Anónima. Sobre el particular, Jorge Trelles y Alonso Rey señalan que ambos órganos actúan en forma coordinada, siendo que cada uno tiene actividades administrativas específicas:

“Asimismo, podemos señalar que el gerente general ejerce su poder o mandato de una delegación específica o general del directorio o de la junta general. En este sentido, el gerente tiene un marco de actuación determinado por el directorio y las facultades encargadas a éste por los órganos sociales. Es decir, el gerente general, a diferencia del directorio, no tiene voluntad propia en aspectos en los cuales el directorio ha decidido sobre un aspecto, el cual deberá ser ejecutado por el Gerente General.”<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo. “Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas”. Madrid, 14 de octubre del 2013. Fecha de consulta: 18 de enero del 2022.

<sup>18</sup> TRELLES CASTRO MENDIVIL, Jorge y Alonso REY BUSTAMANTE. “El Gerente General”. *Tratado de Derecho Mercantil. Tomo I: Derecho Societario*, Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 626.

De esta manera, se concibe legalmente al directorio como el órgano encargado de elaborar las políticas generales de administración de la sociedad, mientras que la gerencia general es el órgano que ejecuta tales políticas en la gestión diaria de la empresa. Y es que si tenemos en cuenta que el directorio es un órgano colegiado y la toma de decisiones en su interior implica un debate e intercambio de ideas importante, se hace necesario que exista un órgano de administración que se encargue de ejecutar dichas decisiones administrativas y asuma la marcha diaria de la sociedad.

Teniendo claro lo anterior, es importante poner de manifiesto que, desde una perspectiva civil, la obligación principal de los administradores – directores y gerentes- es poner a disposición de la sociedad, todo su conocimiento y expertíz a fin de mejorar sus posibilidades de crecer en el mercado. Este deber central, debido a la naturaleza obligacional del vínculo entre la sociedad y sus administradores, se complementa con los llamados deberes accesorios, dentro de los cuáles se encuentran los deberes fiduciarios de lealtad y cuidado desarrollados en la doctrina societaria.

En efecto, en la medida que los daños generados por el incumplimiento de obligaciones de los administradores se analizan bajo el sistema de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, se puede inferir que la relación preexistente es contractual o, cuando menos, de naturaleza obligacional compleja. Esta idea es compartida por Juan Espinoza Espinoza, quien señala lo siguientes:

“(…), parece más persuasivo argumentar que, frente a un daño ocasionado dentro de una relación orgánica (entre el director y la sociedad), la normatividad a aplicarse debe ser la de la responsabilidad contractual, (...) porque [hay] (...) una relación jurídica previamente asumida y dentro de la cual se ha lesionado una particular posición jurídica.”<sup>19</sup>

Al tratarse de una relación contractual u obligacional compleja, importa saber si el administrador le genera una utilidad material a la sociedad (conocida doctrinalmente como obligación de resultados) o inmaterial (conocida en la doctrina como obligación de medios), a fin de determinar la forma en que se manifiesta el deber de diligencia y la manera en que se debe analizar la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de dicha obligación.

Como ya se ha descrito, una operación económica es afectada por diversos factores ajenos a la voluntad de los administradores, como la inflación, caídas de bolsa, etc. Entonces, si les exigiéramos resultados materiales a los administradores, estaríamos pidiéndoles que, pese al riesgo inherente del mercado, siempre obtengan ganancias a favor de la sociedad; exigencia que sería imposible de cumplir en la mayoría de los casos. Por tal motivo, consideramos que los

---

<sup>19</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2006, p. 565.

administradores sólo se encuentran en la posibilidad de garantizar que pondrán todos sus esfuerzos (prestación del deber central) para mejorar la posición de la empresa para recibir ganancias económicas (utilidad inmaterial). De allí que cumplan una obligación de medios y no de resultados, tal y como resalta Francisco Reyes Villamizar: "(...) [l]a legislación no exige una obligación de resultados, sino, más bien, de medios. El director debe poner todo su empeño para lograr que las decisiones administrativas sean adoptadas con pleno conocimiento e ilustración sobre los diversos factores que se relacionan con aquellas."<sup>20</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, la diligencia, en estos casos, impone al administrador una serie de deberes destinados a proteger su actividad, en el entendido que aquella es el único medio por el cual satisfará el interés de la sociedad<sup>21</sup>. Sobre el particular, Gastón Fernández Cruz señala lo siguiente:

"Así, si hoy (...) sólo cabe entender a la relación contractual como una relación compleja (...) no debe dudarse que el concepto de diligencia no puede estar limitado a la medida del **deber de prestación**, sino que, por el contrario, está referido más bien al deber de protección involucrado en la situación jurídica subjetiva compleja de deber (...)

(...) al vincularse necesariamente el deber de protección de la obligación con la utilidad comprometida en el deber central, **la ejecución de la diligencia debida no puede significar otra cosa que la no presentación de vicisitud alguna en el cumplimiento del deber central, es decir, el cumplimiento de la obligación.**"<sup>22</sup> (el énfasis es nuestro)

En virtud de lo anterior, podemos afirmar que el deber de diligencia es un deber accesorio de los administradores que les obliga a realizar todas las acciones necesarias para prevenir situaciones que le impidan el cabal cumplimiento de su deber principal. De allí que dichos deberes de diligencia salvaguarden y/o protejan el interés de la sociedad en las actividades de los administradores, ya que dichas actividades son las que satisfacen íntegramente su interés por tratarse de una obligación de utilidad inmaterial u obligación de medios.

Desde este punto de vista, los denominados deberes fiduciarios son deberes accesorios de diligencia que coadyuvan al cumplimiento de la obligación principal de los administradores y protegen el interés de la sociedad, por lo que importa detenernos en su definición.

#### A. Los deberes fiduciarios

---

<sup>20</sup> REYES VILLAMIZAR, Francisco. Op. Cit. 193. En doctrina nacional, ver GUERRA CERRÓN, María Elena. *Levantamiento del Velo y Responsabilidad de las Sociedades Anónimas*. Lima: Grijley, 2009, p. 236.

<sup>21</sup> FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento en las relaciones obligatorias". En *Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil*. Lima: Grijley, 2004, p. 611.

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Ibid.* p. 615.

Los deberes fiduciarios son deberes accesorios que tienen la función principal de dar pautas de conducta a los administradores para el cumplimiento de sus funciones. Según Francisco Reyes Villamizar<sup>23</sup>, “[t]ales deberes apuntan al señalamiento de unas reglas definidas de conducta ante los asociados cuya base fundamental está en la exigencia irrestricta de la buena fe de los directores (...)”.

Tal y como lo menciona el autor colombiano, esta clase de deberes tienen su fundamento en la buena fe y la confianza derivada de las relaciones de agencia existentes entre los socios y los administradores de la sociedad, permitiéndoles a los socios fiscalizar y controlar la actuación de sus administradores<sup>24</sup>.

En ese sentido, la doctrina y legislación comparada reconocen dos (2) deberes fiduciarios: (i) *Duty of Care* o Deber de Cuidado; y, (ii) *Duty of Loyalty* o Deber de Lealtad.

a. Deber de cuidado

El deber de cuidado o *Duty of Care* es aquél deber que tienen los administradores de velar por la protección del patrimonio de la sociedad. Siendo ello así, los administradores deben cumplir con sus funciones bajo la mayor diligencia posible en pos de cuidar los intereses de la sociedad, ya que, al tener decisión con respecto a la política económica societaria, se encuentran en mejor posición para prever los riesgos del mercado y tomar las medidas necesarias para mitigarlos. A nivel nacional, dicho deber de cuidado se encuentra legislado en el art. 171° de la LGS.

b. Deber de lealtad

Por su parte, el deber de lealtad o *Duty of Loyalty* implica que el administrador deba actuar en forma leal para con los intereses de la sociedad, es decir, nunca preferir sus intereses sobre los de la compañía. En palabras de Eduardo Polo, “[...] [e]l cargo de administrador se sustenta en una relación de confianza que no es comprensible sin la exigencia de un deber de lealtad frente a la sociedad y frente a sus órganos, no solo la junta general, sino el propio órgano administrativo”<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> REYES VILLAMIZAR, Francisco. Op. Cit. p. 188.

<sup>24</sup> DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. “Deber de los administradores de no competir con la sociedad anónima que administran”. En *Revista de Derecho*, Vol XX, N° 1, 2007, p. 88  
<http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v20n1/art04.pdf>

<sup>25</sup> POLO, Eduardo. “Los Administradores y el Consejo de Administración de una Sociedad Anónima”. En *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, España: Editorial Civitas, 1992, p. 135.

La base de este deber radica en la confianza otorgada por la sociedad al administrador para que este, de forma discrecional, dirija la política económica y administrativa de la empresa. Y es que el hecho de nombrar a un tercero ajeno a la sociedad para que la administre implica confianza (i) en que los intereses del administrador son los mismos que los intereses de la sociedad; y, (ii) confianza en la capacidad académica y empresarial del administrador. De allí que estemos de acuerdo con Cándido Paz-Ares cuando menciona lo siguiente:

“(…)hemos resumido las razones que avalan esta política de rigor o severidad en el campo de la lealtad, que se cifran básicamente en estas tres circunstancias: (i) la existencia de fuertes incentivos para la extracción de beneficios privados, que eleva la probabilidad de las conductas desleales; (ii) la insuficiencia de los mecanismos disciplinarios o de enforcement que proveen las fuerzas del mercado para reducir las prácticas de self-dealing y, por tanto, la especial necesidad de los remedios legales; y, (iii) la poca incertidumbre sobre el juicio de deslealtad, lo cual determina que los costes asociados a los riesgos de error y overcompliance sean escasos.”<sup>26</sup>

Este deber también se encuentra regulado, en forma general, en el art. 171° de la LGS, pero coincidimos con Jose Antonio Payet cuando señala que el mismo es concretizado en varios artículos de la LGS<sup>27</sup>.

Con todo, resulta claro que la LGS le delega la administración y ejecución de la política económica de las sociedades al directorio y/o los gerentes- los administradores-, quienes tienen el deber de administrar la sociedad de la mejor manera posible y cumplir con una serie de deberes accesorios que buscan proteger la utilidad inmaterial de la sociedad. Parte de dichos deberes son los deberes fiduciarios de cuidado y de lealtad, los mismos que están regulados en el 171° de la LGS y demás artículos de dicha norma.

Ahora bien, el incumplimiento de dichos deberes ocasiona responsabilidad civil en los administradores, siendo que ellos responderán por dolo, culpa inexcusable y/o abuso de facultades conforme el art. 190° de la LGS. Si bien resulta meridianamente claro lo que se entiende por dolo (tradicionalmente entendido como el incumplimiento intencional y deliberado de las obligaciones) y abuso de facultades (entendido como abuso de derecho y que ocurre cuando se actúa de mala fe, si se ha elegido la manera más gravosa de ejecutar

---

<sup>26</sup> PAZ-ARES, Cándido. “La Responsabilidad de los Administradores como instrumento del Gobierno Corporativo”. En *Derecho societario*, Lima: Ius Et Veritas, 2011, p. 307-308.

<sup>27</sup> PAYET PUCCIO, Jose Antonio. Op. Cit. Pp. 89.

un derecho, entre otros requisitos<sup>28</sup>), no es clara la LGS cuando hace referencia a la culpa inexcusable, por lo que debemos remitirnos al Código Civil para complementar el sistema de responsabilidad civil de los administradores.

## ii. Regulación según el código civil

Antes de reseñar las normas de responsabilidad civil que son aplicables a los administradores de sociedades, conviene precisar que el sistema de responsabilidad civil aplicable es el de inejecución de obligaciones. Esto en la medida que el interés afectado, en este tipo de casos, siempre será el de la sociedad y el mismo es concreto y preexistente a la ocurrencia del daño; características específicas de este sistema de responsabilidad civil, tal y como lo desarrolla Carlo Castronovo: "(...) la responsabilidad relacional es una expresión que es capaz de indicar la violación de la relación obligatoria, bien sea que esta tenga su origen en el contrato, en la ley, o que la violación esté referida al deber de prestación a uno de los deberes accesorios."<sup>29</sup>

Una vez determinado lo anterior, debemos recurrir al art. 1319° del Código Civil para entender el concepto legal de culpa inexcusable: "Artículo 1319.- Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación."

Ahora bien, el lector podrá advertir que el texto legal no da una definición de culpa inexcusable, limitándose a equipararla a la negligencia grave. Esta situación hace que coincidamos con Leysser León Hilario cuando dice que "(...) [u]no de los peores artículos de todo el Código Civil es, sin duda, el art. 1319° CC, donde se plasma un razonamiento circular clamoroso: "incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación". En otras palabras, culpa inexcusable equivale a negligencia grave. ¿Y qué es negligencia grave? ¿No es acaso culpa inexcusable?"<sup>30</sup>

Ante la falta de una definición legal de culpa inexcusable, importa revisar qué dice la doctrina sobre el particular. Siguiendo lo desarrollado por múltiples autores, advertimos que la definición de culpa tuvo una connotación netamente ético-psicológica en sus inicios, en el sentido que se imputaba responsabilidad al agente que, voluntariamente, hubiese generado un daño a otro. Al apreciarse como un juicio de desvalor, la culpa era considerada como un error conductual que le precedía una desviación de voluntad, lo cual hacía que el análisis sea realizado en

---

<sup>28</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Algunas consideraciones respecto de la responsabilidad de los directores y gerentes de una sociedad y el problema del denominado abuso de la mayoría". *THEMIS - Revista de Derecho*, núm. 37, Lima, 1999, p. 50.

<sup>29</sup> CASTRONOVO, Carlo. "La relación como categoría esencial de la obligación y de la responsabilidad contractual". En *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima: Legales, 2015, p. 400.

<sup>30</sup> LEÓN HILARIO, Leysser. *Responsabilidad civil contractual y extracontractual. Material elaborado Leysser León Hilario*. Lima: Academia Nacional de la Magistratura, 2016, p. 108.

cada caso concreto y teniendo en cuenta las cualidades de la persona, el tiempo y el lugar en el que ocurrió el daño.

Bajo este primer esquema, la culpa se manifestaba de dos (2) formas: (i) culpa negligencia, que era entendida como la omisión de los deberes de previsión en una conducta determinada; y, (ii) culpa imprudencia, que ocurre cuando un sujeto actúa sin prever las consecuencias de sus actos<sup>31</sup>.

La industrialización y la consolidación del hombre como nuevo centro del ordenamiento jurídico, posteriormente, generaron que la noción voluntarista de la culpa varíe a lo que conocemos como culpa social u “objetiva”. Desde este último punto de vista, el comportamiento del sujeto se analiza mediante su comparación con un parámetro de comportamiento socialmente aceptado, prescindiendo de cualquier evaluación a la psique del victimario<sup>32</sup> tal y como lo señala Luigi Corsaro: “(...) la culpa se ha transformado en un juicio sobre un comportamiento, es decir, en la afirmación de que un comportamiento es contrario a un modelo ideal, correspondiente al de un hombre cuidadoso en evitar la realización de eventos que puedan lesionar los intereses ajenos protegidos por la ley.”<sup>33</sup>

Teniendo en cuenta estas definiciones de culpa, y bajo la consideración de que la responsabilidad civil es una institución única de la cual se ramifican los distintos regímenes de responsabilidad, podemos advertir que, en nuestro Código Civil, se ha recogido la valoración subjetiva de la culpa, que es heredada de la noción ético-psicológica de la culpa<sup>34</sup>. Sin embargo, sea que nos sometamos a un concepto subjetivo u objetivo de culpa, la misma siempre nos obligará a realizar comparaciones con un parámetro objetivo de comportamiento en la medida que consideremos a la diligencia como el concepto antitético de la culpa<sup>35</sup>. Dicho esto, la diferencia entre culpa leve y la culpa inexcusable, influenciada por la noción ético-psicológica de la culpa, es bien explicada por Felipe Osterling:

“La culpa grave consistía en no poner los cuidados más elementales, en la más absoluta falta de diligencia. Culpa leve in abstracto era aquella en que incurría quien no prestaba los cuidados de un bonus et diligens pater familias. (...).

En la culpa leve in concreto se usaba no un tipo ideal o abstracto para comparar, sino al propio deudor. La imputabilidad del deudor se

---

<sup>31</sup> TRIGO REPRESAS, Félix. “Responsabilidad civil de los profesionales”. Citado por FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿el mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el derecho continental y en el Código Civil peruano)”. *THEMIS- Revista de Derecho*, núm. 50, Lima, 2005, p. 241.

<sup>32</sup> COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. *Curso Elemental de Derecho Civil*, Editorial Reus: Madrid, 1943, p. 824.

<sup>33</sup> CORSARO, Luigi. “Culpa y responsabilidad civil: La evolución del sistema italiano”, en *Estudios sobre Responsabilidad Civil*, ARA Editores: Lima, 2001, p. 183.

<sup>34</sup> FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Op. Cit., p. 254, 2005.

<sup>35</sup> FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Op. Cit. Pp. 258, 2005.

determinaba decidiendo si había puesto o no los mismos cuidados que en sus otros asuntos.”<sup>36</sup>

Así pues, y atendiendo a lo desarrollado hasta aquí, la culpa leve sería la falta de cumplimiento del comportamiento abstracto jurídicamente exigido al sujeto; mientras que la culpa grave hace referencia a aquellas actuaciones extremadamente negligentes que no cometería ninguna persona, aunque aquella fuese descuidada. En buena cuenta, es la máxima torpeza posible<sup>37</sup>.

Trasladando lo anterior a la responsabilidad civil de los administradores, podremos ver que el modelo de comportamiento abstracto que deben cumplir se encuentra regulado, precisamente, en la LGS, el cual señala que dichos agentes deben desempeñarse en el cargo en forma diligente y conforme lo haría un ordenado y leal comerciante. De esta manera, en principio, los administradores sólo responderían por los daños ocasionados si es que no han cumplido con dicho parámetro de comportamiento.

Si atendemos a la clasificación de culpa leve y culpa inexcusable descrita en el presente trabajo, veremos que la LGS únicamente dispone el parámetro de diligencia ordinaria que los administradores deben respetar en ejercicio de sus funciones (art. 1320° del Código Civil) (culpa leve). Sin embargo, la LGS expresamente indica que los administradores sólo serán responsables por dolo, negligencia grave (culpa inexcusable) o abuso de facultades, por lo que una lectura integral de la LGS y el Código Civil nos permite concluir que los administradores únicamente serán responsables frente a la sociedad en caso se acredite que sus decisiones empresariales han sido tomadas con una negligencia tan grande que ningún otro administrador en el mercado las hubiese adoptado.

Al respecto, consideramos positivo que los administradores sólo sean responsables por dolo o culpa inexcusable, ya que ello no sólo responde a una política netamente incentivadora de las actividades comerciales, sino que también reconoce la inexistencia de una *Lex Artis* definida sobre la materia. En efecto, si tenemos en cuenta que los agentes económicos están constantemente expuestos a los riesgos del mercado, los administradores tienen el deber de mitigar estos últimos a fin de evitar el mayor daño posible a la sociedad, pero sin que ello implique una precaución extrema al momento de desarrollar sus operaciones económicas. En ese sentido, con la eximente de culpa leve, se incentiva que los administradores sean innovadores y tomen riesgos en la administración de la sociedad bajo la premisa que sólo responderán por la negligencia grave (un acto o decisión económica que nadie en el mercado haría por ser sumamente torpe) y/o si han tenido la intención de dañar a la sociedad. De allí que Jose Antonio Payet

---

<sup>36</sup> OSTERLING PARODI, Felipe. *Inejecución de Obligaciones: Dolo y Culpa*. Materiales de enseñanza del Curso “Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual” de la Academia Nacional de la Magistratura, 2016, p. 359.

<sup>37</sup> OSTERLING PARODI, Felipe. *Ibid.* p. 360.

señale que, en nuestro sistema legal, “(...) no será responsable el administrador por el sólo hecho de que el juez, u otra persona, pudiera pensar que los negocios debieron haberse conducido de una manera diferente. Lo será sólo si prácticamente nadie en su sano juicio hubiera adoptado la decisión que tomó el administrador.”<sup>38</sup>

En resumen, vemos que la LGS y el Código Civil regulan conjuntamente la responsabilidad civil de los administradores, siendo que la primera define cuáles son los deberes que dichos sujetos deben cumplir en el ejercicio de sus funciones y los criterios de imputación de responsabilidad civil que se seguirán en caso de su incumplimiento (dolo, culpa inexcusable y abuso de facultades); mientras que el segundo, en conjunto con la doctrina civil, define dichos criterios de imputación, determinando que los administradores serán responsables por adoptar decisiones que nadie en su sano juicio tomaría en el mercado (culpa inexcusable), por incumplir intencionalmente sus obligaciones (dolo) y/o abusen de sus facultades (entendido como abuso de derecho).

Si bien estas conclusiones son válidas desde el punto de vista legal y, en principio, la discrecionalidad empresarial de los administradores estaría protegida, también es cierto que la judicatura es proclive a aplicar su propio criterio económico para imputar responsabilidad civil a los profesionales. Por tal motivo, es difícil asegurar que un juez seguirá el razonamiento aquí descrito y resistirá la tentación de aplicar su propio criterio económico como parámetro de actuación “diligente”, lo cual inyecta una dosis importante de incertidumbre al análisis de la culpa de los administradores y a la dinámica del mercado en nuestro país.

#### **IV. La viabilidad de la aplicación de la BJR en el Perú**

Habiendo explicado cómo está regulado el sistema actual de responsabilidad civil de los administradores en el Perú, corresponde analizar si la BJR es compatible con aquél y, a su vez, si es necesaria, o no, su implementación en nuestra legislación societaria.

##### **i. Nuestro sistema legislativo es compatible con la BJR**

Como ya hemos visto, el criterio de imputación de responsabilidad civil aplicable a los administradores es, entre otros, la culpa, lo cual implica comparar el comportamiento de los sujetos con un parámetro mínimo de diligencia. En ese sentido, si consideramos que el juez no tiene un parámetro fijo para determinar cuándo un administrador ha incurrido en culpa grave (un concepto subjetivo), vemos entonces que la BJR coadyuvaría a delimitar mejor el análisis, asegurando que el juez no tenga la posibilidad de afectar la discrecionalidad empresarial con sus sentencias.

---

<sup>38</sup> PAYET PUCCIO, José Antonio. Op. Cit. p. 88.

En efecto, como ya se ha desarrollado, en el Perú la relación existente entre la sociedad y sus administradores es de una naturaleza obligacional compleja, ya que no sólo alberga un deber central (administrar a la sociedad en base a sus conocimientos especializados y experiencia) que brinda utilidad inmaterial a la empresa (la posibilidad de crecer en el mercado), sino que también contiene deberes accesorios (deber de diligencia, deber de cuidado, deber de lealtad entre otros) que los administradores deben cumplir para proteger el cumplimiento del deber central y, a su vez, el patrimonio de la sociedad.

Bajo dicho punto de vista, los administradores cumplen sus deberes para con la empresa con el sólo hecho de ser diligentes en la prestación de sus servicios y no porque haya ocurrido un determinado resultado. Por lo tanto, y en la medida que se haya realizado el encargo de forma diligente y de buena fe, los resultados negativos de las decisiones empresariales de los administradores no deberían ser hechos determinantes para obligarlos a pagar una indemnización en favor de la empresa.

Si tenemos en cuenta que la BJR opera bajo la premisa que los administradores han tomado sus decisiones empresariales en forma diligente y de buena fe, entonces podemos concluir que dicha regla aplica en caso ambos conceptos (diligencia y buena fe) sean los parámetros de conducta abstractos que guíen la actuación de los administradores en el ejercicio de sus funciones. Parámetros que, precisamente, operan en nuestro medio conforme lo establece la LGS y el Código Civil.

Y es que la BJR pone énfasis en la conducta de los administradores y no en el resultado de su gestión; mismo enfoque que se adopta al analizar, en el contexto peruano, la culpa grave de estos sujetos. De allí que, si los jueces peruanos aplicasen la BJR, estarían ratificando que lo importante es verificar la toma diligente de las decisiones empresariales y que el resultado de una operación económica no es un elemento determinante para imputar responsabilidad civil a los administradores; lo cual va acorde con el sistema de responsabilidad civil por inexecución de obligaciones regulado en el Código Civil.

En conclusión, en la medida que la prestación principal de los administradores es la actividad misma de administrar y que el cumplimiento diligente de dicha actividad es suficiente para satisfacer el interés de la sociedad, la aplicación de la BJR en el Perú devendría en legítima y viable, por cuanto la misma protege la discrecionalidad empresarial de los administradores en la medida que se acredite que los mismos han actuado conforme a los parámetros de diligencia establecidos en la LGS y en el Código Civil.

## **ii. Los problemas que se buscan solucionar con la BJR ocurren en nuestra realidad**

Habiendo determinado que la BJR es compatible con nuestro sistema jurídico, corresponde analizar si es necesaria la aplicación de la misma en nuestro contexto

legal. En ese sentido, la doctrina<sup>39</sup> ha identificado cuatro (4) fundamentos que justificarían la aplicación de la referida regla en un determinado ordenamiento jurídico, a saber: (i) elimina y/o mitiga el riesgo que el juez aplique su criterio económico; (ii) evita los sesgos en el análisis de diligencia de las decisiones empresariales; (iii) protege la innovación y la aversión al riesgo en los negocios; y, (iv) suple la falta de *Lex Artis*. A continuación, desarrollaremos cada uno de estos fundamentos a la luz de la experiencia peruana.

A. Riesgo del criterio económico del juez y el análisis sesgado de las decisiones empresariales

La experiencia internacional demuestra que la BJR evita que el juez, en base a su criterio económico y una percepción sesgada de los hechos, analice la decisión económica y cuestione el criterio empresarial de los administradores a fin de exigirles una diligencia desmedida que no se condiga con la realidad del mercado.

En efecto, el juez, como toda persona, se encuentra dispuesto a utilizar atajos mentales para resolver los casos a su cargo, siendo que dicho estado mental tiene, como consecuencia, el uso de lo que denominamos sesgos. Un sesgo es un prejuicio que ostenta una persona al momento de analizar un hecho objetivo y que modifica sustancialmente el resultado de dicho análisis. Sobre el particular, André Castro Carvalho afirma lo siguiente:

“Las heurísticas pueden ser definidas como un “atajo mental”, que significa una manera de hacer uso de ciertos patrones que resultan en una especie de regla a ser usada en cada caso específico. (...) Sin embargo, esto puede derivarse en algunos errores en la evaluación (...) Así, el uso de la claridad para construir las heurísticas derivará en el conocido sesgo, el cual es un error en el juicio producto de estas repentinas evaluaciones estandarizadas”<sup>40</sup>

En consecuencia, el constante uso de atajos mentales derivará necesariamente en el empleo de sesgos al momento de evaluar y/o analizar un hecho de la realidad, modificando sustancialmente la perspectiva que se tiene del mismo. Así, el sesgo que aparece con mayor frecuencia en los jueces es el denominado sesgo de retrospectiva, el cual hace que el operador jurídico, conociendo el resultado de las acciones del sujeto, asuma que dicha persona se encontraba en posición de prever dicho resultado, exigiéndole un mayor grado de diligencia que el legalmente previsto.

El problema con este sesgo, en el caso de la responsabilidad civil de los administradores, radica en que el juez utilizará el resultado objetivo de la

---

<sup>39</sup> GURREA-MARTINEZ, Aurelio. Op. Cit. 420-424.

<sup>40</sup> CASTRO CARVALHO, André. “Heurísticas y sesgos en las finanzas públicas y el derecho tributario. Esquemas de un enfoque conductual en Brasil”. En *Ius Et Veritas*, núm. 43, 2011, p. 294.

decisión empresarial como punto de partida para analizar el caso cuando lo correcto sería analizar la situación misma del administrador y las posibilidades reales y razonables que éste tenía para tomar las medidas necesarias para mitigar y/o evitar los resultados negativos de su decisión. Y es que, como señala José María de la Jara:

“(…) [e]s más fácil recordar lo que sí sucedió, en comparación a todos los posibles resultados que nunca ocurrieron. Lo que sí pasó está más disponible en la memoria que lo que no. Con ello, tomar el resultado del evento como lugar de partida parece algo natural. No obstante, el problema yace en que la confianza en dicho punto de referencia suele ser exagerada. (…).”<sup>41</sup>

Frente a esta situación, la BJR actúa como una regla que previene el sesgo de retrospectiva judicial en el análisis de la responsabilidad civil de los administradores, impidiéndoles cuestionar el criterio económico de dichos agentes a partir del resultado negativo de su gestión. De esta manera, los jueces no tienen la posibilidad de realizar un análisis sesgado del caso y los administradores se ven “liberados” del alto costo que representa este tipo de revisión empresarial judicial.

Teniendo esto en mente, debemos decir que no hemos encontrado jurisprudencia peruana que nos muestre cómo ha sido el razonamiento judicial en materia de responsabilidad civil de los administradores. De allí que no tengamos data que nos confirme la existencia del sesgo anteriormente descrito en los jueces nacionales al momento de analizar la diligencia de estos sujetos en el ejercicio de sus funciones.

Esta falta de jurisprudencia puede obedecer a la forma en que esta legislada la acción social de responsabilidad civil en la LGS. En efecto, nuestra normativa societaria exige una participación importante de acciones (1/3) para plantear una pretensión social de responsabilidad en ausencia del acuerdo de Junta General de Accionistas. Sin embargo, en palabras de Jose Antonio Payet, “(…) la participación en el capital que se exige a la minoría para poder sobreponerse a la oposición del grupo mayoritario es tan elevado, que en la práctica la norma más parece una disposición que garantiza la impunidad de una mayoría calificada que una que protege a una minoría calificada (…).”<sup>42</sup>

Lo anterior nos obliga a revisar otras sentencias donde se haya analizado la responsabilidad civil de los profesionales a fin de confirmar nuestra tesis, ya que, en estos casos, al igual que en la responsabilidad civil de los administradores, se analiza si los profesionales fueron diligentes o no. Dicho

---

<sup>41</sup> DE LA JARA, José María. “Condenado por intuición: el cerebro del juez en la determinación del daño y del factor de atribución”. En *Forseti*, núm.. 2, 2014, p. 156-157.

<sup>42</sup> PAYET PUCCIO, José Antonio. Op. Cit. p. 90.

esto, resulta interesante la Casación N° 220-2013-LIMA, ya que demuestra claramente cómo los sesgos están presentes en el razonamiento judicial.

En dicho caso, una paciente demandó a su médico tratante y el nosocomio en el que fue atendida debido a que las heridas en su pierna se agravaron, al punto de volverse necróticas, por la mala praxis empleada. En respuesta, los demandados señalaron que siguieron el protocolo de atención establecido y que, en la medida que su obligación es de medios y no de resultados, no había daños que indemnizar en tanto cumplieron en forma diligente su obligación.

La Corte Suprema, en última instancia, revisó el caso y afirmó lo siguiente:

“Quinto.- Que, el supuesto de la norma contenida en el artículo 1762 del Código Civil exige que se trate de problemas técnicos de especial dificultad, supuesto que no se ha presentado en el caso de autos pues el tratamiento a una herida producto de un accidente automovilístico no reviste dificultad y por tanto de presumirse que los médicos especializados tienen la suficiente experiencia para determinar cuándo procede el uso de uno u otro aparato (calza de yeso o férula), <<Así, se colige que, mientras más consolidadas y experimentadas se hallen las técnicas aplicables a un determinado, lo cual genera una relación de correspondencia entre el escrupuloso respeto del protocolo y el éxito de la intervención médica. En cambio, en la medida en que haya incertidumbre sobre los métodos aplicables, o en que se trate de un problema que presente una particular dificultad técnica, la responsabilidad se limitará a los casos en que existe dolo o culpa inexcusable.>>”

Lo anterior nos permite comprobar que los jueces supremos no sólo analizaron el procedimiento realizado por los demandados en el tratamiento de su paciente, sino que lo cotejaron con su “criterio médico” y concluyeron que los demandados eran responsables civilmente por los daños ocasionados derivados de su “mala praxis”. De esta manera, somos testigos de cómo los jueces son proclives a analizar los hechos desde un punto de vista sesgado, es decir a partir del resultado dañoso en lugar de hacerlo desde la conducta humana empleada.

En suma, vemos que el sesgo de retrospectiva afecta al análisis de los jueces al momento de aproximarse a un caso de responsabilidad civil profesional, por lo que existen fuertes razones para creer que este sesgo también puede afectar el análisis de responsabilidad civil de los administradores de sociedades. Ello sin perjuicio que nuestra legislación societaria está pensada para proteger la discrecionalidad empresarial de los administradores. De allí que resulte importante la incorporación de la BJR a nuestra legislación societaria en aras de salvaguardar la discrecionalidad empresarial.

## B. Proteger la innovación y la aversión al riesgo en los negocios

Por otro lado, la BJR protege la discrecionalidad empresarial en la toma de decisiones económicas, fomentando la adopción de nuevas formas de negocio y la innovación en el mercado. Desde este punto de vista, la regla en cuestión coadyuvaría al desarrollo del mercado y el perfeccionamiento de las formas de gestión empresarial, cuestiones sumamente relevantes en un mercado cambiante como el peruano.

En efecto, somos testigos de cómo la innovación y el uso de las nuevas tecnologías están cambiando el mercado. Por ejemplo, las empresas que antes se dedicaban exclusivamente al comercio físico, han variado su esquema de negocio para acoplarse al comercio electrónico, siendo que el número de negocios (MYPES y empresas de venta de bienes y servicios) dedicados a e-commerce se incrementó de 65,800 a 263,200 al final del 2020<sup>43</sup>.

Por otro lado, las restricciones y medidas administrativas por Covid-19 han ocasionado que el empresariado peruano haya adoptado nuevas medidas para subsistir, tales como: (i) adecuar el marketing empresarial a las nuevas necesidades del mercado; (ii) redefinir el portfollio de productos y servicios; (iii) liderar procesos de “adelgazamiento” patrimonial o venta de activos y resolución de contratos innecesarios; y, (iv) revisar los modelos predictivos y prospectivos de la demanda del mercado a fin de acoplarlos a la nueva realidad<sup>44</sup>.

Finalmente, no debemos perder de vista que últimamente se han ido creando nuevas condiciones regulatorias para aquellos segmentos del mercado que tienen contacto directo con el consumidor final, tales como las telecomunicaciones<sup>45</sup>, sector bancario<sup>46</sup> y el comercio electrónico<sup>47</sup>. De esta

---

<sup>43</sup> CÁMARA DE COMERCIO ELECTRÓNICO DEL PERÚ (CAPECE). *Reporte Oficial de la Industria Ecommerce en Perú. Impacto del Covid-19 en el comercio electrónico en Perú y perspectivas al 2021*. Lima, p. 15, 2021.

<https://www.capece.org.pe/wp-content/uploads/2021/03/Observatorio-Ecommerce-Peru-2020-2021.pdf>

<sup>44</sup> MERZTHAL TORANZO, Jorge. *El sector B2B frente a los retos de la nueva coyuntura*. Fecha de consulta: 19 de abril del 2021.

<https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2021/03/25/el-sector-b2b-frente-a-los-retos-de-la-nueva-coyuntura-3/>

<sup>45</sup> Por ejemplo, OSIPTEL, a través de la Resolución N° 19-2021-CD-OSIPTEL, ha dispuesto que todas las operadoras de telecomunicaciones deben permitir que sus clientes puedan realizar trámites y procedimientos relacionados al servicio mediante una app móvil. Esto, indudablemente, impacta en la estrategia comercial de las operadoras de telecomunicaciones, en la medida que les obliga a digitalizar sus servicios.

<sup>46</sup> El 18 de marzo del 2021, el Congreso de la República publicó la Ley N° 31143 – Ley que protege de la usura a los consumidores de los servicios financieros, a través del cual facultó al Banco Central de Reserva del Perú (BCRP) para imponer tope máximos a las tasas de interés de operaciones en el sistema financiero.

<sup>47</sup> El 7 de octubre del 2021, el congresista José Luna Gálvez presentó el Proyecto de Ley N° 415/2021-CR, a través del cual propone una serie de modificaciones al Código de Protección y Defensa al Consumidor a fin de proteger al consumidor digital y la seguridad en las transacciones que se realizan mediante el comercio electrónico. A la fecha de redacción del presente texto, el proyecto

manera, las empresas no sólo tienen que hacer frente a las nuevas necesidades del mercado, sino que también deben cumplir con las nuevas exigencias regulatorias expedidas por el Estado.

Con todo, es claro que nuestro mercado, al igual que la economía internacional, está en pleno proceso de cambio y resulta necesario que las empresas tengan el suficiente ámbito de libertad para diseñar y planificar sus operaciones de la mejor forma posible. Es más, la coyuntura no permite asegurar el éxito de todas las decisiones empresariales que los administradores vayan a tomar, ya que el mercado ha cambiado casi en su totalidad y los modelos de negocios exitosos de ayer no necesariamente son viables hoy en día.

Frente a la situación anteriormente descrita, resulta necesario que los administradores tengan la suficiente libertad para tomar decisiones empresariales innovadoras y riesgosas por el bien de la sociedad; y, a su vez, es importante que dichos administradores tengan la certeza que no se les imputará responsabilidad civil por los resultados negativos de su gestión (cuyas probabilidades de ocurrencia han aumentado considerablemente). Si tenemos en cuenta que la BJR, precisamente, asegura lo anterior, entonces podremos concluir que es necesaria la aplicación de dicha regla en nuestro ámbito nacional.

Si de por sí es peligroso que un juez analice y cuestione el criterio económico de los administradores en el ejercicio de sus funciones, hoy en día lo es más en tanto nos encontramos en un contexto económico donde las empresas necesitan de soluciones innovadoras y riesgosas para subsistir. De allí que aplicar la BJR a nuestra realidad haría que se protejan las decisiones empresariales y, con ello, se incrementen las probabilidades de reflote económico de las compañías.

En conclusión, tenemos que la situación actual del mercado peruano justifica y hace necesaria la aplicación de la BJR en pos de proteger la innovación y la discrecionalidad empresarial; elementos necesarios para la reactivación económica nacional.

#### C. Falta de Lex Artis

La Lex Artis es un término para hacer referencia a las prácticas comunes de una determinada rama profesional o industria. En otras palabras, es el conjunto de prácticas y condiciones mínimas de seguridad o diligencia que deben cumplirse en determinadas prácticas profesionales. Al respecto, José Caro John define a la Lex Artis de la siguiente forma:

---

ha sido aprobado por la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso de la República y está pendiente de debate en el pleno.

“(…) por tratarse de un ámbito carente de una regulación legal, la actuación médica queda regulada por la *lex artis*, la misma que está conformada por el conjunto de normas técnicas originadas por la práctica profesional, reiterada y permanente y con legitimidad histórica, es decir, normas no escritas, pero con un grado de institucionalización suficiente para vincular y guiar la actuación de un profesional, en este caso, del médico.”<sup>48</sup>

Si bien el término ha sido desarrollado más profundamente en el ámbito sanitario como un criterio para determinar si los profesionales médicos han sido diligentes, no es menos cierto que el término es de plena aplicación para cualquier otra profesión y/o industria.

Aplicándolo a la administración de empresas, la *Lex Artis* se configuraría como el mínimo de prácticas y/o medidas de seguridad que deben ser cumplidos por los administradores en ejercicio de sus funciones. De esta manera, dicha *Lex Artis* serviría de parámetro para verificar si un administrador ha sido, o no, diligente en la toma de decisiones empresariales. Sin embargo, el gran problema que existe en el ámbito empresarial es que, precisamente, la *Lex Artis* no es uniforme y, por ende, no hay un parámetro establecido de cómo deberían actuar los administradores en el ejercicio de sus funciones. De allí que Alberto Guerra señale que “[n]o existe una *lex artis* consolidada por la que se pueda comparar una actuación concreta de un administrador. La actividad de los administradores ha de ser innovadora, razonablemente arriesgada y en estado de constante evolución.”<sup>49</sup>

En el ámbito nacional, ésta falta de *Lex Artis* se intensifica si tenemos en cuenta nuestro contexto económico y la falta de jurisprudencia que desarrolle las pautas de conducta mínimas que se espera de un administrador diligente. De allí que podemos decir válidamente que, en el Perú y el mundo, no existe una *Lex Artis* empresarial consolidada, siendo que cada administrador aplica su propio criterio económico al momento de dirigir y gestionar su empresa.

Frente a lo anterior, la aplicación de la BJR vendría a reconocer esta situación y evitaría que el juez impute responsabilidad a los administradores que han actuado bajo un determinado criterio económico, en la medida que dicho criterio o cualquier otro es sólo una manifestación más de la discrecionalidad empresarial de la que gozan dichos agentes.

En conclusión, luego de haber comprobado que cada uno de los fundamentos que justifican la aplicación de la BJR se da en nuestra realidad

---

<sup>48</sup> CARO JOHN, José Antonio. “Sobre la relevancia del protocolo médico para la concreción del riesgo permitido en el aborto terapéutico”. En *Ius Et Veritas*, núm. 36, Lima, 2008, p. 447.

<sup>49</sup> GUERRA, Alberto. Op. Cit.

empresarial, consideramos que la inclusión de dicha regla en nuestra legislación societaria mejoraría el análisis judicial de la responsabilidad civil de los administradores y, con ello, se brindaría mayor seguridad a las inversiones. Más aún si la práctica judicial en otras ramas relacionadas nos hace inferir que los jueces serán proclives a analizar el criterio económico de los administradores desde una óptica sesgada en retrospectiva.

### **iii. El reconocimiento constitucional del derecho a la libertad económica**

Finalmente, la aplicación de la BJR también ayudaría a proteger, de mejor manera, el derecho constitucional a la libertad de empresa de las sociedades y sus administradores. Esto en la medida de que, si se le permite al juez cuestionar el criterio empresarial de los administradores a fin de imputarles responsabilidad civil, se le estaría permitiéndole el control indirecto de la actividad económica de la sociedad; control que no se encuentra acorde con nuestra carta magna.

En efecto, el derecho a la libertad de empresa se encuentra reconocido en el art. 59° de la Constitución Política del Perú y establece que su ejercicio no debe ser lesivo a la moral, salud o seguridad pública. Respecto a su definición, el Tribunal Constitucional ha señalado que dicho derecho “(...) se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios.”<sup>50</sup>

Para entender mejor el contenido constitucionalmente protegido de éste derecho, la jurisprudencia y la doctrina constitucional han señalado que el derecho a la libertad de empresa se divide en tres (3) sub-derechos: (i) libertad de constitución, lo cual permite que las empresas puedan adoptar el vehículo de inversión que mejor calce a sus intereses; (ii) libertad de organización y planificación de su actividad, el cual les permite a las empresas el tener plena autonomía para desarrollar su actividad económica bajo sus propios términos; y, (iii) libertad de salir del mercado. De esta manera, la vulneración a cualquiera de estos derechos es también una afectación al derecho constitucional bajo comentario.

En virtud de lo anterior, advertimos que las sociedades anónimas, así como sus administradores, tienen la plena libertad de desarrollar todas las actividades comerciales que, a su criterio, les parezca económicamente rentables, lo cual es la máxima expresión de su derecho a la libertad económica. Al respecto, Walter Gutiérrez Camacho opina lo siguiente: “La libertad de empresa lleva implícito el **derecho de inversión**, pues es imposible pensar en una empresa si un mínimo de patrimonio económico comprometido. Esta libertad garantiza el derecho que

---

<sup>50</sup> STC N° 0008-2003-AI

posee el propietario de un capital para colocarlo en el sector económico que estime conveniente y adecuado a sus intereses. (...).”<sup>51</sup> (el énfasis es nuestro).

Siendo ello así, es evidente que el Estado debe de garantizar la libertad económica de las sociedades y de sus administradores, evitando que algún poder público pueda intervenir en forma ilegal en sus decisiones empresariales salvo que su ejercicio afecte algún otro derecho fundamental o normas imperativas y de orden público.

En nuestro caso concreto, podemos observar que las decisiones económicas que pudieran realizar los administradores se encuentran garantizadas por el derecho a la libertad de empresa, otorgándoles la discrecionalidad suficiente para decidir las operaciones que llevarán a cabo en el mercado. De allí que la aplicación de la BJR contribuiría a salvaguardar dicha libertad en sede judicial, en tanto les permitiría adoptar las decisiones económicas que consideren convenientes sin tener la inseguridad que, posteriormente, un juez vaya a evaluar el fondo de dicha decisión como un elemento fundamental para imputarles responsabilidad civil.

No debemos olvidar que la BJR, precisamente, le debe su nacimiento a la idea de evitar que los jueces puedan cuestionar el criterio económico de los administradores a fin de preservar la libertad que tienen las empresas para determinar su propia política económica<sup>52</sup>.

## V. Conclusiones

Conforme hemos podido desarrollar en el presente trabajo, la BJR es una regla jurisprudencial que evita que los jueces, por ocasión del análisis de responsabilidad civil de los administradores, cuestionen el criterio económico empleado en las decisiones empresariales y tengan en cuenta sus resultados económicos para determinar si un administrador fue diligente o no. De esta manera, en la medida que no se logre demostrar que los administradores tomaron la decisión de mala fe, en conflicto de intereses, sin la información disponible y/o sin haber cumplido con el procedimiento de decisión aplicable, se presumirá que aquellos han actuado en forma diligente y de buena fe, eximiéndolos de responsabilidad civil por los resultados negativos de su gestión.

Dicho esto, consideramos que la incorporación de la BJR al ALGS es justificado y acorde a nuestra realidad jurídica por tres (3) razones específicas. En primer lugar, advertimos que la BJR es compatible con nuestro sistema legal de responsabilidad civil, ya que la misma enfoca el análisis en la actividad diligente del administrador bajo la premisa que su obligación es de medios y no de resultados; esquema que se sigue, o al menos debería seguirse, en nuestro medio nacional al momento de analizar la culpa inexcusable de los administradores. En segundo lugar, comprobamos que los problemas que la BJR previene en el sistema anglosajón

---

<sup>51</sup> GUTIERREZ CAMACHO, Walter. “Comentario al art. 59° de la Constitución Política del Perú”. En *La Constitución Comentada: un análisis artículo por artículo*, Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 818.

<sup>52</sup> Sobre el particular, ver PAYET PUCCIO, José Antonio. Op. Cit. Pp. 87.

*La Business Judgment Rule (BJR) en el Perú: ¿Es necesaria su inclusión en el Derecho Societario peruano?*

(incentivar la innovación, evitar juicio sesgado del juez y la falta de Lex Artis) están presentes en nuestra realidad económica, por lo que se hace necesaria su implementación a fin de mejorar el estándar de revisión de las actividades empresariales y, con ello, brindarle seguridad jurídica los administradores. En último lugar, la BJR sería una forma de tutelar válidamente el derecho fundamental a la libertad de empresa de los administradores y las sociedades, ya que evita que el juez realice un control indirecto de la actividad corporativa mediante la imposición de su criterio económico como actuación “diligente” y “razonable” en el mercado.

Finalmente, no debemos olvidar que la BJR, al provenir de una tradición y un esquema jurídicos societario distinto al nuestro, debe ser regulado e implementado de la mejor manera y teniendo en cuenta nuestra cultura y contexto nacional. Si bien dicha regla generaría muchas consecuencias positivas, su uso abusivo y desproporcional puede incentivar la adopción de decisiones económicas irracionales que afecten a la sociedad. De allí que sea necesario una implementación uniforme y paulatina de la BJR en aras de preservar sus beneficios y mitigar y/o eliminar sus perjuicios.

## Los mejores esfuerzos (*best efforts*) en la contratación corporativa y financiera

Sergio García Long\*

**Resumen.** - El presente trabajo trata sobre el uso de la cláusula de mejores esfuerzos (*best efforts*) en la práctica corporativa y financiera. Para ello, se desarrolla a los *best efforts* según la práctica americana e inglesa para luego analizar cómo dicha cláusula anglosajona puede ser entendida en general en jurisdicciones civilistas. Finalmente, se analiza en concreto a la cláusula *hell or high water* y al contrato de *best efforts underwriting*.

**Abstract.** - This paper deals with the use of best efforts clause in corporate and financial transactions. For this purpose, best efforts clause is explained according to American and English practice to later analyze how such Anglo-Saxon clause may be understood in general under civilian jurisdictions. Finally, hell or high water clause and best efforts underwriting contract are specifically analyzed.

**Palabras claves.** - Contratos - mejores esfuerzos - hell or high water - underwriting.

**Keywords.** - Contracts - best efforts - hell or high water - underwriting.

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) con mención *summa cum laude*. Su actividad profesional y académica se enfoca en Derecho de Contratos, Societario, Fusiones & Adquisiciones, Financiamientos y Arbitraje. Asociado en Vargas Pareja Abogados. Ha sido adjunto de docencia en los cursos Derecho de las Obligaciones, Responsabilidad Civil, Análisis Económico del Derecho y Temas de Derecho Societario en la PUCP.

## I. Introducción

La institución contractual de los *best efforts* (mejores esfuerzos) es ampliamente usada en la práctica contractual anglosajona. A pesar de tal origen, también es pactada en contratos sujetos a ley de jurisdicciones civilistas, como la peruana. La intención del presente trabajo es enfocarse en el estudio de los *best efforts* conforme al Common Law para luego explicar cómo puede ser entendida en una jurisdicción del Civil Law. Con ocasión de ello, se desarrollarán dos figuras contractuales usadas en la práctica corporativa y financiera: la cláusula *hell or high water* y el contrato de *best efforts underwriting*<sup>1</sup>.

Para tales efectos, la sección II explica el motivo por el cual es eficiente para las partes pactar cláusulas generales, ambiguas y vagas. La sección III se enfoca en el estudio de la cláusula de *best efforts* conforme al Common Law y cómo la misma debe ser entendida en el Civil Law. Luego, la sección IV desarrolla la cláusula *hell or high water* en las operaciones de M&A, mientras que la sección V trata sobre el contrato de *underwriting* en operaciones financieras y, en específico, sobre la modalidad *best efforts*. La sección VI concluye.

## II. Contratos incompletos y vaguedad estratégica

Una primera interrogante que surge cuando pensamos en términos contractuales vagos como los mejores esfuerzos, la buena fe, la equidad, los estándares aceptados por la industria, entre otros, es la siguiente: ¿por qué se pactan términos vagos y generales en vez de definir y redactar con precisión los comportamientos que deben ejecutar las partes? La respuesta está en el costo de obtener información y de las negociaciones.

Si las partes tuvieran los recursos necesarios (tiempo y dinero) para definir todas las posibles contingencias que puedan surgir en el curso de su relación contractual, posiblemente definirían todo tipo de evento adverso: desde declaraciones de guerra hasta la caída de un gran meteorito. Sin embargo, ello no toma en cuenta dos cuestiones fundamentales: (1) que es una suposición falsa que las partes tengan y estén dispuestas a gastar todos sus recursos en celebrar un contrato, y (2) que no tiene sentido económico regular un evento adverso cuando la probabilidad de ocurrencia del mismo es tan baja que incurrir en costos de negociación resulta un desperdicio.

Por lo mencionado, es deseable y sobre todo eficiente que las partes ahorren en costos de información y negociación y opten por celebrar un contrato incompleto

---

<sup>1</sup> Previamente hemos explicado el pacto de la cláusula de *best efforts* para el derecho de contratos en general. En esta oportunidad nos enfocamos en dos supuestos específicos, la cláusula *hell or high water* en operaciones de fusiones y adquisiciones, y el *best efforts underwriting* en operaciones de financiamientos. Véase GARCÍA LONG, Sergio. "Lo que importa es la intención: la cláusula de mejores esfuerzos (*best efforts*)". Apuntes desde el derecho peruano hacia el derecho comparado. En *Revista de Derecho - Facultad de Derecho UCSC*, Vol. 39, 2021, p. 125-161.

pero eficiente en lugar de un contrato completo pero ineficiente<sup>2</sup>. El diseño contractual que opten las partes debe tener en cuenta que no es responsabilidad de ellas regular todo tipo de comportamiento *ex ante* pues resulta conveniente que ciertas conductas sean resueltas *ex post* por un tercero en caso surja una controversia. Nuevamente, tiene sentido económico regular ciertas conductas, pero no otras.

Una primera aproximación se encuentra en la diferencia entre reglas (*rules*) y estándares (*standards*)<sup>3</sup>. Las reglas son aquellas disposiciones que se encuentran claramente definidas en su contenido, mientras que los estándares son lo opuesto al no presentar un contenido preciso. Una regla puede ser una cláusula de pago de una compraventa, el cual define el modo y tiempo del pago del precio (cuantía, tipo de moneda, cuenta bancaria, cronograma de pagos, entre otros). Por el contrario, un estándar puede consistir en cumplir una obligación de buena fe o realizar los mejores esfuerzos para intentar conseguir un resultado. La eficiencia se encuentra en el *trade off* entre los costos de negociación frente a los costos de cumplimiento y verificación.

Por definición la regla involucra altos costos de negociación, pero bajos costos de

---

<sup>2</sup> HART, Oliver y MOORE, John. *Incomplete Contracts and Renegotiation*. En *Econometrica*, núm. 4, 1988, p. 755: «The difficult task facing the drafters of a contract is to anticipate and deal appropriately with the many contingencies which may arise during the course of their trading relationship. Since it may be prohibitively costly to specify, in a way that can be enforced, the precise actions that each party should take in every conceivable eventuality, the parties are in practice likely to end up writing a highly incomplete contract»; HART, Oliver D. "Incomplete Contracts and the Theory of the Firm". En *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 4, Núm. 1, 1988, p. 123: «[...] in practice, transaction costs are pervasive and large. A consequence of the presence of such costs is that the parties to a relationship will *not* write a contract that anticipates all the events that may occur and the various actions that are appropriate in these events. Rather they will write a contract that is *incomplete*, in the sense that it contains gaps or missing provisions [...]»; Posner, Eric A. *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?* En *The Yale Law Journal*, Vol. 112, 2003, p. 833: «A theoretically complete contract would describe all the possible contingencies, but transaction costs -including the cost of negotiating and writing down the terms- and foreseeing low-probability events, render all contracts incomplete»; Baker, Scott y Krawiec, Kimberly D. *Incomplete Contracts in a Complete Contract World*. En *Florida State University Law Review*, Vol. 33, 2006, p. 731: «In the legal model, contracts are "obligationally incomplete" because, whether deliberately or by accident, contracting parties fail to fully specify at the outset of their relationship all of their rights and obligations under the contract».

<sup>3</sup> KAPLOW, Louis. "Rules versus Standards: An Economic Analysis". En *Duke Law Journal*, Vol. 42, 1992, p. 559-560: «Arguments about and definitions of rules and standards commonly emphasize the distinction between whether the law is given content *ex ante* or *ex post*. For example, a rule may entail an advance determination of what conduct is permissible, leaving only factual issues for the adjudicator: (A rule might prohibit "driving in excess of 55 miles per hour on expressways.") A standard may entail leaving both specification of what conduct is permissible and factual issues for the adjudicator. (A standard might prohibit "driving at an excessive speed on expressways")». Véase también Ehrlich, Isaac y Posner, Richard A. *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*. En *The Journal of Legal Studies*, Vol. 3, Núm. 1, 1974; Diver, Colin S. *The Optimal Precision of Administrative Rules*. En *The Yale Law Journal*, Vol. 93, Núm. 65, 1993; Schäfer, Hans-Bernd. *Legal rules and standards*. En Rowley, Charles K. y Schneider, Friedrich (eds). *The Encyclopedia of Public Choice*. Kluwer New York, Academic Publishers, 2004; Schäfer, Hans-Bernd. *Rules versus standards in rich and poor countries: precise legal norms as substitutes for human capital in low-income countries*. En *Supreme Court Economic Review*, Vol. 14, 2006.

cumplimiento y verificación. En nuestro ejemplo de la cláusula de pago de la compraventa, las partes tienen que invertir recursos en definir el tiempo y modo del pago desde que hay certeza que el comprador deberá pagar el precio. Por ello, tiene sentido gastar en redactar una cláusula precisa que sea una regla. Esta asunción de altos costos se compensa con los bajos costos de cumplimiento y verificación. Para que el comprador pueda cumplir con su obligación de pago del precio deberá seguir al pie de la letra lo que señala la cláusula respectiva. De esta manera, no debe asumir demasiados costos para saber cómo cumplir con su obligación. A su vez, en caso surja alguna controversia respecto al pago del precio del contrato, las partes podrán informar a los tribunales y, a bajo costo, lo sucedido en los hechos y sobre los derechos y obligaciones pactados. Cualquier tribunal podrá verificar con facilidad –leyendo el contrato y verificando los hechos– si el comprador cumplió o no. Si el comprador pagó el precio según el modo y tiempo pactado, el tribunal podrá verificar y concluir que el comprador no se encuentra en incumplimiento.

Por el contrario, el pacto de un estándar<sup>4</sup> –por definición– permite ahorrar en costos de negociación a cambio de un incremento en los costos de cumplimiento y verificación. Por ejemplo, pensemos en la adquisición de una empresa. Es común que las partes firmen el contrato de adquisición (constituyendo un contrato válido) pero que difieran la eficacia y/o exigibilidad del mismo hasta que no se cumpla con determinadas condiciones precedentes. Solo con el cumplimiento de las condiciones se procederá con el cierre del contrato (esto es, el contrato generará todos sus efectos principales).

La preocupación respecto al cierre surge cuando existen condiciones que no dependen exclusivamente del control de una de las partes. Por ejemplo, el comprador puede haber condicionado el cierre de la operación a la obtención de un financiamiento (que usará para pagar el precio). Claramente la obtención del financiamiento no depende exclusivamente del comprador dado que el préstamo está sujeto a la evaluación que realizará el banco respecto del comprador y la operación que pretende financiar. En estos casos, el vendedor se suele proteger incluyendo una cláusula por el cual le exige al comprador realizar sus mejores esfuerzos para obtener el financiamiento.

Si el vendedor realmente quisiera asegurarse que el banco aprobará el desembolso de los fondos, negociaría un listado de todas las conductas que el comprador deberá realizar frente al banco para obtener la aprobación deseada. Desde que para el vendedor es complicado pensar *ex ante* en todo lo que debería hacer el comprador para obtener el financiamiento y, sobre todo, lograr la incorporación en el contrato de todos aquellos comportamientos específicos (desde que es seguro que el comprador se negará aceptar tales términos), resulta más barato y

---

<sup>4</sup> Sobre los estándares de fuente legal sobre el comportamiento del hombre, véase MEIER, José Francisco y HARMAN, Diego A. "Los estándares de hombre en el derecho: ¿qué tan alto debemos poner la valla jurídica?" En *Revista de Derecho y Economía*, vol. 7, núm. 26, 2010.

conveniente para avanzar las negociaciones que el vendedor se contente con incluir una cláusula de mejores esfuerzos.

Si el vendedor no incluye tal cláusula podría terminar obstaculizando las negociaciones y en el peor de los casos producir un *deal-breaker*. Dichas complicaciones se solucionan incluyendo un estándar a bajo costo como los mejores esfuerzos. Los bajos costos de negociación que implican pactar un estándar se justifican en los mayores costos de cumplimiento y verificación.

¿Cómo cumple el comprador con su obligación de realizar los mejores esfuerzos para obtener el financiamiento? El comprador solo sabe que debe realizar sus mejores esfuerzos, pero no sabe cómo cumplir con tal requerimiento. Entonces, será costoso para él probar que efectivamente cumplió. En caso de desacuerdo y controversia, las partes deberán acudir a las cortes. Pero las cortes se encuentran en una posición más complicada. Son las partes las que han celebrado y ejecutado el contrato y, por ende, las protagonistas de tal relación contractual. Por el contrario, las cortes son extrañas a las partes y al contrato, y solo sabrán lo que pasó en los hechos en virtud de la evidencia que las partes provean al caso. Desde que el estándar no se encuentra definido, será costoso para las partes presentar la información que permita sustentar sus posiciones.

Incluso, esta distinción entre reglas y estándares puede servir para definir la técnica del legislador frente a la elaboración de normas legales. Si una jurisdicción tiene buenos jueces, el legislador podrá usar estándares (se confía que los jueces completarán correctamente el contenido de la norma general), pero si no es el caso, será mejor redactar reglas (a malos jueces, mejor implementar normas claras y precisas)<sup>5</sup>.

En resumen, las reglas son eficientes porque implican asumir mayores costos de negociación a cambio de menores costos de cumplimiento y verificación, mientras que los estándares son eficientes porque permiten ahorrar en costos de negociación a cambio de mayores costos de cumplimiento y verificación. Las reglas y estándares y sus respectivos costos también son explicados como términos precisos (*precise terms*) y términos vagos (*vague terms*). Como explican Scott y Triantis, el diseño contractual optado por las partes debe consistir en una combinación de términos contractuales precisos y términos contractuales vagos, en virtud del trade-off entre costos ex ante (*front-end transaction costs*) o costos ex post (*back-end enforcement costs*)<sup>6</sup>. Dado que el contrato completo no es económicamente eficiente, tiene sentido que en ciertas circunstancias las partes asuman altos costos de redacción, mientras que en otros casos es deseable que las

---

<sup>5</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd. "Rules versus standards in rich and poor countries: precise legal norms as substitutes for human capital in low-income countries". En *Supreme Court Economic Review*, Vol. 14, 2006.

<sup>6</sup> SCOTT, Robert E. y TRIANTIS, George G. "Anticipating Litigation in Contract Design". En *The Yale Law Journal*, vol. 115, 2006.

partes asuman bajos costos de redacción y no definan un comportamiento debido y trasladen a los tribunales la tarea de definir tal comportamiento *ex post*.

Esto es precisamente lo que se hace cuando se pacta un estándar como los mejores esfuerzos<sup>7</sup>. Intencionalmente las partes se ponen de acuerdo en que no están de acuerdo y prefieren pactar una cláusula vaga en vez de definir un listado de comportamientos específicos. En nuestro ejemplo de la adquisición de empresa, las partes prefieren simplemente indicar que el comprador deberá realizar sus mejores esfuerzos para lograr el cierre del contrato. Así evitan asumir altos costos de redacción.

Este pacto de la cláusula de mejores esfuerzos –como el de cualquier otra cláusula general– es una habilitación expresa en favor de los tribunales para que sean éstos los que resuelvan, en caso de surgir alguna controversia, si el comprador ejecutó las conductas necesarias que permitan concluir si efectivamente realizó sus mejores esfuerzos.

Pero tengamos en cuenta que esta delegación en favor de los tribunales parte de la premisa de que los mismos podrán completar eficientemente en nombre de las partes lo que ellas no quisieron negociar en su momento. Sin embargo, debemos tener en cuenta que existen otros costos diferentes a los costos de ejecución del contrato: (1) la incertidumbre y (2) el error judicial.

Por definición, un estándar permite que las partes no se pongan de acuerdo respecto al mismo, si se ejecutó debidamente o no. Mientras que el vendedor señalará que el comprador no realizó sus mejores esfuerzos, el comprador se defenderá señalando que realizó todo lo que estuvo a su alcance. Esto aumenta las probabilidades de que las partes terminen en litigio y, si estamos ante un contrato de una cuantía importante, como son las adquisiciones de empresas, un financiamiento o una gran construcción, entonces las partes tendrán que asumir los altos costos de un litigio complicado. A ello debemos agregar la incertidumbre respecto a la decisión que pueda tomar el tribunal y el eventual error.

En efecto, si son las partes las protagonistas de su relación contractual y el tribunal un extraño, existe un claro supuesto de asimetría de información. Pero esta asimetría de la información no solo significa que las partes tengan más información sobre el caso concreto a diferencia del tribunal, sino –y más importante– significa que el tribunal deberá reconstruir lo que efectivamente ocurrió en los hechos en base a información tergiversada por las propias partes.

El demandante usará la información que tienen disponible y la presentará en el juicio de tal manera que pueda defender sus pretensiones, y lo mismo con el

---

<sup>7</sup> ESPOSITO, Grant y KAUFMAN, Jessica. “‘Best Efforts’, ‘Commercially Reasonable’ And Other Terms No One Understands”. En *New York Law Journal, Commercial Litigation*, 14 de marzo de 2016: «In business disputes, by contrast, we delegate the role of defining a broken boundary object to a third party –a court, a jury, or an arbitrator».

demandado. Esta situación genera incertidumbre entre las partes respecto a cuál será el fallo del tribunal y crea el escenario perfecto para que los tribunales incurran en error judicial al considerar como hechos aquellos que en realidad nunca ocurrieron. Si los hechos que retiene el tribunal no son los reales, entonces el tribunal no elegirá correctamente la regla de derecho que debe usar para resolver el caso en concreto.

En virtud de tales consideraciones, se podría pensar que en realidad resulta eficiente pactar cláusulas precisas y no cláusulas vagas. Sin embargo, ello no se evidencia en la práctica desde que el uso de cláusulas vagas es común en operaciones corporativas y financieras. Términos vagos como mejores esfuerzos (*best efforts*), buena fe (*good faith*), razonabilidad (*reasonableness*), estándares aceptados por la industria (*accepted industry standards*), debida diligencia (*due diligence*), entre otros, se encuentran estandarizados en la práctica nacional e internacional<sup>8</sup>. Por ende, no podría señalarse sin mayor análisis que las cláusulas contractuales vagas son ineficientes<sup>9</sup>.

Un aspecto adicional que nos permite explicar por qué las cláusulas vagas son eficientes es que las partes las pactan siendo conscientes del inicio de un eventual litigio. El pacto de una cláusula contractual vaga tiene en cuenta la probabilidad de que una de las partes demande y los costos que ello involucra. A pesar de ello, y aunque pueda parecer contra intuitivo a primera vista, los altos costos de litigio, la incertidumbre respecto al pronunciamiento del tribunal y el error judicial, generan los incentivos para que las partes revoquen la habilitación otorgada a los tribunales para completar la cláusula vaga y sean finalmente ellas mismas quienes completen la cláusula que en un principio no quisieron completar.

Si los costos de litigio son muy altos y la incertidumbre y el error también, entonces se generan los incentivos entre las partes para que renegocien los términos del contrato. Así, las partes evitan asumir los altos costos de litigio y evitan la incertidumbre y el error al resolver ellas mismas la cláusula vaga<sup>10</sup>. Por el contrario, si tales costos son bajos, las partes seguirán con su plan inicial y dejarán que las cortes completen la cláusula.

La práctica corporativa ha confirmado el uso de cláusulas vagas y los incentivos

---

<sup>8</sup> FONTAINE, Marcel. Best Efforts, Reasonable Care, Due Diligence et Règles de L'Art dans les Contrats Internationaux. En *RDAL*, núm. 8, 1988, p. 1003-1004.

<sup>9</sup> TRIANTIS, George G. "The Efficiency of Vague Contract Terms: A Response to The Schwartz-Scott Theory of U.C.C." Article 2. En *Louisiana Law Review*, vol. 62, núm. 4, 2002, p. 1071: «A number of explanations have been offered for the decision of parties not to exploit some verifiable factors. First, the ex-ante transaction costs of specifying each possible verifiable future state of the world -even if they can all be foreseen and contemplated- may exceed the gains. The parties may have more cost-effective means at their disposal to address remote contingencies than legal enforcement of complete contract terms».

<sup>10</sup> HILL, Claire A. Bargaining in the Shadow of the Lawsuit: A Social Norm Theory of Incomplete Contracts. En *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 34, 2009, p. 208: «[...] the uncertainty and costs of litigation serve as a bond the parties give against precipitous recourse to litigation, aligning the parties' incentives to resolve any disputes without formal resort to the court system».

que las mismas generan para renegociar el contrato. Por ejemplo, en los contratos de M&A se suele pactar una cláusula MAC (*Material Adverse Change*) o MAE (*Material Adverse Effect*) en favor del comprador, la cual le permite terminar la operación sin pago de compensación en caso algo malo ocurra que deteriore el valor del *target* antes de la fecha de cierre<sup>11</sup>. En la práctica americana, el MAC ha sido alegado no necesariamente para dejar sin efecto el contrato sino para coaccionar a la otra parte a renegociar los términos contractuales, bajo apercibimiento de dejar sin efecto la operación. El comprador tiene el derecho a terminar el contrato, pero para que tenga éxito debe probar que efectivamente ocurrió un MAC, lo cual es complicado pues el MAC se pacta como una cláusula general que no contiene una definición precisa de lo que es un MAC. Ante este escenario, si el comprador tiene éxito podrá terminar la operación sin necesidad de pagar una compensación, pero si se equivoca, tendrá que cerrar la compra y pagar daños. Por el contrario, el vendedor se defenderá señalando que no ocurrió un MAC, pero tendrá el mismo problema que el comprador para probar la no ocurrencia de un MAC pues la misma cláusula no define qué es un MAC. Ante este escenario, si el vendedor tiene éxito el comprador deberá cerrar la operación y pagarle daños, pero si efectivamente ocurrió un MAC, se quedará sin operación y compensación. Dada la situación de las partes, ellas prefieren renegociar, y en efecto, muchas partes han renegociado el contrato ante la alegación de un MAC (por ejemplo, reduciendo el precio). En otras palabras, la alegación del MAC es más una amenaza que una realidad<sup>12</sup>.

Resumiendo lo señalado, la renegociación dependerá de qué tan altos sean los costos ex post: (1) las partes pactan una cláusula vaga porque la misma permite ahorrar en costos ex ante a cambio de mayores costos ex post. Si los costos ex post no son altos en relación al ahorro en costos ex ante, entonces las partes esperarán que un tribunal complete la cláusula vaga, por el contrario (2) si los costos ex post terminan siendo muy altos de manera que no se justifica el ahorro en los costos ex ante, entonces no tendrá sentido asumir mayores costos para que un tribunal resuelva la controversia, sino que será preferible que las mismas partes completen la cláusula vaga, esto es, procedan con una renegociación eficiente.

### III. La cláusula de *best efforts*

---

<sup>11</sup> En operaciones de M&A el MAC y MAE son usados de manera indistinta (ambos enfocados en cambios o efectos adversos que afectan finalmente al *target*). Por otro lado, en financiamientos el MAC se refiere a riesgos sistémicos (cambios adversos) (por ello también suele ser denominado como Market MAC) mientras que el MAE sobre afectaciones al deudor, documentos del financiamiento, garantías y derechos del banco (efectos adversos).

<sup>12</sup> GARCÍA LONG, Sergio. Un Big MAC, por favor: La cláusula MAC en fusiones y adquisiciones. Lima, Fondo Editorial PUCP, 2016, p. 210-211. La Corte de Delaware intentó dar algunas pautas sobre cómo interpretar el MAC y creó el estándar supletorio del comprador razonable a largo plazo. Este estándar fue uno alto y así se evidenció en diversos casos en donde no se amparó la ocurrencia de un MAC, como en *IBP v. Tyson Foods* (2001), *Frontier Oil v. Holly Corporation* (2005) y *Huntsman v. Hexion* (2008). Si bien en *Akorn v. Fresenius* (2018) la Corte de Delaware por primera vez reconoció la ocurrencia de un MAC, recientemente en *Bardy Diagnostics v. Hill-Rom* (2021) se volvió a rechazar la ocurrencia de un MAC.

**i. ¿Qué es la cláusula de best efforts?**

En el derecho comparado existen dos regímenes de responsabilidad contractual. En el Civil Law la responsabilidad contractual es generalmente subjetiva, de manera que el deudor debe incurrir en culpa para responder, caso contrario, no responderá si prueba la ausencia de culpa. Si se da el caso, también podría probar la ocurrencia de un impedimento (caso fortuito o fuerza mayor). En otras palabras, podría alegar dos defensas. Por el contrario, en el Common Law la responsabilidad contractual es generalmente objetiva, de manera que el deudor siempre responde, incluso si la obligación se volvía imposible por la ocurrencia de un impedimento, como se indicó en el caso inglés *Paradine v. Jane* (1647). Posteriormente, desde *Taylor v. Caldwell* (1863) el derecho inglés admite la doctrina de la frustration como excusa al cumplimiento contractual. Para un civilista, los casos de frustration son supuestos específicos de imposibilidad. Entonces, una parte anglosajona responde a menos que pruebe la ocurrencia de un impedimento. En otras palabras, solo puede alegar una defensa. El régimen de responsabilidad objetiva también se encuentra en los principales instrumentos internacionales de uniformización de derecho de contratos como la CISG<sup>13</sup>, la cual solo admite la exoneración de responsabilidad contractual ante la ocurrencia de un impedimento conforme a su artículo 79.

Partiendo de la premisa que la responsabilidad contractual es objetiva, los common lawyers empezaron a pactar cláusulas específicas para limitar su responsabilidad. Ante la ausencia de pacto, respondían de manera objetiva. Por el contrario, si incorporaban algún pacto para aligerar el compromiso que asumían frente a la otra parte, tendrían mayores posibilidades de eximirse de responsabilidad. Así surgen las cláusulas de best efforts. La parte anglosajona no asume un compromiso absoluto frente a la otra, sino solo se compromete a realizar sus mejores esfuerzos para lograr un resultado sin garantizar la obtención del mismo. De esta manera, el énfasis deja de estar en el resultado para enfocarse en los esfuerzos, o diligencia como lo entenderían los civilistas.

En la estructura contractual de la cláusula de mejores esfuerzos se puede observar lo siguiente: (1) las partes identifican el resultado deseado, (2) una parte se compromete a realizar sus mejores esfuerzos para lograr la obtención del resultado sin definir cuáles serían los comportamientos idóneos para conseguir tal resultado, y (3) no se garantiza la obtención del resultado.

Según lo anterior, dos aspectos se mantienen como inciertos: (a) las conductas idóneas que son objeto de los mejores esfuerzos, y (b) la obtención del resultado deseado.

Es importante prestar atención a cómo las partes pueden definir el nivel de diligencia para intentar lograr un resultado sin necesidad de garantizar la

---

<sup>13</sup> Acrónimo de United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods.

obtención del resultado. Por ejemplo, si no se pacta algo particular en el contrato, un prestador de servicios común deberá ejecutar su obligación ejerciendo la diligencia ordinaria, que es el estándar de diligencia que se aplica de manera supletoria<sup>14</sup>. Pero las partes podrían pactar niveles de diligencia superior como “los estándares de la industria”, “el comerciante ordenado” o cualquier otro. Aunque no se garantiza un resultado, al menos se exige a una parte a tratar más o poner mayor esfuerzo, sin definir aún qué comportamiento específico puede ser idóneo para aumentar las posibilidades de obtener el resultado. Pero al menos se sabe que hay que intentar más.

Por eso la cláusula de mejores esfuerzos es una cláusula general, imprecisa, vaga e indefinida. ¿Por qué las partes pactaría una cláusula de este tipo? Hay situaciones en donde las partes no tienen la información suficiente para definir ex ante todo lo que tiene que hacer una parte para lograr un resultado. Entonces, resulta eficiente solo señalar que una parte deberá realizar sus mejores esfuerzos, y así se evita incluir en el contrato un listado de comportamientos específicos que una parte deberá realizar. Esto permite ahorrar en costos de transacción. Si posteriormente surge una controversia en torno a los comportamientos que debía realizar una parte en virtud de la cláusula de mejores esfuerzos para saber si realmente realizó -vale la redundancia- sus mejores esfuerzos, entonces las partes tendrán que negociar nuevamente para definir una solución, caso contrario, intervendrán las cortes. En este segundo momento las partes asumen ex post los costos que ahorraron ex ante cuando optaron por pactar una cláusula general, imprecisa, vaga e indefinida.

Ahora, el uso de diferentes estándares puede estar enfocado en la diligencia como también en calidad o cantidad del resultado. Por ejemplo, un artista se puede obligar a pintar un cuadro, cuya calidad recién se podrá apreciar una vez terminado el cuadro. La calidad no será la misma si el cuadro será usado en una casa privada que a ser exhibida en un museo. Dentro de este escenario, existe un resultado comprometido, pero aun así queda indefinida la calidad de tal resultado. Igualmente, un distribuidor se compromete a vender bienes, y realizará sus mejores esfuerzos para vender la mayor cantidad de bienes. Aunque se compromete a un resultado (vender) aún queda como contingente la cantidad de los bienes vendidos, lo cual dependerá directamente de cuánto se haya esforzado.

Si bien la cláusula de mejores esfuerzos está enfocada inicialmente en la diligencia (donde no se garantiza un resultado), también puede afectar la calidad o cantidad del resultado comprometido (donde sí se garantiza un resultado). En efecto, en la práctica se suele usar a los mejores esfuerzos para calificar el resultado, cuya calidad o cuantía es inicialmente indefinida y dependerá del ejercicio de los mejores esfuerzos, pero partiendo de la premisa que hay un resultado mínimo

---

<sup>14</sup> En Perú, conforme al artículo 1314 del Código Civil. En caso de prestaciones de especial dificultad, aplicará el estándar del artículo 1672 del Código Civil.

comprometido. Por ello, será necesario verificar el pacto para concluir cuál es el verdadero ámbito de aplicación de los mejores esfuerzos.

Lo interesante de la cláusula de mejores esfuerzos es que, aunque en teoría no define nada *ex ante*, los common lawyers han propuesto diferentes técnicas de redacción (*drafting*) para intentar definir lo indefinido sin llegar a una definición absoluta. En la práctica contractual se han definido diferentes niveles de esfuerzos que debe realizar una parte sin llegar a definir un comportamiento específico. Aunque no se fija un comportamiento fijo, al menos –dentro de la misma indefinición– se emplean diferentes niveles de exigencias de esfuerzos o diligencia. No es lo mismo pactar que una parte deberá realizar sus “esfuerzos razonables” que sus “máximos esfuerzos”. Así, es posible pactar diversos niveles de esfuerzos. La referencia a una “cláusula de mejores esfuerzos” es solo una mención general. Es necesario revisar el pacto para verificar qué nivel específico de esfuerzos se pactó en el caso concreto.

## ii. El *drafting* anglosajón

El Common Law parte de una perspectiva formalista y textualista respecto a la interpretación de los contratos, a diferencia del contextualismo del Civil Law. El juez anglosajón es muy respetuoso del pacto de las partes y de la aplicación de reglas legales o convencionales que limiten la interpretación del contrato a sus cuatro esquinas. Por ello, existen reglas como el *parol evidence rule* (no se admite evidencia extrínseca para complementar la interpretación del contrato), *plain meaning rule* (si no hay duda se debe preferir por el significado ordinario de las palabras), *merger clause* (el acuerdo total de las partes está en lo redactado en el contrato) y *non-oral modification clause* (el contrato solo se modifica por escrito). Por el contrario, en el Civil Law se prefiere por una interpretación contextualista que tenga en cuenta las circunstancias del caso, el comportamiento de las partes antes, durante y después del contrato, y las exigencias de la buena fe.

Además, en el Common Law –sobre todo por el derecho inglés– se maneja una posición anti-buena fe, mientras que en el Civil Law la buena fe es un concepto ampliamente aceptado. Incluso, se reconoce la función integrativa de la buena fe<sup>15</sup>. Bajo este escenario, si existe la buena fe como cláusula general con el poder de integrar el contrato, las partes civilistas pueden redactar contratos menos extensos, a diferencia de los anglosajones que redactan contratos más largos porque parten del textualismo y el rechazo de usar cláusulas generales<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Sobre los diferentes roles de la buena fe en el derecho comparado, véase García Long, Sergio. La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. Primera Parte. En *Actualidad Civil*, Núm. 37, julio 2017; García Long, Sergio. La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. Segunda Parte. En *Actualidad Civil*, Núm. 38, agosto 2017.

<sup>16</sup> HILL, Claire A. y KING, Christopher. How do German contracts do as much with fewer words? En *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 79, No. 3, 2004; García Long, Sergio. El nacimiento y ascenso de los *civil lawyers*. En *Themis - Revista de Derecho*, No. 73, 2018; García Long, Sergio. La

Partiendo de estas premisas, los americanos no manejan una sola cláusula de mejores esfuerzos sino diversas cláusulas según el estándar específico que se pacte. En la práctica americana existe una jerarquía de esfuerzos: (1) *best efforts*, (2) *reasonable best efforts*, (3) *reasonable efforts*, (4) *commercially reasonable efforts*, y (5) *good faith efforts*<sup>17</sup>. Con el objetivo de lograr una precisión perfecta, se ha hecho uso de una semántica excesiva<sup>18</sup>. Esta clasificación debe ser vista de manera ilustrativa. Mientras que los abogados han definido esta jerarquía, a veces las cortes no han respetado la misma y la han alterado al interpretarlas de manera distinta<sup>19</sup>.

En primer lugar, el *best efforts* es el estándar más riguroso y oneroso. “*Best*” significa hacer todo lo posible para lograr el resultado, incluso asumir un costo excesivo y sacrificar los propios intereses en favor de la otra parte. Si bien en principio los abogados consideraban que el *best efforts* necesariamente imponía un estándar gravoso, con el tiempo las cortes señalaron que dicha cláusula debía cumplirse dentro de parámetros de razonabilidad, de manera que una parte puede tomar en cuenta sus intereses y no está obligada a hacer todo lo posible incluso en perjuicio propio<sup>20</sup>. En segundo lugar, tenemos al *reasonable best efforts*. Este sería un estándar menor al *best efforts*. Se añade el “*reasonable*” antes del “*best*” para matizar el estándar más exigente. El tercer lugar, el *reasonable efforts* reduce aún más el nivel de exigencia pues reemplaza el “*best*” por el “*reasonable*”. En cuarto lugar, tenemos al *commercially reasonable efforts*. Mientras que algunos consideran que la inclusión del “*commercially*” adelante del “*reasonable efforts*” tiene el efecto de reducir el nivel de esfuerzos exigido, otros consideran que lo aumenta. También hay quienes señalan que no habría diferencia entre el “*commercially reasonable efforts*” y el “*reasonable efforts*”. Finalmente, el “*good faith efforts*” puede considerarse como el nivel menos exigente desde que “*good faith*” solo implica

---

americanización del derecho de contratos. En Velasco Valderas, Patricia Jannett (ed). Derecho Corporativo. Alcances y Perspectivas. Lima: Be Lawyer, 2021.

<sup>17</sup> Sobre los mejores esfuerzos en el derecho americano, véase Goetz, Charles J. y Scott, Robert E. Principles of Relational Contracts. En Virginia Law Review, Vol. 67, Núm. 6, 1981; Adams, Kenneth. Understanding “Best Efforts” And Its Variants (Including Drafting Recommendations). En The Practical Lawyer, Agosto 2004; Sargent, Randolph Stuart. Do Your Best with “Best Efforts”: Using Open Contract Terms. En Maryland Bar Journal, Marzo 2007; Fox, Charles M. Working with Contracts. Second Edition. New York, Practising Law Institute, 2008; Adams, Kenneth. Delaware “Efforts” Caselaw and Why It’s Irrelevant. En Adams on Contract Drafting, 21 de octubre, 2013.

<sup>18</sup> ADAMS, Kenneth. Beyond Words. En Solicitors Journal, Vol. 158, Núm. 37, 2014, p. 21; Arnold & Porter. Delaware Court Addresses the Meaning of “Commercially Reasonable Efforts” in M&A Context. En Arnold & Porter Advisory, 29 de junio 2016.

<sup>19</sup> HILL, Claire A. y King, Christopher. How do German contracts do as much with fewer words? En Chicago-Kent Law Review, Vol. 79, No. 3, 2004; García Long, Sergio. El nacimiento y ascenso de los *civil lawyers*. En Themis - Revista de Derecho, No. 73, 2018; García Long, Sergio. La americanización del derecho de contratos. En Velasco Valderas, Patricia Jannett (ed). Derecho Corporativo. Alcances y Perspectivas. Lima: Be Lawyer, 2021.

<sup>20</sup> Véase el *leading case* americano *Bloor v. Falstaff* (1979). Incluso, algunos autores consideran que es mejor hablar de “*reasonable efforts*” y no de “*best efforts*” (para eliminar el *best*). Véase Adams, Kenneth. With ‘efforts’ provisions, reasonable is better than best. En The Lawyers Weekly, Business Law, 16 de mayo 2014.

buenas intenciones en este contexto (recordemos que la buena fe americana no es un concepto fuerte como la buena fe civilista alemana, por ejemplo).

En la práctica contractual inglesa se reemplaza el uso del término “*efforts*” por “*endeavours*”, aunque ambos son sinónimos y pueden ser traducidos al castellano como “*esfuerzos*”. A los americanos les gustan “*efforts*” mientras que a los ingleses “*endeavours*”, quienes también cuentan –en principio– con una jerarquía de *endeavours*: (1) *best endeavours*, (2) *all reasonable endeavours*, y (3) *reasonable endeavours*<sup>21</sup>. Al igual que en la experiencia americana, esta jerarquía debe ser tomada como ilustrativa pues las cortes han interpretado esta jerarquía de manera distinta<sup>22</sup>.

En primer lugar, “*best endeavours*” impone el estándar más oneroso por el “*best*” pero dentro de lo razonable. De hecho, en su momento se hizo famosa la frase “[to] *leave no stone unturned*” (no dejar ni una piedra sin mover) conforme al caso *Sheffield District Railway v. Great Central Railway* (1911)<sup>23</sup>, uno de los más antiguos y *leading case* inglés. Sin embargo, al igual que en el derecho americano, actualmente en el derecho inglés se considera que el *best endeavours* no impone un nivel de diligencia ilimitado sino uno razonable<sup>24</sup>. En segundo lugar, el “*all reasonable endeavours*” impone un nivel de exigencia menor, mientras que en tercer lugar se encuentra el *reasonable endeavours*. Una novedad en la técnica del *drafting* inglés es el uso del “*all*”. Mientras que “*all reasonable endeavours*” imponer realizar “*todos*” los actos posibles (sin ser tan exigentes como el “*best endeavours*”), el “*reasonable endeavours*” solo implica realizar un solo curso de acción al no tener el “*all*”.

### **iii. El estándar de cumplimiento**

Señalábamos que la cláusula de mejores esfuerzos debe entenderse como un género desde que en la práctica se pueden pactar diversos niveles de esfuerzos como se muestra en la experiencia americana e inglesa. De esta manera, aunque no se define qué comportamientos específicos son debidos y no se garantiza el resultado deseado, al menos se logra distinguir entre niveles de esfuerzos. Esto permite que se pueda usar una cláusula general y ambigua, pero a su vez, lograr cierta precisión.

Por ello, dentro de esta imprecisión aún quedaba pendiente una gran interrogante, ¿cómo sabe una parte cuándo ha cumplido con sus mejores esfuerzos? La doctrina

---

<sup>21</sup> Sobre los mejores esfuerzos en el derecho inglés, véase Young, Jessica. An endeavour to understand endeavours undertakings. En *Hong Kong Law Journal*, Vol. 44, Núm. 1, 2014; Yi, Tan Tian. The interpretation of endeavours clauses. En *Singapore Academy of Law Journal*, Vol. 27, Núm. 1, 2015.

<sup>22</sup> Véase el caso *Rodhia International Holdings Ltd. v. Huntsman International* (2007).

<sup>23</sup> FONTAINE, Marcel. Best Efforts, Reasonable Care, Due Diligence et Règles de L’Art dans les Contrats Internationaux. En *RDAI*, Núm. 8, 1988, p. 1006; Young, Jessica. An endeavour to understand endeavours undertakings. En *Hong Kong Law Journal*, Vol. 44, Núm. 1, 2014, p. 97.

<sup>24</sup> Véase los casos *Terrel v. Mabie* (1952) y *Malik Co v. Central European Trading Agency* (1974).

americana propuso diversos estándares de cumplimiento a ser tomados en cuenta: *good faith* (según la buena fe), *diligence insurance* (priorizar el interés del deudor), *fiduciary duty* (priorizar el interés del acreedor), *joint maximization* (maximizar el interés de ambas partes), *subjective* (tomar en cuenta la particular posición del deudor y sus habilidades), *objective* (aplicar un estándar general como el hombre prudente, el hombre razonable, el buen padre de familia, independiente de la posición del deudor), entre otros. Por el lado de la jurisprudencia, no existe una guía clara al respecto<sup>25</sup>.

Estos estándares de cumplimiento son empleados al momento que el deudor debe elegir qué conducta ejecutar para intentar lograr el resultado. Ciertamente habrá conductas más idóneas que otras. Nuevamente, aunque no se defina alguna conducta específica, al menos se puede aplicar alguna guía para que el deudor sepa cómo elegir bien en favor del acreedor. Por ejemplo, el estándar del *fiduciary duty* implica que el deudor (agente) subordine su interés en favor del acreedor (principal), mientras que el *joint maximization* toma en cuenta el interés de ambas partes. No se elegirá el mismo curso de acción si el deudor sabe que debe subordinar su interés, a que no tenga que hacerlo.

Al respecto, debemos comentar lo señalado en el caso *LTV Aerospace v. Thomson* (1996), en donde se indicó que “*A party may thus exercise discretion, within its good faith business judgment, in devising a strategy for achieving its ultimate goal*”<sup>26</sup>. Esto significa que la elección de las conductas idóneas para pretender el resultado debe realizarse según la buena fe, pero no cualquier buena fe sino la *good faith business judgment* que hace referencia al derecho corporativo.

Los administradores de una sociedad están sujetos al cumplimiento de deberes fiduciarios, entre ellos, el deber de diligencia (*duty of care*) y el deber de lealtad (*duty of loyalty*)<sup>27</sup>. Dado que los mercados son inciertos y que en determinadas ocasiones es necesario tomar decisiones riesgosas, en el derecho corporativo se creó un límite a la responsabilidad de los administradores según el *business judgment rule*<sup>28</sup>, por el cual, si el administrador tomó una decisión informada y

---

<sup>25</sup> Véase Miller, Zachary. Best efforts?: Differing judicial interpretations of a familiar term. En *Arizona Law Review*, Vol. 48, Núm. 3, 2006; Park, Rob. Putting the “best” in best efforts. En *University of Chicago Law Review*, Vol. 73, Núm. 2, 2006.

<sup>26</sup> *LTV Aerospace and Defense Co. v. Thomson* (In re Chateaugay), 198 B.R. 848 (S.D.N.Y. 1996), p. 854.

<sup>27</sup> En Perú, véase el artículo 171 de la Ley General de Sociedades, y los artículos 147 y 148 del Anteproyecto de Ley General de Sociedades (2018).

<sup>28</sup> WACHTELL, Lipton, Rosen & Katz. *Takeover Law and Practice*. NY, Wachtell, Lipton, Rosen & Katz, 2016, p. 28: «[...] the business judgment rule is a presumption that directors are complying with their fiduciary duties. The purpose of the rule is to “encourage corporate fiduciaries to attempt to increase stockholder wealth by engaging in those risks that, in their business judgment, are in the best interest of the corporation ‘without the debilitating fear that they will be held personally liable if the company experiences losses’».

Wachtell, Lipton, Rosen & Katz (2016). *Takeover Law and Practice* (NY, Wachtell, Lipton, Rosen & Katz).

diligente, no será responsable en caso ocurra algún daño en perjuicio de la empresa.

Actualmente, y en relación a los deberes fiduciarios, también se discute sobre el *duty of good faith* que deben cumplir los administradores y su relación con el *business judgment rule*, lo que ha dado como resultado que se hable de un *good faith business judgment*<sup>29</sup>. Esto significa que los administradores, cuando tengan que tomar una decisión, deberán emplear la buena fe al momento de elegir entre todas las alternativas.

El empleo de la buena fe, como estándar de cumplimiento, es ilustrativo para entender cómo puede funcionar cualquier estándar de cumplimiento en favor del acreedor. Si el deudor no tiene ningún parámetro, entonces elegirá por cualquier tipo de comportamiento, incluso aquellos que no sean idóneos para conseguir el resultado. Por el contrario, si el deudor tiene alguna guía ello le permitirá saber cuándo ha cumplido con su compromiso aunque no haya logrado el resultado, mientras que a la misma vez se protegerá al acreedor en caso el deudor ejecute comportamientos inútiles.

Desde que en jurisdicciones civilistas la buena fe suele estar reconocida por ley y como un estándar imperativo<sup>30</sup>, puede considerarse como el estándar mínimo que aplicará a todo deudor que deberá realizar sus mejores esfuerzos, salvo que se pacte un estándar mayor.

#### **iv. ¿Cómo se debe entender la cláusula de *best efforts* en el Civil Law?**

Habiendo explicado cómo funciona la cláusula de mejores esfuerzos en el Common Law, se observa que la misma se enfoca en la diligencia, pero no solo en ella, sino en definir diversos estándares de diligencia. Este punto es clave para diferenciar a los *efforts* de su equivalente civilista, las obligaciones de medios (*obligations de moyens*)<sup>31</sup>. Usualmente se considera que la cláusula de mejores esfuerzos es solo un pacto para incluir una obligación de medios, de manera que su inclusión en un contrato sujeto a ley civilista sería redundante en el sentido que no significaría la importación de una figura anglosajona a la respectiva jurisdicción

---

<sup>29</sup> Véase EISENBERG, Melvin A. The Duty of Good Faith in Corporate Law. En *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 31, 2006; Strine, Leo E. Jr.; Hamermesh, Lawrence A.; Balotti, Franklin R. y Gorris, Jeffrey M. Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law. En *The Georgetown Law Journal*, Vol. 98, 2010; Griffith, Sean J. Good Faith Business Judgment: A Theory of Rhetoric in Corporate Law Jurisprudence. En *Duke Law Journal*, Vol. 55, Núm. 1, 2005.

<sup>30</sup> En Perú, véase los artículos 168 y 1362 del Código Civil.

<sup>31</sup> FARNSWORTH, E. Allan. On Trying to Keep One's Promises: The Duty of Best Efforts in Contract Law. En *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 46, 1984, p. 3; Pejovic, Caslav. Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goals. En *Victoria University of Wellington Law Review*, Vol. 32, Núm. 3, 2001, p. 826; Arbesú Gonzáles, Vanesa. La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética. Madrid, Dykinson, 2016, p. 44-45; Acevedo Rehbein, Alberto. Los mejores esfuerzos (best efforts) en el derecho contemporáneo de los contratos. En *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 8, Núm. 2, julio-diciembre 2006, p. 117; Witz, Claude y Bopp, Thomas M. "Best Efforts, Reasonable Care: Considerations de Droit Allemand. En *RDAL*, Núm. 8, 1988, p. 1035-1037).

civilista<sup>32</sup>. Si bien esto puede ser cierto, es incompleto. La obligación de medios implica ejecutar la prestación conforme a la diligencia ordinaria (el estándar supletorio), mientras que una cláusula de mejores esfuerzos puede incorporar un nivel de diligencia superior a la diligencia ordinaria, lo cual significa un agravamiento de la responsabilidad contractual. Entonces, mientras que en algunos casos la cláusula de mejores esfuerzos será igual a una obligación de medios, en otros será algo distinto: un pacto que eleva el nivel de diligencia sin obligarse a obtener un resultado específico o, en otras palabras, una extensión de la responsabilidad contractual.

Otro aspecto importante que distingue a los *best efforts* de las obligaciones de medios es que el objeto de la segunda normalmente está determinado, mientras que en la primera no existe precisión alguna. El deudor solo se obliga a realizar sus mejores esfuerzos, sin mayor precisión; por el contrario, en una obligación de medios el deudor sabe qué deberá hacer. Esto es así desde que los *best efforts* son una cláusula general de fuente convencional, y como tal, no debe estar delimitada a tal nivel como ocurre con las obligaciones, cuya prestación debe cumplir con el requisito de determinación.

Igualmente, los mejores esfuerzos son distintos a la buena fe. Si bien ambos pueden ser entendidos como estándares, los mejores esfuerzos significan la incorporación de un estándar más exigente. Para empezar, la buena fe ya se encuentra reconocida por ley en las jurisdicciones del Civil Law. Entonces, si se incorpora una cláusula de mejores esfuerzos, la misma no puede interpretarse como una redundancia sino como algo distinto que las partes quisieron incorporar en el contrato, caso contrario, la cláusula no tendría ninguna utilidad práctica. Desde que los mejores esfuerzos no tienen como fuente la ley, se debe partir de la premisa que su pacto significa incluir algo distinto a los estándares ya definidos por ley.

En resumen, para darle valor a la cláusula de mejores esfuerzos, no puede considerarse que su incorporación en el contrato significa otra forma de referirse a las obligaciones de medios o a la buena fe. La cláusula de mejores esfuerzos significa que una parte debe cumplir con un estándar mayor a los ya señalados por ley, y como tal, su pacto significa una modificación convencional de la responsabilidad contractual a efectos de agravarla o extenderla. Esta cláusula de mejores esfuerzos podría materializarse en cualquier nivel de diligencia según las jerarquías creadas por la práctica americana e inglesa.

Las precisiones realizadas previamente son esenciales para comprender que la cláusula de mejores esfuerzos puede usarse en el Civil Law de dos maneras: (1)

---

<sup>32</sup> Por ejemplo, el artículo 5.1.4 de los PICC (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*) en su versión en inglés se refiere al *best efforts* mientras que en su versión en francés a las *obligations de moyens*. Esto podría llevarnos a pensar que se tratan de sinónimos. Sin embargo, si bien esto puede ser así en ciertas ocasiones, la práctica contractual demuestra que la aplicación de los *best efforts* es más compleja, y como tal, puede exceder al ámbito de aplicación de las *obligations de moyens*.

como cláusula general de fuente convencional, y (2) como calificadores (qualifiers) de obligaciones.

En primer lugar, el Civil Law ya cuenta con la buena fe como cláusula general de fuente legal. Adicionalmente, la práctica contractual ha creado cláusulas generales como la MAC/MAE o los best efforts. La ventaja de estas cláusulas es que las partes no deben definir ex ante el contenido desde que el mismo se determinará ex post cuando sea aplicada. Entonces, en lugar que las partes tengan que definir un listado de conductas para lograr un resultado deseado, bastará pactar que se deberá realizar los mejores esfuerzos.

En segundo lugar, los best efforts pueden funcionar como calificador de obligaciones. El uso de calificadores es usual en la contratación corporativa y financiera para amplia o extender el contenido de una obligación. Si uno pacta una obligación de medios sin mayor mención, entonces aplicará la diligencia ordinaria. Por el contrario, una obligación de medios podría estar calificada por un nivel de diligencia mayor al ordinario a través de una cláusula de mejores esfuerzos.

Sin embargo, tal vez lo más interesante es observar cómo los best efforts podrían calificar también a una obligación de resultados, lo cual pone en evidencia por qué los best efforts no son sinónimos de las obligations de medios. Aunque el resultado esté garantizado, podría quedar como contingente la calidad o cantidad del resultado (recordemos el ejemplo del artista o el distribuidor). En tales casos estamos ante obligaciones de resultados, y aunque el resultado esté garantizado no se sabe cuál será la calidad o cantidad del mismo. Así es como las obligaciones de resultados también podrían estar calificadas por una cláusula de mejores esfuerzos, en donde está comprometido un resultado mínimo y el resultado final se conocerá una vez realizado los mejores esfuerzos.

En virtud de lo anterior, será necesario revisar el pacto para definir ante qué escenario nos encontramos. No es lo mismo pactar una obligación de medios con mejores esfuerzos que una obligación de resultado con mejores esfuerzos. Si un deudor se obliga solo a una obligación de medios pero calificada con mejores esfuerzos, no responderá si no logra obtener el resultado, pero sí será responsable si no cumple con desplegar el mayor esfuerzo requerido por pacto. Igualmente, si un deudor se obliga a obtener un resultado pero calificado con mejores esfuerzos, será responsable aunque obtenga un resultado siempre que tal resultado no sea aquél que se hubiera obtenido de haber desplegado el mayor esfuerzo requerido.

#### **IV. Hell, or high water clause**

En operaciones de M&A existe una cláusula de mejores esfuerzos con esteroides. Nos referimos a la cláusula “hell or high water” (HHW)<sup>33</sup>. Dicha cláusula se

---

<sup>33</sup> LYONS, Peter; Buffier, Beau; Fort, Tamara y Jennejohn, Matthew. Reasonable Best Efforts: Cold Comfort to Sellers. En *The M&A Lawyer*, Vol. 18, Núm. 1, 2014, p. 7: «The gold-standard of covenants in this context is the so-called “hell or high water” (HOHW) provision, which requires

entiende por su propio nombre que se deriva de la expresión americana “come hell or high water”, que se usa para hacer referencia a la obtención de un resultado sin importar lo que se tenga que hacer incluso si en el camino se sufre consecuencias adversas. En castellano ello equivale a decir que el comprador debe “mover mar y tierra” o enfrentarse “contra viento y marea” para conseguir el resultado.

Por ello, en virtud de una cláusula HHW una parte debe realizar todo lo que sea necesario sin importa el costo involucrado y las dificultades que puedan presentarse, a efectos de lograr el resultado deseado. Este tipo de pacto es comúnmente usado en la práctica americana cuando el comprador debe obtener algo de un tercero para poder cerrar la operación, en específico, la autorización gubernamental por parte de la autoridad que vela por la libre competencia (antitrust) o la que regula determinado sector de la economía (por ejemplo, el bancario).

En una operación de M&A suele distinguirse entre el signing (firma) y closing (cierre) del contrato. La firma del contrato significa que ya existe un contrato válido pero cuya eficacia está supeditada al cumplimiento de determinadas condiciones precedentes (conditions precedent), las cuales pueden tener como objeto obligaciones (covenants), declaraciones y garantías (reps & warranties), cláusula MAC/MAE, entre otros. El cierre del contrato significa el momento en que el contrato produce todos sus efectos, entre ellos, la transferencia de la empresa y el pago del precio<sup>34</sup>. Pero el cierre solo ocurrirá si se cumplen con todas las condiciones precedentes pactadas. Mientras que hay condiciones que se encuentran dentro del ámbito de control de alguna de las partes, hay otras que dependen de acciones de terceros, entre ellas, la aprobación sobre libre competencia o aspectos regulatorios. En estos casos, las partes pactan como condición la obtención del comprador de la respectiva aprobación gubernamental. Esto significa que el riesgo es asumido por el vendedor pues en caso no se obtenga la aprobación se habrá incumplido una condición y el comprador podrá terminar el contrato.

Sin embargo, si bien la aprobación depende de un tercero, el comprador no puede tener una actitud pasiva frente a la autoridad. Se prefiere por una actitud activa que consista en realizar las diligencias necesarias para obtener el resultado esperado. Además, las autoridades suelen solicitar la realización de ciertas prestaciones o requerimientos antes de otorgar la respectiva aprobación, las cuales pueden representar la asunción de costos importantes. Dentro de este contexto, es

---

that the buyer must to whatever it takes to obtain regulatory approval, including agreeing to make divestitures or take any other actions necessary for approval».

<sup>34</sup> Sobre la estructura contractual de los contratos de M&A, véase Fox, Charles M. Working with Contracts. Second Edition. New York, Practising Law Institute, 2008; Coates IV, John C. M&A Contracts: Purposes, Types, Regulation, and Patterns of Practice. En The European Corporate Governance Institute, Working Papers Series in Law, Law Working Paper, No. 292, 2015; Adams, Kenneth. The structure of M&A contracts. USA: Legalworks, 2016; García Long, Sergio. Un Big MAC, por favor: La cláusula MAC en fusiones y adquisiciones. Lima, Fondo Editorial PUCP, 2016; Escobar Rozas, Freddy. Contratación corporativa y evolución legal. En Themis, No. 70, 2016.

interés de las partes asignar este costo. Ante ello, las partes pueden pactar una cláusula HHW para exigir que el comprador realice “whatever is necessary”<sup>35</sup> (todo lo que sea necesario), sin importar el costo o las exigencias que requiera la autoridad para aprobar de la operación<sup>36</sup>. Si se pacta un HHW y el comprador se rehúsa a cumplir un requerimiento de la autoridad, será responsable por incumplimiento contractual por más oneroso que resulte tal requerimiento. Así, las partes asignan el antitrust risk o el riesgo regulatorio, pero sobre todo su respectivo costo.

Como explica Harkrider en relación al antitrust risk:

*“Merger parties frequently allocate antitrust risk through contractual provisions in the merger agreement. At one extreme, these risk-shifting contractual provisions allow the buyer to walk away from the contract if the antitrust agency issues a second request or threatens to challenge the deal. At the other extreme, these provisions require the buyer to agree to any divestiture or other remedy that the antitrust agency demands –in other words, to close the deal “come hell or high water””<sup>37</sup>.*

Al final, lo que pretende la cláusula HHW es exigirle al comprador que asuma cualquier costo económico que sea necesario para obtener la aprobación gubernamental que permita perfeccionar la adquisición. Así, la cláusula HHW se pacta en favor del vendedor. En todo caso, el comprador podría pactar alguna excepción a la cláusula HHW para que tenga alguna salida en su favor en caso la autoridad requiera algo irrazonable (por ejemplo, se podría pactar que el comprador deberá realizar todo lo necesario para cerrar la operación salvo que el costo de ello supere cierto monto dinerario).

Si bien la cláusula HHW puede asimilarse en su funcionalidad a los mejores esfuerzos, la primera es más gravosa que la segunda<sup>38</sup> desde que los mejores esfuerzos deben ejecutarse de manera razonable, el cual es un límite que no se aplica a la cláusula HHW. La intención de esta última es que el comprador haga lo

---

<sup>35</sup> COATES IV, John C. M&A Contracts: Purposes, Types, Regulation, and Patterns of Practice. En The European Corporate Governance Institute, Working Papers Series in Law, Law Working Paper, No. 292, 2015, p. 11.

<sup>36</sup> Van de Voorde, Mark; Pupkin, Barry A. y Chelberg, Stephen E. Sharing Regulatory Risk in Global M&A. En Association of Corporate Counsel, Diciembre 2015, p. 30: «[...] there are several other provisions that can be used to apportion risks between parties. Probably the most onerous of these strategies involves the use of a *hell-or-high-water clause*. Such a clause requires the buyer to accept remedies required by a regulatory authority as a precondition for the parties to close a transaction. The buyer obligates itself to do whatever is necessary, come “hell or high water,” to close the deal. The clause typically requires the buyer to accept any remedial action imposed by a government regulator, which is required as a precondition of closing».

<sup>37</sup> HARKRIDER, John D. Risk-Shifting Provisions and Antitrust Risk: An Empirical Examination. En Antitrust, American Bar Association Section of Antitrust Law, Fall 2005, p. 52.

<sup>38</sup> TUCKER, Darren S. y Yingling, Kevin L. Keeping the Engagement Ring: Apportioning Antitrust Risk with Reverse Break up Fees. En Antitrust, Vol. 22, Núm. 3, 2008, p. 72: «The most extreme form of a “best efforts” clause is a so called hell or high water clause. This provision mandates that, “come hell or high water,” the buyer accept any remedial action required by a governmental authority to consummate the deal. This infrequently used obligation completely shifts the antitrust risk to the buyer».

que sea para obtener la aprobación de la autoridad competente, esto es, “come hell or high water”.

Un caso real resulta útil para graficar las diferencias entre ambas cláusulas y comprender cómo funciona la cláusula HHW en las adquisiciones de empresas. La firma de private equity Blackstone tenía la intención de comprar Alliance Data System, Inc. (ADS) por \$ 7.5 billones a través de un LBO (leveraged buyout o compra apalancada)<sup>39</sup>. ADS era el proveedor más grande de tarjetas de crédito. La Office of the Comptroller of the Currency (OCC) rechazó otorgar la aprobación regulatoria para que ADS sea adquirida por Blackstone debido a que el nivel de deuda que adquiriría ADS la dejaría sub-capitalizada. La OCC señaló, sin embargo, que aprobaría la transacción si Blackstone otorgara una garantía de \$ 400 millones en favor de los pasivos bancarios de ADS. Como podía esperarse, Blackstone se negó a desembolsar tal cantidad de dinero.

ADS demandó a Blackstone ante la Delaware Chancery Court para que otorgara la garantía. Como Blackstone es una firma de private equity que adquiere activos a través de LBO's, la estructura corporativa de la transacción era particular. La firma de private equity o el fondo respectivo nunca firma el contrato. Siempre se constituye al menos una SPV (Special Purpose Vehicle) o shell corporation, esto es, una subsidiaria cuyo propósito es ser la parte contractual que adquiere al target, y por ende, no tiene mayores activos que el dinero necesario para pagar el precio de la compra, y posteriormente, las mismas acciones del target que adquirió<sup>40</sup>. El objetivo de la firma de private equity es mantenerse alejado de la operación para mitigar riesgos.

Dado que Blackstone no era parte del contrato, solo se comprometió a realizar el aporte de capital necesario (equity commitment letter) en favor de la SPV para que pague el precio<sup>41</sup> y otorgar una garantía en caso la subsidiaria decida cancelar la operación pagando un monto dinerario (*reverse termination fee*)<sup>42</sup>. Pero en ningún momento firmó el contrato de adquisición y, en consecuencia, ADS no tenía alguna acción contractual contra Blackstone al ser este un tercero.

---

<sup>39</sup> DAVIDOFF, Steven M. *Gods at War. Shotgun Takeovers, Government by Deal, and the Private Equity Implosion*. New Jersey, Wiley, 2010, p. 85-87.

<sup>40</sup> Sobre la estructura contractual y corporativa del LBO, véase García Long, Sergio. *Mega transacciones: la estructura contractual y corporativa del leveraged buyout (LBO)*. En Salazar Gallegos, Max (ed). *Derecho Corporativo. Estudios en Homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su Centenario*. Lima, PUCP, 2019.

<sup>41</sup> Cuando el comprador es un SPV, los vendedores requieren cierta garantía por parte de los *sponsors* (en este caso, la firma de *private equity*), para que el SPV proceda a pagar el precio en el tiempo y modo acordado si se cumplen todas las condiciones precedentes. Como se sabe que la SPV no tiene activos y que el dinero vendrá de los *sponsors*, estos suelen emitir *equity commitment letter*, con o sin carácter vinculante, para asegurar al vendedor que si se cumplen todas las condiciones precedentes, se procederá a capitalizar al SPV para que se cancele el precio.

<sup>42</sup> El *reverse termination fee* es el derecho de salida pactado en operaciones de M&A. En virtud de este derecho, el comprador puede terminar la operación, sin necesidad de aviso previo y de manera discrecional, siempre que proceda a pagar el *fee* pactado (como compensación en favor de la otra parte).

Teniendo en cuenta esta estructura contractual y corporativa, ADS quiso defender la siguiente tesis en una demanda judicial: el contrato exigía a la SPV realizar sus reasonable best efforts para obtener cualquier aprobación regulatoria, entre ellas, la de la OCC. Entonces, en virtud de sus reasonable best efforts, la SPV tenían que exigir, incluso judicialmente, a su matriz Blackstone para que desembolsara la garantía solicitada por la OCC.

En primer lugar, en Delaware no existe aún un completo entendimiento sobre la institución de los best efforts y lo que se requiere según cada tipo de efforts, en este caso, el reasonable best efforts. En segundo lugar, como la SPV era una subsidiaria que no tenía activos propios, cualquier demanda que presentara ADS contra la SPV no tenía utilidad si la SPV no tenía activos para responder (por ejemplo, por breach of contract y compensatory damages). En tercer lugar, el camino optado por ADS, incluso si fuera exitoso, tenía complicaciones prácticas. ADS tenía que ganar la demanda contra la SPV para que una corte declarase que los reasonable best efforts obligan a la SPV a exigir a Blackstone el desembolso de la garantía solicitada por la OCC, pero esto no aseguraba que efectivamente Blackstone fuera a desembolsar la garantía (seguramente Blackstone alegaría alguna defensa frente a la SPV para negarse a ello). Finalmente, ADS retiró la demanda y el contrato se dejó sin efecto luego que se cumpliera el drop-deadline.

Este caso no solo demuestra lo favorable que es la estructura corporativa de una adquisición liderada por una firma de private equity a través de un LBO, sino que es un buen ejemplo que demuestra la diferente utilidad de la cláusula HHW frente a los best efforts. ADS hubiera estado en una mejor posición si hubiera pactado un HHW, desde que tal cláusula sí exigiría a la SPV a requerir, incluso judicialmente, a su matriz el desembolso de la garantía solicitada por la autoridad, hasta que consiga el efectivo desembolso, sin importar lo que sea necesario (come hell or high water). A diferencia de los mejores esfuerzos, el HHW no está sujeto a la razonabilidad.

## **V. El contrato de *best efforts underwriting***

En el ámbito bancario y financiero tenemos al contrato de underwriting (“*underwrite*” puede traducirse al castellano como “garantizar” o “suscribir”). El contrato de *underwriting* es firmado entre un banco de inversión (a veces también llamado banco estructurador y/o colocador) y una empresa emisora de instrumentos de deuda. Debido a que la emisora no tiene experiencia en vender deuda al público, o a privados, necesita de un agente que le ayude a colocar dicha deuda. En virtud de un contrato de *underwriting* el banco (o *underwriter*) asume en favor del emisor cierto compromiso en relación a la colocación de la deuda, a efectos que el *underwriter* asuma –en diferentes grados– el riesgo de una colocación no exitosa. La naturaleza del contrato de *underwriting* no es una sola desde que el

objeto del mismo puede consistir en un aseguramiento y/o colocación, lo cual dependerá de las tres modalidades de *underwriting* generalmente conocidas<sup>43</sup>.

Primero, en virtud del *firm commitment underwriting* (o *underwriting* en firme), el banco compra toda la deuda por parte del emisor y la revende posteriormente en el mercado. En esta modalidad el banco asume todo el riesgo de colocación. Este tipo de *underwriting* es muy favorable para el emisor dado que le asegura todo el capital que pretendía levantar. Así, en esta modalidad de *underwriting* hay aseguramiento más servicio de colocación. Incluso algunos autores consideran que, en realidad, un *firm commitment underwriting* no es una especie de aseguramiento sino un contrato de suscripción de valores<sup>44</sup>, cuyo precio es uno especial para que el *underwriter* pueda ganar un diferencial con la reventa.

Segundo, en virtud del *standby underwriting*, el banco se compromete adquirir todos los valores que no se logren vender después de la colocación. En este caso, el *underwriter* no asegura la totalidad del riesgo de colocación sino solo parte de ella, y una vez conocida la demanda. En esta modalidad de *underwriting* también es beneficiosa para el emisor desde que hay aseguramiento más servicio de colocación, aunque un aseguramiento en menor grado.

Tercero, la modalidad más favorable para el *underwriter* es el *best efforts underwriting*<sup>45</sup>, por el cual el banco solo se compromete a realizar sus mejores esfuerzos para colocar la mayor cantidad de valores en el mercado, sin obligarse a comprar la deuda o garantizar los valores que no puedan venderse. De esta manera, el riesgo lo asume el propio emisor pues el banco no asegura la colocación, solo realiza un servicio. Entonces no hay aseguramiento, solo servicio de colocación. Esta modalidad funciona como una verdadera intermediación a diferencia de los otros supuestos de *underwriting* en donde está presente un elemento de aseguramiento. Por este motivo, en la experiencia americana se ha cuestionado que el *best efforts underwriting* sea una modalidad de *underwriting* si

---

<sup>43</sup> Sobre la naturaleza del contrato de *underwriting*, véase Vidal Ramírez, Fernando. La bolsa de valores. Un ensayo de derecho bursátil. Lima: Cultural Cuzco, 1988; Thorndike Piedra, Thomas. El contrato de *underwriting*: El aseguramiento de ofertas públicas de valores mobiliarios. En Tratado de Derecho Mercantil. Tomo III. Contratos Mercantiles y Bancarios. Lima: Gaceta Jurídica, 2008; Avendaño, Jorge. El contrato de *underwriting*. En Contratos Civiles y Modernos de Empresa. Volumen II. Lima: MFC Editores, 2010; García Long, Sergio. La estructura contractual de los financiamientos bancarios. En García Long, Sergio (ed). Derecho Contractual Financiero. Estudios en Homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su Centenario. Lima, PUCP, 2019.

<sup>44</sup> S.H. The Nature and Function of Underwriting Agreements. En University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, Vol. 79, Núm. 7, 1931, p. 942.

<sup>45</sup> CZEPIEL, Lori Anne. Best Efforts Underwriting: Does Glass Steagall Allow it? En Annual Review of Banking Law, vol. 7, 1988, p. 563-564.

no existe aseguramiento de por medio<sup>46</sup>. Igualmente, desde una perspectiva civil se considera que el *best efforts underwriting* sería un mandato mercantil<sup>47</sup>.

El contrato de *best efforts underwriting* nos permite evidenciar la extensión que puede tener la institución contractual de los *best efforts*: no solo puede constituir un pacto contractual sino también puede dar lugar a un contrato típico y nominado. El *best efforts underwriting*, además, nos permite evidenciar cómo los mejores esfuerzos no se limitan a calificar el nivel de diligencia sino también el resultado esperado. Como hemos indicado, esto representa una de las principales novedades que puede tener los *best efforts* en jurisdicciones del *Civil Law*, los cuales suelen ser asimilados a las obligaciones de medios (*obligations de moyens*). Sin embargo, el ámbito de aplicación de los *best efforts* es mayor, y como tal, también pueden aplicarse a las obligaciones de resultado, de manera que se garantiza un resultado, pero queda incierto el aspecto cuantitativo o cualitativo del resultado.

En la práctica se suele discutir si es necesario que en el contrato de *best efforts underwriting* se pacte expresamente el tipo de obligación que asume el banco frente al emisor, esto es, si se trata de una obligación de medios y no. Pensamos que existe esta discusión porque se cree que existe una sinonimia perfecta entre las obligaciones de medios y los *best efforts*, lo cual no es correcto pues reduce el gran ámbito de aplicación que tienen los *best efforts* como se observa en la práctica contractual anglosajona.

En nuestra opinión, no se puede decir que en el *best efforts underwriting* no se garantiza ningún resultado pues es evidente que el emisor contrata a un especialista financiero para que coloque –efectivamente– instrumentos de deuda. Se espera un resultado mínimo en relación a la totalidad de la deuda. Lo que queda como contingente es la cantidad de valores que serán vendidos (bonos, por ejemplo), y dicha cantidad dependerá de los mayores o menores esfuerzos que realice el banco en la ejecución del contrato. Mientras más se esfuerce el banco, más bonos venderá. Así, los mejores esfuerzos se centran en el nivel de diligencia, pero a efectos de conseguir el mejor resultado posible, partiendo de la premisa que se está asegurando un resultado mínimo. Por ello, entiéndase que en virtud de un *best efforts underwriting* se asume una obligación de resultado, no una de medios. El *underwriter* no puede señalar que cumple el contrato incluso si no vende ningún bono. Desde que se contrata a un agente especializado, su trabajo implica un éxito mínimo. Lo que se discutirá, en todo caso, será es si el éxito mínimo es conforme al nivel de diligencia o esfuerzos pactado en el contrato.

---

<sup>46</sup> Véase S.H. The Nature and Function of Underwriting Agreements. En *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol. 79, Núm. 7, 1931; Mandelker, Gershon, & Raviv, Arthur. Investment banking: an economic analysis of optimal underwriting contracts. En *The Journal of Finance*, Vol. 32, No. 3, 1977.

<sup>47</sup> Vidal Ramírez, Fernando. La bolsa de valores. Un ensayo de derecho bursátil. Lima: Cultural Cuzco, 1988, p. 233.

Entonces, mientras que en una cláusula de *best efforts* el resultado no está garantizado, en el *best efforts underwriting* un resultado mínimo es garantizado porque se contrata a un agente financiero con experiencia. Si el banco no coloca ningún instrumento de deuda será claro que incumplió con realizar sus mejores esfuerzos. No podría señalar que solo se comprometió a realizar sus mejores esfuerzos sin garantizar ningún resultado.

Lo anterior debe considerarse como el punto de partida pues siempre será posible el pacto en contra, el cual debe ser respetado. Si las partes pactan expresamente que en virtud del contrato de *best efforts underwriting* se asume una obligación de medios, entonces así será. Pero si el contrato no dice nada al respecto, debe entenderse que se trata de una obligación de resultado, cuyo resultado está calificado por mejores esfuerzos (según el nivel de diligencia pactado) de manera que está garantizado un resultado mínimo, pero queda como contingente el elemento cuantitativo y/o cualitativo del resultado, según corresponda.

Fíjese que esta interpretación sobre la naturaleza del *best efforts underwriting* no agrava la posición de banco si tenemos en cuenta que en estos contratos se pactan condiciones precedentes a la colocación. Entre estas condiciones están la ausencia de un MAE (que nada malo le pase al emisor) o la ausencia de un MAC o Market MAC (que nada malo ocurra en los mercados financieros, la economía, la política u cualquier otro riesgo sistémico)<sup>48</sup>. Por ejemplo, si se produce un cambio adverso en los mercados financieros que impide que el banco pueda colocar exitosamente la deuda, podrá suspender el contrato sin responsabilidad mientras se haya incumplido la condición, e incluso –si así fue pactado– podría terminar el contrato. Pero si nada malo ha ocurrido, el banco –como agente financiero especializado– no tiene excusa en caso no pueda colocar ningún instrumento de deuda. Su experiencia le exige lograr un resultado mínimo, caso contrario, estará en incumplimiento contractual frente al emisor.

## VI. Reflexiones finales

Entre las reglas fundamentales del derecho de contratos se encuentra la libertad de elegir con quién contratar y la libertad de determinar el contenido del contrato. Este último significa que las reglas sobre contratos, en su mayoría, son reglas dispositivas y supletorias. Las normas imperativas son la excepción. Dentro este contexto, la ley de contratos (el Código Civil) es solo el punto de partida desde que las partes siempre podrán derogarla por pacto.

---

<sup>48</sup> Sobre el MAC en operaciones financieras, véase Molina Rey de Castro, Fernando. Las cláusulas MAC en financiamientos y adquisiciones. En Freddy Escobar & Cecilia O'Neill (eds). Ensayos de derecho contractual financiero. Lima, Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, 2013; Manzanares, Alberto. Una aproximación a la cláusula MAC (material adverse change) en los contratos de financiación sindicada a la luz de la jurisprudencia anglo-americana. Navarra, Thomson Reuters Aranzandi, 2016; García Long, Sergio. La estructura contractual de los financiamientos bancarios. En García Long, Sergio (ed). Derecho Contractual Financiero. Estudios en Homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su Centenario. Lima: PUCP, 2019.

Partiendo de esa premisa, el derecho de contratos es especialmente sensible a la circulación de modelos jurídicos. Un ejemplo concreto de esta circulación es la americanización contractual. Las operaciones corporativas y financieras se basan en un modelo contractual americano distinto al de la ley aplicable, por la simple razón que esta práctica propone cláusulas más adecuadas para las particulares necesidades de una compra de empresas, financiamiento y similares. Por ello, en estos contratos se pactan *conditions precedent*, *reps & warranties*, *MAC/MAE*, *best efforts*, *reverse termination fees*, y otras figuras contractuales que no tiene origen en el *Civil Law* y que no están reguladas por el Código Civil y que, a pesar de ello, son incluidas en contratos sujetos a ley civilista.

Esta contraposición exige a los abogados corporativos y financieros conocer correctamente el derecho de contratos nacional, luego la figura anglosajona y finalmente concluir si dicha figura anglosajona puede funcionar o no en terreno ajeno civilista, y de funcionar, cómo podría hacerlo. El estudio de los *best efforts*, *HHW* y *best efforts underwriting* pone a prueba lo advertido.

## Algunos apuntes sobre la deducción de gastos de responsabilidad social para efectos del Impuesto a la Renta

Tania Albarracín Cabrera\*

**Resumen.** – En el Perú, existen empresas que, debido a sus actividades, en su mayoría extractivas, necesitan incurrir en una serie de gastos para poder llevar una relación cordial con las poblaciones y comunidades ubicadas en sitios aledaños al lugar donde tales empresas desarrollan sus operaciones y así evitar conflictos sociales que pongan en peligro la actividad de la empresa, así como la seguridad de sus activos y trabajadores. Estos gastos son necesarios para que las empresas puedan lograr su pleno, pacífico, normal y continuo funcionamiento, y por tanto, deben ser considerados como deducibles para efectos del Impuesto a la Renta. En el presente artículo se analizan tres posibles formas o regímenes para lograr esta deducción.

**Abstract.** – In Peru, there are companies that, due to their activities, mostly extractive, need to make expenses in order to maintain a cordial relationship with the populations and communities located in places near the place where such companies carry out their operations and thus, avoid social conflicts that endanger the activity of the company as well as the safety of its assets and workers. These expenses are necessary so that companies can achieve their full, peaceful, normal, and continuous function, and therefore, they must be considered as deductible for Income Tax purposes. In this article, three possible ways or regimes to achieve this deduction are analyzed.

**Palabras claves.** - Gastos de responsabilidad social – Gastos por donaciones – Mejoramiento de carreteras.

**Keywords.** - Social responsibility expenditures – Donation expenditures – Road improvement – Road maintenance.

---

\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Tributación por la Universidad de Georgetown. Asociada Senior del Estudio Zuzunaga, Assereto & Zegarra Abogados.

## **I. Introducción**

En el Perú, las empresas que desean realizar actividades extractivas necesitan tener buenas relaciones con las poblaciones aledañas a los lugares donde desarrollarán tales actividades.

Se debe tener en cuenta que este tipo de actividades no suele realizarse cerca de las ciudades, sino que, más bien, se ejecutan en lugares alejados; en especial en la Sierra y Selva de nuestro país. Y es justamente en estos lugares alejados que la ausencia del Estado provoca en las poblaciones grandes expectativas ante la presencia de una empresa que va a desarrollar sus operaciones en zonas cercanas a donde ellas se encuentran establecidas.

Como es de público conocimiento, en caso estas expectativas no sean satisfechas, ello puede provocar conflictos entre las empresas y estas poblaciones que, en muchos casos, han derivado en toma de carreteras, destrucción de activos, secuestro de trabajadores de las empresas, entre otros hechos que buscan que estas expectativas sean atendidas<sup>1</sup>.

Es en este marco que varias de estas empresas cuentan con políticas corporativas de responsabilidad social, que las lleva a asumir ciertos costos para implementar proyectos y programas que promuevan el desarrollo económico y social de las localidades cercanas a las áreas en las que lleva a cabo sus actividades. La finalidad de implementar tales proyectos y programas tiene un enfoque preventivo. La idea es justamente evitar los impactos generados por el escalamiento de conflictos sociales, buscando un adecuado equilibrio con dicho entorno ambiental y social, al contar con el consenso social con la comunidad y el entorno en el que desarrolla respecto de las actividades de las empresas.

Al implementar estas políticas de responsabilidad social, se logra mantener una buena relación con la población, comunidades y autoridades de los distritos vinculados con la zona donde realizan sus actividades, y de esa manera les permite a las empresas identificar aquellas expectativas que se requieren satisfacer para lograr su pleno, pacífico, normal y continuo funcionamiento.

Para esto, se desarrollan e implementan diversos proyectos, sea directamente por la empresa o a través de terceros, privilegiando los temas más urgentes que hayan sido identificados como consecuencia de interactuar con las poblaciones. Se busca, de esa manera, lograr un desarrollo en términos sociales, culturales, económicos o de cualquier otra índole.

---

<sup>1</sup> Al respecto, podemos mencionar diversos casos que son de público conocimiento toda vez que han sido materia de difusión en varios medios de comunicación masiva a nivel nacional e internacional. Es el caso, por ejemplo, del Proyecto Conga de la empresa minera Yanacocha, que tuvo que ser cerrado debido a las movilizaciones y acciones de las comunidades que se vieron afectadas por el mismo. Asimismo, podemos mencionar el Proyecto Tía María de la empresa Southern Perú que enfrentó diversas paralizaciones provocadas por las poblaciones de la zona.

Asimismo, no puede perderse de vista que estas empresas tienen que cumplir con obligaciones contraídas con motivo del inicio o ejecución de sus actividades, tanto con el Estado Peruano a través de instrumentos tales como el Estudio de Impacto Ambiental, el Plan de Cierre de Minas, entre otros, así como con las poblaciones aledañas, a través de los acuerdos suscritos a través de Mesas de Diálogo, Actas de Compromiso, entre otros.

Ahora bien, dado que las empresas incurren en este tipo de desembolsos por necesidad para el buen funcionamiento de sus negocios, resulta necesario que los mismos puedan ser deducibles como gasto para efectos del Impuesto a la Renta.

En línea con lo antes señalado, en el presente trabajo mencionaremos tres formas o regímenes que podrían utilizar los contribuyentes para hacer deducibles tales desembolsos. Con este objetivo mencionaremos el tratamiento de los gastos por donaciones y gastos por infraestructura de servicio público, pero nos centraremos en la deducción de gastos que no tienen disposiciones especiales para su deducción pero que deben serlo debido a que cumplen con el principio de causalidad.

## **II. Deducción de gasto por donaciones**

Cuando las poblaciones y/o comunidades con las que las empresas extractivas desean relacionarse, se encuentran representadas por organizaciones o entidades sin fines de lucro debidamente inscritas en los Registros Públicos de la zona, o están efectivamente lideradas por autoridades estatales (de cualquier estamento del sector público), es posible que las empresas extractivas canalicen sus aportes y ayudas a través de ellas.

Para tal efecto, las empresas pueden donar bienes a estas organizaciones y entidades para que éstas, a su vez, las entreguen a las poblaciones y comunidades. Este tipo de donaciones tiene un tratamiento especialmente previsto en las normas del Impuesto a la Renta que explicamos a continuación.

### **i. La donación en materia civil**

Ahora bien, antes de siquiera empezar a ver el tratamiento tributario de estas donaciones, es necesario verificar que, en efecto, el acto del que estamos hablando sea una donación, de acuerdo con las normas del Código Civil del Perú.

Al respecto, mediante el artículo 1621° del Código Civil se ha establecido que, “Por la donación el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien”. Asimismo, conforme a lo previsto en los artículos 1623° y 1624° de dicho Código, la donación de bienes muebles cuyo valor supere el 25% de la UIT (S/1,100 en el ejercicio 2021), debe de realizarse por escrito de fecha cierta<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Al respecto, los artículos 1623° y 1624° establecen:

En la misma línea, mediante el artículo 1625° de dicho Código, se ha previsto que, la donación de bienes inmuebles debe realizarse por escritura pública<sup>3</sup>.

En ese sentido, antes de verificar los requisitos previstos en materia tributaria para la deducibilidad de la donación, sobre los cuales nos ocupamos a continuación, resulta necesario que, se verifique el cumplimiento de las formalidades establecidas en las normas sobre la materia.

## **ii. Impuesto a la Renta**

Al respecto, el inciso x) del artículo 37° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado mediante Decreto Supremo N°179-2004-EF (LIR), ha establecido que:

“A fin de establecer la renta neta de tercera categoría se deducirá de la renta bruta los **gastos necesarios para producirla y mantener su fuente, así como los vinculados con la generación de ganancias de capital**, en tanto la deducción no esté expresamente prohibida por esta ley, en consecuencia, son deducibles:

(...) x) Los gastos por concepto de donaciones otorgadas en favor de entidades y dependencias del Sector Público Nacional, excepto empresas, y de entidades sin fines de lucro cuyo objeto social comprenda uno o varios de los siguientes fines:(i) beneficencia; (ii) asistencia o bienestar social; (iii) educación; (iv) culturales; (v) científicos; (vi) artísticos; (vii) literarios; (viii) deportivos; (ix) salud; (x) patrimonio histórico cultural indígena; y otros de fines semejantes; siempre que dichas entidades y dependencias cuenten con la calificación previa por parte de la SUNAT. La deducción no podrá exceder del diez por ciento (10%) de la renta neta de tercera categoría, luego de efectuada la compensación de pérdidas a que se refiere el artículo 50.” (El resaltado es nuestro)

De las normas antes citadas se tiene que las donaciones serán deducibles de la renta bruta cuando sean causales y se realicen, entre otros, a favor de entidades y dependencias del Sector Público Nacional, así como organizaciones sin fines de lucro siempre que cuenten con la calificación previa por parte de la SUNAT y no excedan del 10% de la renta neta de tercera categoría de la empresa donante, luego de efectuada la compensación de pérdidas correspondiente.

---

“Artículo 1623.- La donación de bienes muebles puede hacerse verbalmente, cuando su valor no exceda del 25% de la Unidad Impositiva Tributaria, vigente al momento en que se celebre el contrato”.

Artículo 1624.- Si el valor de los bienes muebles excede el límite fijado en el artículo 1623, la donación se deberá hacer por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad.

<sup>3</sup> El artículo 1625° establece que “La donación de bienes inmuebles, debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad”.

Adicionalmente, mediante el inciso s) del artículo 21° del Reglamento<sup>4</sup> de la LIR (en adelante RLIR), se han establecido los requisitos específicos que deben ser cumplidos para que la donación resulte deducible. A continuación, mencionamos estos requisitos:

| <b>Donación de:</b> | <b>Formalidad</b>   | <b>Valor de la donación</b>                              | <b>Debe acreditarse mediante</b>   | <b>Datos del documento de acreditación</b>  |
|---------------------|---|--|--|---|
| Dinero              | -Si el valor de los bienes muebles excede el 25% de la UIT, la donación se deberá hacer por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad<br>-Se debe utilizar medios de pago  |  | Acta de entrega y recepción del bien donado y una copia autenticada de la resolución en la que se aceptó la donación | - Los datos de identificación del donante: nombre o razón social, número de Registro Único de Contribuyente, o el documento de identidad personal que corresponda, en caso de carecer de RUC.<br>- La fecha de la donación  |
| Bienes inmuebles    | Debe realizarse por escritura pública, con indicación individual del inmueble donado, de su valor real y de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad | No puede ser en ningún caso superior al costo computable | Acta de entrega y recepción del bien donado y una copia autenticada de la resolución en la que se aceptó la donación | - Los datos de identificación del donante: nombre o razón social, número de Registro Único de Contribuyente, o el documento de identidad personal que corresponda, en caso de carecer de RUC.<br>- Los datos que permitan identificar el bien donado, su valor, estado de conservación, así como la fecha de la donación. |

<sup>4</sup> Aprobado mediante Decreto Supremo N°122-94-EF publicado el 21 de setiembre de 1994 y normas modificatorias.

*Algunos apuntes sobre la deducción de gastos de responsabilidad social para efectos del Impuesto a la Renta*

|                |   |  |  |   |
|----------------|---|--|--|---|
| Bienes muebles | Si el valor de los bienes muebles excede el 25% de la UIT, la donación se deberá hacer por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad. En el instrumento deben especificarse y valorizarse los bienes que se donen. | No puede ser en ningún caso superior al costo computable | Acta de entrega y recepción del bien donado y una copia autenticada de la resolución en la que se aceptó la donación | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Los datos de identificación del donante: nombre o razón social, número de Registro Único de Contribuyente, o el documento de identidad personal que corresponda, en caso de carecer de RUC.</li> <li>- Los datos que permitan identificar el bien donado, su valor, estado de conservación, fecha de vencimiento que figure impresa en el rotulado inscrito o adherido al envase o empaque de los productos perecibles, de ser el caso, así como la fecha de la donación.</li> </ul> |
|----------------|---|--|--|---|

| Donación de:     | Ejercicio en que podrá deducirse el gasto   |
|------------------|---|
| Dinero           | Cuando se entregue el monto al donatario  |
| Bienes inmuebles | Cuando la donación conste en escritura pública  |
| Bienes muebles   | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Bienes muebles registrables, cuando la donación conste en un documento de fecha cierta en el que se identifique el bien donado, su valor y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario</li> <li>- Títulos valores, cuando éstos sean cobrados; y,</li> <li>- Otros bienes muebles, cuando la donación conste en un documento de fecha cierta en el que se especifiquen sus características, valor y estado de conservación. Se dejará constancia de la fecha de vencimiento que figure en el</li> </ul> |

|  |   |
|--|---|
|  | rotulado inscrito o adherido al envase o empaque de los productos perecibles, de ser el caso. |
|--|---|

*Fuente: Elaboración propia*

Ahora bien, repetimos que esta forma de deducción será de utilidad en tanto la empresa se encuentre con que las poblaciones y comunidades aledañas a su lugar de explotación sienten que están debidamente representadas por las autoridades estatales del lugar (en especial gobiernos locales) y/o por las entidades sin fines de lucro (como asociaciones) que operan en el sitio, puesto que de no ser así, no quedará más que realizar estas entregas o donaciones directamente a las comunidades, lo que no habilita a utilizar lo señalado en el inciso x) del artículo 37° de la LIR antes comentado.

Asimismo, en caso de que la empresa no tenga ingresos en determinado año, tendrá como consecuencia que perderá el gasto por lo donado siguiendo las reglas de la referida norma, que prevé que la deducción no podrá exceder del diez por ciento (10%) de la renta neta de tercera categoría de la empresa.

En tal sentido, a continuación, analizamos otros supuestos de deducción de los gastos bajo comentario.

### **III. Deducción de gasto por inversiones en infraestructura**

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 72° inciso d) de la Ley General de Minería<sup>5</sup> (LGM), las inversiones que efectúen los titulares de la actividad minera en infraestructura que constituyan servicio público, serán deducibles de la renta imponible, siempre que las inversiones hubieren sido aprobadas por el organismo del sector competente.

Al respecto, el reglamento<sup>6</sup> de la referida ley señala que el concepto de infraestructura de servicio público comprende entre otras, las obras viales, puertos, aeropuertos, obras de saneamiento ambiental, obras e instalaciones de energía, telecomunicaciones, salud, educación, recreación e infraestructura urbana. Se indica, además, que se considera que tales obras e inversiones constituyen servicio público, cuando puedan ser utilizadas por la colectividad organizada.

Para tal efecto, el mismo reglamento establece que la deducción de la renta imponible de estas inversiones sólo procederá en la proporción destinada a brindar servicio público, lo que deberá constar en la respectiva resolución de aprobación.

<sup>5</sup> Según el Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, publicado el 04 de junio de 1992 y normas modificatorias.

<sup>6</sup> Artículo 7° del Decreto Supremo N° 024-93-EM publicado el 07 de junio de 1993.

En cuanto al procedimiento, la norma reglamentaria<sup>7</sup> indica que el titular de actividad minera deberá presentar a la Dirección General de Minería una memoria descriptiva, presupuesto y cronograma de la inversión que se proponga realizar en infraestructura de servicio público. Se indica, además, que la Dirección General de Minería, dentro de los cinco días calendario siguientes a su recepción, bajo responsabilidad, remitirá dicho programa al Sector competente, el cual, en un plazo de treinta días calendario, contado a partir de la fecha de su recepción, resolverá sobre el mismo.

Es del caso mencionar que, mediante Resolución Ministerial N° 577-2007-MTC-02<sup>8</sup>, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) aprobó el Procedimiento de aprobación de inversiones en infraestructura vial de servicio público realizadas por empresas mineras, aplicable para la revisión de proyectos de inversiones presentados por los titulares de la actividad minera en infraestructura vial de servicio público de caminos, carreteras y ferrocarriles. En esta norma se describe el procedimiento interno que deban seguir los diversos órganos que componen el referido Ministerio, de acuerdo con las funciones que se establecen en su Reglamento de Organización y Funciones, para proceder con la evaluación y aprobación de las inversiones<sup>9</sup>.

Cabe señalar que el MTC, mediante el Oficio N° 041-2004-MTC/14 e Informe N° 001-2004-MTC/14.03, señaló que las inversiones en infraestructura que constituya servicio público no comprenden el mantenimiento de carreteras, pues éste no califica como obra vial de infraestructura. Agrega, que el concepto de obras viales está referido al proceso de materializar la infraestructura de las carreteras, ferrocarriles y viaductos.

Como se puede apreciar, la LGM y su reglamento tiene previsto un procedimiento establecido para que una empresa minera que invierta en infraestructura de servicio público pueda deducir los costos de su inversión para efectos del Impuesto a la Renta. Así también, tratándose de obras de infraestructura vial, el MTC ha establecido un procedimiento para la aprobación de este tipo de inversiones. Por lo tanto, corresponde preguntarse si este procedimiento realmente ha resultado útil a lo largo de los años.

A tal efecto, debemos tener en cuenta que la LGM prevé este procedimiento desde el año 1992, es decir, hace casi 29 años, mientras que el procedimiento del MTC ha fijado su procedimiento interno desde el año 2007, esto es, hace ya 14 años. No obstante, a la fecha no hemos tomado conocimiento de más de un único caso aprobado justamente por el MTC. Se trata de la Resolución Viceministerial N°609-2008-MTC/02<sup>10</sup>, de fecha 14 de julio de 2008. Mediante esta resolución se aprobó

---

<sup>7</sup> Artículo 8° del mismo reglamento.

<sup>8</sup> Publicado el 08 de octubre de 2007.

<sup>9</sup> Debemos mencionar que no tenemos conocimiento de que otro ministerio haya establecido un procedimiento de esta naturaleza para la aprobación de inversiones de infraestructura según lo establecido en la LGM.

<sup>10</sup> Obtenida mediante solicitud de acceso a la información pública presentada ante el MTC.

la inversión vial relativa al Proyecto “Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Chilete – San Pablo – Empalme Ruta 3N Km. 25 (Carretera Cajamarca – Bambamarca)”, efectuada por la empresa Minera Yanacocha S.R.L. En esta resolución se fija en 100% la proporción de la infraestructura vial destinada a brindar servicio público del referido proyecto.

De nuestra experiencia, aun cuando este procedimiento se encuentra reglamentado, en la práctica, resulta bastante engorroso de cumplir, motivo por el cual las empresas mineras no suelen recurrir al mismo cuando necesitan realizar inversiones en infraestructura cuando así lo requieren, por ejemplo, las comunidades o poblaciones aledañas al sitio de la mina.

Ante ello, algunos señalarán que justamente por ese motivo existe ya otra opción como es hacer este tipo de obras de infraestructura mediante la alternativa de obras de impuestos<sup>11</sup>. Sobre esto último, si bien no es parte del presente trabajo analizar esta opción, debe tenerse presente que la misma implica la celebración de convenios entre empresas privadas y entidades del Sector Público para financiar o ejecutar, con cargo a futuros fondos públicos, proyectos de inversión, a cambio de una retribución materializada en un documento representativo de deuda pública denominado Certificado de Inversión Pública. Esta sería una opción bastante segura pensando en una futura probanza, sin embargo, debe tenerse presente que también implica seguir un procedimiento de varios pasos, que la empresa deberá analizar si vale la pena seguir dependiendo del tamaño de la inversión en infraestructura que se tiene pensado realizar.

#### **IV. Deducción de gasto por causalidad**

Ahora bien, de la práctica, se tiene que no siempre lo que debe entregar o prestar una empresa extractiva o lo que las comunidades le solicitan, está vinculado con obras de infraestructura a las que se les pueda aplicar el régimen dispuesto en la LGM antes mencionado. Como indicamos anteriormente puede pasar que estas poblaciones no están organizadas en entidades sin fines de lucro debidamente inscritas en registros públicos, así también puede suceder que estas comunidades no se sientan representadas por las autoridades locales ni por otro funcionario estatal de la zona, con lo cual no se puede recurrir a éstos para canalizar las ayudas. En estos casos la empresas deberá coordinar directamente con los representantes de las comunidades a efectos de conocer sus necesidades y requerimientos con miras a implementar proyectos y programas que satisfagan las expectativas de dichas comunidades y así poder llevar buenas relaciones con la comunidad.

Así, corresponde que las empresas entreguen bienes y servicios directamente a las comunidades y sus pobladores con la finalidad de lograr la paz social y poder

---

<sup>11</sup> Según lo normado en el Decreto Supremo N° 294-2018-EF, Texto Único Ordenado de la Ley N° 29230, Ley que impulsa la inversión pública regional y local con participación del Sector Público; la Ley N° 30264, Ley que establece medidas para promover el crecimiento económico, y normas reglamentarias.

ejecutar sus actividades con normalidad.

De esa manera, las mencionadas entregas de bienes y servicios no se realizarían sin un objetivo, sino que, por el contrario, están asociadas estrechamente a permitir que las empresas puedan continuar produciendo rentas gravadas, así como para proteger las instalaciones que permiten que se puedan producir tales rentas. En tal sentido, corresponde analizar si los desembolsos vinculados con las mismas pueden ser deducidos como gasto para efectos del impuesto a la renta.

#### **i. El principio de causalidad**

De acuerdo con la LIR, para que un desembolso pueda ser aprovechado tributariamente (esto es, sea calificado como un costo o gasto deducible para efectos de determinar la renta neta imponible del citado impuesto), el mismo debe encontrarse vinculado con la generación de rentas gravadas -incluyendo las ganancias de capital- o con el mantenimiento de su fuente productora; lo que se conoce como “principio de causalidad”, de conformidad con el primer párrafo del artículo 37° de la LIR<sup>12</sup>.

Para tal efecto, debe entenderse que los gastos cumplen con este principio cuando sean “normales para la actividad que genera la renta gravada, así como cumplir con criterios tales como razonabilidad en relación con los ingresos del contribuyente (...)”, de acuerdo con la Tercera Disposición Final de la Ley N° 27356.

Ahora bien, la LIR recoge el Principio de Causalidad, como regla general para admitir la deducibilidad o no de los gastos, siendo admisibles aquellos que guarden una relación con la generación de la renta gravada o con el mantenimiento de la fuente en condiciones de productividad, que sean gastos normales de acuerdo con el giro del negocio o que guarden cierta proporción con el volumen de las operaciones y que sean razonables en relación con los ingresos del recurrente.

En este sentido, se pronuncia García Mullin<sup>13</sup> cuando señala que “del propio principio de causalidad surgen implícitos algunos de los caracteres que deben revestir los gastos para ser deducibles: ser necesarios (algunas legislaciones hablan de ‘imprescindibles’) para obtener o mantener la fuente; ser normales de acuerdo con el giro del negocio, mantener cierta proporción con el volumen de operaciones, etc.”.

---

<sup>12</sup> Artículo 37.- A fin de establecer la renta neta de tercera categoría, se deducirá de la renta bruta los gastos necesarios para producirla y mantener su fuente, así como los vinculados con la generación de ganancias de capital, en tanto la deducción no esté expresamente prohibida por esta ley.”

<sup>13</sup> GARCÍA MULLIN, Juan Roque. Impuesto sobre la Renta. Teoría y Técnica del Impuesto. Santo Domingo. Instituto de Capacitación Tributaria, 1980. pág. 122.

Ahora bien, el Tribunal Fiscal en reiterada jurisprudencia, tales como las Resoluciones N° 710-2-99 y 1275-2-2004 ha considerado lo siguiente:

“Principio de Causalidad es la relación de necesidad que debe establecerse entre los gastos y la generación de renta o el mantenimiento de la fuente, noción que en nuestra legislación es de carácter amplio pues se permite la sustracción de erogaciones que no guardan dicha relación de manera directa; no obstante ello, el Principio de Causalidad debe ser atendido, por lo cual para ser determinado deberán aplicarse criterios adicionales como que los gastos sean normales de acuerdo al giro del negocio o éstos mantengan cierta proporción con el volumen de las operaciones, entre otros”.

Conforme a lo expuesto, se desprende que los gastos normales y necesarios a los que se refiere la norma citada, así como la jurisprudencia fiscal vinculada a la generación de la renta gravada y al mantenimiento de la fuente, son aquellos en los que la empresas incurren cotidianamente, o en forma concurrente y, todos aquéllos que cumpliendo o no con los dos criterios anteriores, responden a decisiones empresariales vinculadas directa o indirectamente a la generación de ingresos, siempre y cuando su deducción no se encuentre expresamente prohibida por las normas del Impuesto a la Renta.

En consecuencia, se entiende que los gastos necesarios y normales, es decir, los que son deducibles a efectos tributarios, no son únicamente los típicos incurridos en el desarrollo ordinario de las actividades empresariales, sino también aquellos atípicos que, directa o indirectamente, tengan por objeto la obtención de beneficios para la empresa, vale decir que cumplan con el principio de causalidad, como son los gastos por responsabilidad social.

Ahora bien, para analizar cómo se ha venido pronunciando la SUNAT, el Tribunal Fiscal y el Poder Judicial sobre este tipo de gastos, los separaremos en dos grupos: el primero conformado por pronunciamientos sobre la entrega de bienes y servicios diversos en general y el segundo conformado por pronunciamientos sobre mantenimiento y mejoramiento de canales, caminos y carreteras.

## **ii. Entrega de bienes y servicios diversos**

### **A. Gastos considerados como liberalidad**

En cuanto a la entrega de bienes y servicios diversos hemos identificado un primer grupo de pronunciamientos en los cuales el Tribunal Fiscal, mediante las Resoluciones N°7263-1-2004, 01932-5-2004, 4807-1-2006, 013558-3-2009, 09478-1-2013, entre otras, consideró que los gastos de responsabilidad social no cumplían con el principio de causalidad, por lo que calificaban como actos de liberalidad, de acuerdo con lo establecido en el inciso d) del artículo 44° del RLIR.

No obstante, cabe precisar que ya en el año 2005, mediante la Resolución N°01424-5-2005, el Tribunal Fiscal precisó que resultaba razonable que las

empresas que se dedican a actividades mineras adquieran insumos para el cuidado o tratamiento de tierras agrícolas como parte de sus programas de responsabilidad social y protección del medio ambiente.

B. Gastos para evitar conflictos

Un segundo grupo identificado es aquel que reúne resoluciones en las que, tanto el Tribunal Fiscal como el Poder Judicial precisaron que los gastos vinculados a la adquisición de bienes y servicios otorgados o prestados a las comunidades próximas al área de operaciones de una empresa eran deducibles, toda vez que los mismos se realizan a efectos de evitar conflictos sociales que puedan afectar el normal desarrollo de las operaciones de la empresa.

En efecto, mediante diversas resoluciones, que iremos desarrollando más adelante, el Tribunal Fiscal reconoció la deducibilidad de dichos gastos. Asimismo, precisó que los gastos efectuados por concepto de responsabilidad social corporativa no constituyen meros actos de liberalidad, sino, por el contrario, instrumentos legítimos utilizados por las empresas para la generación y/o mantenimiento de sus ingresos, y también de la respectiva fuente productora.

Adicionalmente, el Poder Judicial, mediante las Casaciones N°2565-2008, 2743-2009, y 133-2015, establece que los gastos efectuados en beneficio de integrantes de comunidades nativas aledañas a los lugares de operaciones de una empresa son necesarios y causales, toda vez que, de no efectuarse, se puede entorpecer las actividades de la misma.

En ese sentido, el Tribunal Fiscal, en la Resolución N° 10983-9-2019, en un caso en el que la recurrente señalaba que había entregado panetones y juguetes para evitar conflictos sociales, señaló lo siguiente:

“Que de lo expuesto se tiene que los gastos efectuados por concepto de responsabilidad social no constituyen meros actos de liberalidad sino por el contrario instrumentos legítimos utilizados por las empresas para la generación y mantenimiento de sus ingresos con el objetivo que los servicios contratados se orienten a favorecer las relaciones públicas entre la recurrente y la población donde desarrollan sus actividad generadora de renta y en este sentido tales erogaciones debidamente acreditadas y sustentadas se enmarcan dentro del principio de causalidad a que se refiere el primer párrafo del artículo 37 dela ley del impuesto a la renta.

Que estando a que la Administración indica haber verificado que los panetones y juguetes cuyas compras observó fueron destinadas a la población de las comunidades (...) que se ubican a los alrededores donde la recurrente realiza sus operaciones empresariales y suponen acciones que tienen por objeto mantener las buenas relaciones entre la empresa la

comunidad y su entorno las que a su vez redundan en la continuidad de sus operaciones generadoras de renta gravable se concluye que aquella califican como gastos efectuados por concepto de responsabilidad social corporativa careciendo de sustento lo señalado por la administración en sentido contrario”

Así, podemos mencionar a un grupo numeroso de resoluciones<sup>14</sup>, referidas a una conocida empresa petrolera en su actuación directa o a través de su participación a través de un consorcio, en las que el Tribunal Fiscal acepta la deducción de los gastos por entrega de diversos bienes y servicios a comunidades nativas aledañas al lugar donde se encontraba su yacimiento, pues tales entregas tenían como finalidad evitar conflictos sociales.

De entre esas resoluciones, creemos que vale la pena mencionar las Resoluciones N° 016591-3-2010, 07709-9-2018 y 00463-10-2016 mediante las cuales el Tribunal señala lo siguiente:

“Que (...) contrariamente a lo sostenido por la Administración Tributaria, **el principio de causalidad no puede ser analizado de una forma restrictiva sino más bien amplia, comprendiendo en él todo gasto que guarde relación no solo con la producción de rentas, sino con el mantenimiento de la fuente, siendo que esta relación puede ser directa o indirecta**, debiendo analizarse en este último caso conforme con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Que así, en el caso de autos, esta instancia considera que **los gastos efectuados** por la recurrente no respondieron a una simple liberalidad, puesto que no se realizaron sin que se buscara con ello una finalidad concreta, sino que por el contrario, **fueron realizados a efecto de evitar conflictos sociales que directamente pudieran afectar el normal funcionamiento de su yacimiento y demás instalaciones**, siendo importante mencionar que si bien en el periodo objeto de autos no se habría producido la toma de los pozos petroleros, por las características de la actividad desarrollada por la recurrente y de la zona en que esta se efectuaba, tal posibilidad era patente, tal es así que en periodos posteriores ello se produjo, habiendo motivado la paralización de las actividades productivas de la recurrente e incluso la intervención de representantes del Gobierno Central, la Defensoría del Pueblo y de la sociedad civil con la finalidad de solucionar la situación de conflicto” (El resaltado es nuestro).

---

<sup>14</sup> Como por ejemplo las Resoluciones N° 016591-3-2010, 14207-10-2014, 00463-10-2016, 02503-1-2017, 10534-9-2018, 07822-9-2018, 07709-9-2018, 07434-9-2018, 06830-9-2018, 06662-9-2018, 04947-9-2018, 07223-3-2018, 07234-3-2018, 07768-1-2018, 5433-1-2018, 05607-3-2018, 00431-3-2018, 08182-1-2018, 08376-9-2019, 06585-9-2019, 02546-9-2019, 09185-4-2019, 02120-4-2019, 00856-3-2019, 06745-3-2019, 00690-3-2019, 05551-1-2019, 01312-1-2019, 8302-9-2019, 06551-4-2019, 02877-1-2019 entre otras.

Así también, en la Resolución N° 07223-3-2018, citando lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Exp. 0048-2004-PI/TC del 01/04/2005, se indica:

“El desarrollo sostenible o sustentable requiere de la responsabilidad social ello implica la generación de actitudes y comportamientos de los agentes económicos y el establecimiento de políticas de promoción y el desarrollo de actividades que en función del aprovechamiento y uso de los bienes ambientales procuren el bien común y el bienestar general a la vez que agregó que en el marco del Estado social y democrático de derecho de la economía social de Mercado y del desarrollo sostenible la responsabilidad se constituye en una conducta exigible a las empresas de forma ineludible

Asimismo, cabe precisar que, a diferencia de otros casos resueltos por el Tribunal Fiscal citados por la Administración, en el presente caso los gastos realizados tienen destinatarios concretos e identificados que pertenecen a las comunidades nativas involucradas en los conflictos sociales, lo que evidencia el interés de la recurrente en efectuar las erogaciones objeto de reparo a fin de mantener el normal desarrollo de sus actividades en los pozos o yacimientos”.

#### C. Posición de la SUNAT

Ahora bien, para analizar cómo se ha venido pronunciando la SUNAT, el Tribunal Fiscal y el Poder Judicial sobre este tipo de gastos, los separaremos en dos grupos: el primero conformado por pronunciamientos sobre la entrega de bienes y servicios diversos en general y el segundo conformado por pronunciamientos sobre mantenimiento y mejoramiento de canales, caminos y carreteras.

No obstante que, a la fecha, se cuenta con numerosas resoluciones del Tribunal Fiscal que se pronuncian en el sentido antes mencionado, esto es, que se debe permitir la deducción de gastos por entrega de bienes y servicios a las comunidades para evitar posibles conflictos, debemos llamar la atención que la SUNAT, a pesar de ello, continúa teniendo una posición contraria al mismo. Así, por ejemplo, en la Resolución N° 06745-3-2019, se recoge la posición de la SUNAT, que según se aprecia señala lo siguiente:

“(…) la recurrente contabilizó como gasto, desembolsos o erogaciones voluntarias realizadas por la entrega de bienes y por servicios realizados a favor de comunidades nativas asociaciones o federaciones representativas de dichas comunidades y pobladores de las zonas de influencia de los contratos de producción petroleros aledañas a los lotes 56 y 88 los cuales constituyen actos de liberalidad dado que si bien la contribuyente señaló que los gastos reparados constituían gastos necesarios para evitar que los pobladores entorpezcan la realización de

sus operaciones en sus instalaciones petroleras **no acreditó dicha información con documentación competente como denuncia policial o pedido de intervención fiscal que acredite la existencia del riesgo de paralización de sus operaciones habituales** sin embargo aun cuando la contribuyente hubiera acreditado ello no se aprecia la existencia de una obligación legal o contractual asumida por esta respecto a dichas comunidades por lo que no existe una relación de causalidad entre el concepto reparado y la generación de renta gravada o el mantenimiento de la Fuente no existiendo conexión alguna entre el giro de la contribuyente ( exploración y explotación comercial del petróleo) y la prestaciones gratuitas por cuenta propia a los habitantes de las comunidades nativas por lo que concluye que los desembolsos efectuados no cumplen con el principio de causalidad y deben ser calificados como actos de liberalidad”. (el resaltado es nuestro)

De igual manera, en la Resolución N° 10983-9-2019, se aprecia que la SUNAT tenía el siguiente criterio:

“(…) la entrega de juguetes y panetones a las comunidades constituyen un acto de liberalidad por lo que su deducción no sería permitida para efectos del impuesto a la renta y que si bien la recurrente alega que la donación de los bienes antes descritos le permitió ejecutar sus labores en un ambiente de tranquilidad social así como a asumir los costos correspondientes a los daños del medio ambiente como parte del cumplimiento de su responsabilidad social como empresa minera **no se acreditó que estuviera en riesgo la tranquilidad social de manera que existieran peligros de paralización de sus operaciones u otra forma que afectará su producción**, ni existe en nuestro ordenamiento jurídico nacional obligación legal respecto de la entrega de bienes a título gratuito favor de comunidades beneficiadas” (el resaltado es nuestro)

Como se puede apreciar de las citas antes mencionadas, la SUNAT, si bien acepta que pueden existir desembolsos vinculados con entregas de bienes y servicios a las comunidades a fin de evitar conflictos, exige, que se pruebe que la empresa cuestionada muestre evidencias de que en realidad se encontraba ad- portas de un conflicto o bajo alguna clase de amenaza. Al respecto, debe tenerse presente que, si bien en muchos casos este tipo de amenazas e indicios salen publicadas en las noticias, existen también muchos otros en los que no es posible documentarlas. Además, en la práctica, los miembros de las comunidades no envían a las empresas cartas firmadas en las que comuniquen sus intenciones de cerrar una carretera o secuestrar ingenieros, por ejemplo. Asimismo, debe considerarse que, en la mayoría de los casos, no es posible contar con presencia policial en la zona y mucho menos es factible contar con la presencia de un fiscal que pueda acreditar la amenaza o el riesgo a que se ve sometida la empresa. En tal sentido, consideramos que debe tenerse en cuenta la potencialidad del conflicto,

debido al tipo de actividad que realiza la empresa extractiva, al momento de evaluar la deducción de los gastos.

D. Gastos por cumplimiento de obligaciones

También se observa que el Tribunal Fiscal considera que, de acuerdo a lo establecido en el primer párrafo del artículo 37° de la LIR, son deducibles los gastos de responsabilidad social vinculados a: (i) mitigación, (ii) obligaciones establecidas en el Estudio de Impacto Ambiental, (iii) obligaciones legales de la empresa como convenios con las comunidades, (iv) obligaciones establecidas en el plan de cierre de minas y (v) políticas de responsabilidad social.

Así, por ejemplo, tenemos el caso analizado en la Resolución N° 07676-3-2019, en el cual una empresa petrolera aducía que “dentro de su plan de manejo ambiental se reveló el plan de relaciones comunitarias del proyecto en el cual se considera o que, por la ubicación y naturaleza de la prospección sísmica, las actividades de exploración afectarían a los pobladores y pescadores de las caletas y centros poblados”, lo cual se veía básicamente en la rotura de redes de pesca, por lo que se veía obligada a indemnizar a los pescadores por las redes rotas.

Al respecto, la SUNAT no aceptó la deducción de dicho gasto señalando que no formaba parte de una política indicando que “un gasto de responsabilidad social (...) supone necesariamente el diseño, implementación y ejecución por parte de la empresa de programas integrales que tengan como finalidad el desarrollo económico y social de la comunidad local adyacente a sus centros productivos con la finalidad de mitigar cualquier contingencia y conflicto social”

Sobre el particular, el Tribunal Fiscal levanta el reparo luego de analizar el contenido del plan de relaciones comunitarias de la empresa, señalando lo siguiente:

“Qué del contenido del citado estudio se concluye que las erogaciones materia de cuestionamiento sí formaban parte de un conjunto de políticas o programas que conlleven al bienestar económico y social de los pescadores dentro del área de influencia del proyecto (...) los cuales resultaban de obligatorio cumplimiento para la recurrente y las comunidades y o gremios de pescadores ubicados en el área de influencia del proyecto tal como se aprecia de los reportes institucionales de entidades públicas proporcionados por la recurrente”.

Así también, resulta importante mencionar la Resolución N° 11000-1-2017, en la cual la empresa recurrente presentó como documentación de sustento de sus gastos por responsabilidad social, entre otros, el Estudio de Impacto Ambiental, planes de relaciones comunitarias, programas de inversión

social, Resumen de los proyectos sociales ejecutados en el área de influencia, Memoria Anual de la empresa, Procedimiento de donaciones y gastos en gestión social (inversión social) que establece los lineamientos adoptados para gestionar sus procesos de donaciones y gastos de gestión social, Convenios de donación con las comunidades, actas de entrega y cartas de agradecimiento de las comunidades.

En ese caso, el Tribunal Fiscal procede a analizar cada entrega, siendo que cuando la misma formaba parte de la política de responsabilidad social y dentro del área de influencia, aceptaba su deducción. Del mismo modo se acepta la deducción cuando mediaban convenios de donación con la comunidad. Así, se acepta la deducción de gastos por bandas de música, talleres de desarrollo de capacidades, medicinas, agua mineral, entre otros.

#### E. Acreditación de las entregas

Ahora bien, teniendo claro que los gastos de responsabilidad social son deducibles en aplicación del principio de causalidad, no debe perderse de vista que, para que se permita su deducción, resulta necesario que las empresas que incurren en este tipo de gastos cuenten con la documentación sustentatoria necesaria para cada caso que demuestre que se incurrió efectivamente en este tipo de gastos.

Debe recordarse que, según lo señalado por el Tribunal Fiscal en diversas resoluciones, como por ejemplo en las N°s 2411-4-96 y 2439-4-96, para que un gasto sea deducible se requiere documentación que acredite fehacientemente el destino del gasto y, de ser el caso, su beneficiario. En ese sentido, se señala que deberá sustentarse que realmente existió la operación, así como, presentarse documentación sustentatoria adicional respecto al destino del gasto. Agrega que, bajo este esquema se encuentran, por ejemplo, los contratos celebrados con clientes de la empresa, guías de remisión que acrediten el destino de los obsequios, libros contables en los cuales figure el registro de gastos, comunicaciones epistolares entre la empresa y su cliente. Menciona también documentos sustentatorios como cartas, e-mail, fax, informes enviados o recibidos, cheques emitidos, entre otros.

Cabe agregar que, en abundantes pronunciamientos, como el contenido en la Resolución N° 07374-2-2007, el Tribunal Fiscal ha dejado establecido que para tener derecho a la deducción de gastos, no basta con acreditar que se cuenta con los comprobantes de pago que cumplen con los requisitos sustanciales y formales establecidos en las normas y respalden las operaciones realizadas ni demostrar su registro contable, sino que fundamentalmente es necesario acreditar que dichos comprobantes en efecto correspondan a operaciones reales o existentes, es decir, que se hayan producido en la realidad.

Asimismo, en las Resoluciones del Tribunal Fiscal N°s 120-5-2002 y 3708-1-2004, se ha señalado que los contribuyentes deben mantener al menos un nivel mínimo indispensable de elementos de prueba que acrediten que los comprobantes que sustentan su derecho correspondan a operaciones reales.

Teniendo esto en mente, corresponde analizar con qué tipo de documentos debería contar una empresa para acreditar no solo que tenía derecho al gasto, esto es que cumple el principio de causalidad, sino que efectivamente incurrió en él.

Al respecto, el Tribunal Fiscal ha sido consistente en solicitar que se acredite la entrega efectiva de los bienes o servicios a las comunidades, sea mediante actas de entrega, cartas de requerimientos y agradecimientos, acuerdos suscritos por ambas partes a la entrega de los bienes, planillones en los que figure la asistencia de pobladores a cursos y talleres, constancias de recepción, actas de verificación levantadas por jueces de paz, informes de entidades estatales en las que se dé cuenta de las actividades realizadas por la empresa, listados en los que figure la firma y/o huella digital de pobladores al recibir bienes, entre otros.

Así por ejemplo, en la Resolución N° 05150-11-2018, respecto de diversos servicios prestados a la Comunidad de Andahuasi, el Tribunal Fiscal aun cuando no cuestiona que ese tipo de gastos pueda ser causal para la empresa, no levantó el reparo efectuado por la SUNAT pues señaló que “la recurrente no ha presentado durante la fiscalización las pruebas fehacientes adicionales a los registros contables que acrediten que los gastos reparados fueron destinados efectivamente a la comunidad de Andahuasi”

Lo mismo sucede en la Resolución N° 11000-1-2017, antes mencionada, en la cual el Colegiado analiza cada uno de los desembolsos efectuados por la empresa a favor de las comunidades, tomando en cuenta no solo la documentación que acredita la obligación de entrega, sino también que se pueda verificar en cada caso, la efectiva entrega de los bienes y servicios a los miembros de la comunidad, para lo cual examina actas de entrega y cartas de agradecimiento de las comunidades.

Respecto de este punto, existe un caso que nos llama la atención, contenido en la Resolución N° 09625-2-2019, en la cual se analiza un supuesto en el que una empresa minera realiza gastos de responsabilidad social, pero para ello, no efectúa directamente la entrega de los bienes y servicios a las comunidades, sino que contrata a un tercero para que este realice tal entrega y luego le reporte sus actividades. Por este motivo, la empresa minera contaba como documentación sustentatoria, además del contrato y comprobante de pago respectivos, con informes elaborados por el proveedor sobre las actividades desarrolladas.

Al respecto, el Tribunal Fiscal mantiene el reparo señalando lo siguiente:

“De los informes y los consolidados de actividades emitidos por el proveedor a la recurrente se aprecia que detalla las actividades que había realizado en dichos meses tales como programas de visitas personalizadas a principales autoridades y líderes de las áreas de influencia, atención a las emergencias presentadas por las inundaciones, actividades para la toma de mano de obra no calificada contratada con sistema rotativo, donación de útiles escolares, capacitaciones de cómputo a docentes, reuniones con directivos del club de madres para planificar actividades en beneficio de la población, entre otras; **no obstante, aquellos no cuentan con alguna constancia de recepción y conformidad por parte de la recurrente ni la fecha en que habría incurrido ello** aunado a que no acreditan la realidad de servicios que detallan debido a que no se adjuntó documentación adicional que sustentará la prestación de los mismos.

(...) En tal sentido si bien resultaría razonable que la recurrente hubiera adquirido los servicios observados no presentó medios probatorios o documento sustentatorio suficiente que demostrar a la efectiva realización de las operaciones a qué se refieren los comprobantes de pagos emitidos en los términos expuestos en ellos a pesar de que fue requerida por la administración” (el resaltado es nuestro).

Debe notarse que, en este caso, la relación contractual es entre la empresa minera y su proveedor, por lo que, en principio, debería bastar la documentación emitida con motivo de dicha relación como los informes que éste presentó sobre el trabajo realizado. Sin embargo, tanto la SUNAT como el Tribunal van más allá, solicitando que se acredite, además, que el proveedor, es decir un tercero, efectivamente entregó los bienes y servicios a las comunidades.

#### F. Documentación de soporte

Habiendo revisado los criterios antes mencionados, consideramos conveniente que, a efecto que las empresas sustenten el gasto por entrega de bienes y servicios a las comunidades, deban:

- a. Contar y conservar documentación de sustento antes, durante y después de la entrega de los bienes y servicios. Así, por ejemplo: (i) antes: las cartas o comunicaciones de las comunidades solicitando determinado bien o servicio, (ii) durante: actas de entrega, videos, planillas con firmas de los asistentes a talleres, etc, (iii) después: cartas de agradecimiento, menciones en medios de comunicación de la localidad, entre otros.
- b. Establecer claramente en los documentos de la empresa tales como el Estudio de Impacto Ambiental, los planes de relaciones comunitarias,

plan de cierre de minas, entre otros, los lineamientos adoptados para gestionar las entregas y gastos de gestión social.

- c. Verificar que la población o comunidad que recibe los bienes y servicios pertenezca al área de influencia de la actividad extractiva de la empresa que realiza la entrega. De no pertenecer propiamente al área de influencia, tener documentado los motivos por los cuales resulta necesario hacer entrega de bienes y servicios a tales poblaciones.
- d. De ser el caso, intentar documentar los casos de conflicto, mediante noticias, inspecciones fiscales y policiales.
- e. Documentar también el éxito de las medidas tomadas, es decir, demostrar cómo así las entregas de bienes y servicios tuvieron como resultado la aceptación de la actividad extractiva en la localidad, por ejemplo, a través de encuestas de satisfacción realizadas antes y después de las entregas.

### **iii. Mantenimiento y mejoramiento de carreteras**

Como indicamos anteriormente, en el Perú, la mayoría de las actividades extractivas se realizan en lugares alejados de las zonas urbanas en las cuales, la mayoría de las veces, no se cuenta con vías de acceso idóneos para realizar cualquier tipo de actividad.

Es por ello que, en nuestra experiencia, uno de los principales anhelos de las comunidades aledañas a los sitios donde las empresas desarrollan ese tipo de actividades, es justamente poder contar con una vía adecuada que les permita conectarse con otros lugares del Perú utilizando vehículos de transportes. Y es que, en la mayor parte de casos, lo que se suele encontrar son caminos ancestrales de tierra que no permiten el paso de vehículos y a veces, ni siquiera eso.

Ahora bien, contar con vías de acceso adecuadas también es una necesidad de las empresas extractivas que requieren movilizar a sus trabajadores, contratistas, llevar componentes de la infraestructura al sitio del yacimiento, mover maquinaria pesada y sacar el mineral, entre otros, lo que en buena cuenta significa que el tener estas vías en condiciones óptimas resulta necesario para la ejecución de sus actividades generadores de ingresos gravados con el Impuesto a la Renta. Estas vías suelen encontrarse fuera de los terrenos superficiales de propiedad de la empresa destinados a su propio proyecto, es decir, no se trata de vías que se encuentran dentro de propiedad privada sino de vías públicas y en terrenos de propiedad de terceros (del Estado Peruano y bajo la autoridad de Provias Nacional o alguna municipalidad).

Teniendo en cuenta lo anterior, los desembolsos que incurran las empresas para mantener o mejorar una vía, como carreteras y caminos, estarán vinculados con las actividades propias e indispensables para la realización de sus actividades, tanto

porque le permitirá mantenerse en buenas relaciones con la comunidad adyacente al yacimiento como porque le dará la posibilidad de ejecutar propiamente su actividad extractiva.

En tal sentido, tales desembolsos no constituyen una liberalidad y sí, por el contrario, cumplen con el principio de causalidad y deberán ser considerados como gasto deducible para efectos del Impuesto a la Renta de la empresa.

Sin embargo, esta conclusión no es compartida por la SUNAT, quien suele reparar este tipo de gastos por considerarlos liberalidades y podría, además, no ser compartida tampoco por el Tribunal Fiscal quien ha tenido una línea jurisprudencial no uniforme. Por su parte, el Poder Judicial (especialmente la Corte Suprema) ha mantenido una línea unánime favorable consistente en aceptar la deducibilidad del tipo de gastos bajo comentario.

Con este objetivo, en el siguiente punto revisaremos los pronunciamientos emitidos tanto por el Tribunal Fiscal como por el Poder Judicial específicamente sobre este tipo de desembolsos.

#### A. Evolución de pronunciamiento del tribunal fiscal

Para empezar, debemos tener presente que mantener o mejorar un camino o carretera no implica la creación de una nueva, sino la realización de trabajos que, en el primer caso permitan que se siga utilizando la vía en las condiciones en que fue elaborada mientras que en el segundo caso implica modificar las características existentes de la vía para elevar sus estándares<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> De acuerdo con el "Glosario de términos de uso frecuente en los proyectos de infraestructura vial", aprobado por Resolución Directoral N° 02-2018-MTC/14, se entiende por mantenimiento y mejoramiento lo siguiente:

- **MANTENIMIENTO o CONSERVACIÓN PERIÓDICA:** Es el conjunto de actividades, programables cada cierto período, que se realizan en las vías para recuperar sus condiciones de servicio. Estas actividades pueden ser manuales o mecánicas y están referidas, principalmente, a: i) reposición de capas de rodadura, reciclado de pavimento, recapeo, colocación de capas nivelantes, tratamientos superficiales y sellos, ii) aplicación de soluciones básicas, técnicamente evaluadas y ambientalmente sostenibles, en las capas de rodadura, iii) reparación puntual de capas inferiores del pavimento, iv) reparación puntual de: túneles, muros, sistema de drenaje, elementos de seguridad y señalización, v) reparación puntual de la plataforma de la carretera, que puede incluir elementos de drenaje y actividades que contribuyan a la estabilidad de la misma, y vi) reparación puntual de los componentes de los puentes, tanto de la superestructura, como de la subestructura. Este tipo de actividades se realizan por la modalidad de ejecución presupuestaria directa o indirecta; siendo que, en este último caso, se sustentarán en términos de referencia formulados en base a los "Estudios de Mantenimiento o Conservación Vial por Niveles de Servicio" o en "Criterios Básicos de Ingeniería", previamente aprobados.
- **MANTENIMIENTO O CONSERVACIÓN RUTINARIA:** Es el conjunto de actividades que se realizan en las vías con carácter permanente para conservar sus niveles de servicio. Estas actividades pueden ser manuales o mecánicas y están referidas, principalmente, a labores de limpieza, bacheo y perfilado de la plataforma, roce y limpieza del derecho de vía, limpieza general del sistema de drenaje, mantenimiento de la señalización y elementos de seguridad vial, eliminación de derrumbes de pequeña magnitud; así como, limpieza de juntas de dilatación, elementos de apoyo, pintura y drenaje en la superestructura y subestructura de los puentes. Este tipo de actividades se realizan por la modalidad de ejecución presupuestaria directa o indirecta; siendo que, en este último caso, se sustentarán en términos de referencia

Con relación a los gastos vinculados con el mejoramiento y mantenimiento de carreteras, el Tribunal Fiscal ha venido trazando una línea jurisprudencial que, en su mayoría, tiende a no reconocer la causalidad de este tipo de gastos.

En tal sentido, el Tribunal ha enfatizado en diversas resoluciones, siguiendo la misma opinión esbozada por la SUNAT, que la deducibilidad de este tipo de desembolsos depende de que se acredite que el trabajo de mejoramiento de carreteras sea “extraordinario” e “indispensable”, como, por ejemplo, como consecuencia de haber sufrido un desastre natural. Así, ha negado en varias ocasiones la deducción de gastos por mantenimiento de carretera de carácter rutinario o periódico, argumentando que ello correspondía a entidades estatales, aun cuando con posterioridad, el Poder Judicial ha fallado en la Corte Suprema a favor de los contribuyentes permitiendo la deducción de este tipo de gastos cuando se demuestra que resultan necesarios para la operatividad de la empresa.

Asimismo, el Tribunal Fiscal ha considerado en diversas resoluciones, que no debe tratarse de una obra de infraestructura para beneficio de la comunidad a cargo del Estado, pues en ese supuesto constituiría una liberalidad al no existir obligación para asumir dicho gasto. Es decir, desconociendo el hecho que, en muchos casos, el mejorar o mantener caminos y carreteras forma parte de las exigencias de las comunidades aledañas a los yacimientos que deben ser satisfechas por las empresas para poder desarrollar sus actividades en paz.

Como ejemplo de lo anterior, podemos mencionar las siguientes resoluciones del Tribunal Fiscal:

Resolución N° 04807-1-2006:

“Que en opinión del órgano competente (MTC) los gastos por concepto de mantenimiento de carreteras no se encuentran dentro del supuesto previsto por el inciso d) del artículo 72 de la LGM. Que de acuerdo con el expediente Técnico de Mantenimiento de la Carretera presentado como prueba por la recurrente (...) se concluye que los mismos no son gastos de carácter extraordinario y suponen, por el contrario, una actividad periódica para la conservación de dichas vías, la que corresponde ser efectuada por entidades estatales.

---

formulados en base a los “Estudios de Mantenimiento o Conservación Vial por Niveles de Servicio” o en “Criterios Básicos de Ingeniería”, previamente aprobados.

- MANTENIMIENTO VIAL: Conjunto de actividades técnicas destinadas a preservar en forma continua y sostenida el buen estado de la infraestructura vial, de modo que se garantice un servicio óptimo al usuario; puede ser de naturaleza rutinaria o periódica.
- MEJORAMIENTO: Ejecución de las obras necesarias para elevar el estándar de la vía mediante actividades que implican la modificación sustancial de la geometría y de la estructura del pavimento; así como la construcción y/o adecuación de los puentes, túneles, obras de drenaje, muros, y señalizaciones necesarias.

Que **habiendo asumido la recurrente la realización de un gasto de mantenimiento rutinario y no extraordinario que corresponde ser efectuado por un tercero, se establece que ello constituye una liberalidad** de la empresa y en consecuencia no es gasto deducible" (el resaltado es nuestro).

Resolución N° 13558-3-2009

"Si bien la contribuyente sostiene a lo largo del procedimiento de fiscalización y en el contencioso tributario, que la realización de esta obra ha significado un incremento en sus ingresos, lo que atribuiría el carácter indispensable para la realización de la actividad gravada, **no ha presentado el sustento que acredite de manera fehaciente su dicho, a efectos de definir la necesidad del gasto, y que no se trata de una obra a cargo del Estado, que al beneficiar a la comunidad, constituye un acto de liberalidad; siendo en todo caso que si la construcción ha mejorado el volumen de importaciones y exportaciones, el beneficio económico ha sido obtenido por todos aquellos involucrados en dichas actividades y no solamente por la recurrente**, que es la que incurrió en parte del gasto" (el resaltado es nuestro).

Así también, se tiene que se ha aceptado la deducción de este tipo de gastos cuando se realizan como consecuencia del cumplimiento de una obligación con el Estado Peruano. En efecto, en la Resolución N° 18397-10-2013, el Colegiado concluyó lo siguiente:

"(el) Convenio Marco para el desarrollo de la provincia de Espinar", respecto del proyecto Tintaya-Sulfuros celebrado entre la Compañía y el alcalde de la Municipalidad Provincial de Espinar, es **la materialización del compromiso asumido previamente por la recurrente con el Estado con motivo del otorgamiento de la Concesión** por lo que las erogaciones materia de cuestionamiento no constituyen cantidades satisfechas sin contraprestación alguna por parte de los beneficiarios de dicho Convenio Marco - los que son representados por el Estado Peruano-, lo que se enmarca dentro de la exigencia constitucional de actuar con responsabilidad social empresarial, verificándose en consecuencia la relación de causalidad exigida por el primer párrafo del artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta, con lo cual dichos gastos no responden a liberalidades o donaciones" (el resaltado es nuestro).

No obstante lo anterior, recientemente, en la Resolución N° 8425-10-2018, se ha sostenido que las erogaciones bajo análisis son deducibles en tanto sean necesarias para continuar desarrollando la actividad empresarial indicándose que podrían haber:

"condiciones climatológicas adversas que impidiesen la utilización de la carretera con normalidad y que por algún motivo no pudiesen ser

atendidas oportunamente por las entidades estatales, resultando en tal caso indispensable que la empresa se viese obligada a realizar la rehabilitación, reparación o mantenimiento de la carretera, para continuar utilizándola a efecto de atender inmediatamente los imprevistos que pudieran presentarse en relación al buen funcionamiento de la mencionada central hidroeléctrica". Al respecto, pareciera que el Tribunal Fiscal está flexibilizando su criterio y permitiendo recién la deducibilidad de este tipo de desembolsos ante la inacción del Estado y el carácter "indispensable" de la vía para el funcionamiento de la empresa.

En esa misma línea, en la Resolución N° 1011-3-2018, el Tribunal Fiscal indica que, según su análisis, las facturas del proveedor de la recurrente correspondían al servicio de mantenimiento y rehabilitación de acceso a Huallanca, y al de mantenimiento y rehabilitación del acceso Contonga - San Marcos; al respecto, indica que los referidos gastos:

"no responden a actos ausentes de motivación empresarial que impliquen un acto de liberalidad, ya que se incurrió en los mismos a fin de que las actividades de la recurrente se efectúen con regularidad y garantizar la continuidad de aquellas, pues de encontrarse las carreteras en mal estado se dificultaría el traslado de los trabajadores, de los minerales que comercializa, entre otros, lo que impediría el normal desarrollo de sus actividades generadoras de renta, por lo que tales gastos tienen el carácter de indispensables"; debido a ello, el Colegiado procedió a levantar el reparo.

Como parte de esta flexibilización debemos mencionar, sobre todo, la Resolución N° 3244-9-2019, en la que se discutió el caso de una empresa minera que realizó trabajos de mantenimiento en una carretera que permitieron el tránsito de vehículos pesados con materiales de construcción para la mina, así como de maquinaria pesada. En este reciente caso, el Tribunal Fiscal no analizó si el gasto era extraordinario ni si tenía como origen el que haya ocurrido un desastre natural, sino que simplemente concluyó que el gasto por "mantenimiento" de carreteras "no corresponde a actos ausentes de motivación empresarial que no cumple con el principio de causalidad, pues se incurrió en ellos con la finalidad de que las actividades de la recurrente se efectúen con regularidad y garantizar la continuidad de aquellas pues de encontrarse la carretera en mal estado se dificultaría el traslado de los bienes que adquiere, el personal que labora y los minerales que comercialice (...)."

Sin embargo, es pertinente mencionar que en la Resolución N° 9780-1-2019 el Tribunal Fiscal ha recurrido a sus antiguos pronunciamientos a fin de exigir a los gastos por mejoramiento de un puente el carácter de extraordinarios e indispensables a fin de que estos puedan ser deducibles por la empresa que incurrió en los mismos.

En conclusión, como se puede apreciar de lo expuesto, el Tribunal Fiscal ha venido sosteniendo mayoritariamente que, para que los gastos por mejoramiento o mantenimiento de carreteras sean causales, estos deben ser “extraordinarios” (como consecuencia de un evento o desastre natural), “indispensables” y no constituir una obra pública en beneficio de la comunidad. No obstante, existen únicamente algunos pronunciamientos que se apartan de este análisis y admiten la deducibilidad de gastos vinculados con vías públicas cuando resultan indispensables para garantizar la continuidad de las actividades de la empresa.

#### B. Pronunciamiento del Poder Judicial

Por su parte, en cuanto a los pronunciamientos del Poder Judicial, este ha reconocido de forma unánime que los gastos por mejoramiento/mantenimiento de carreteras pueden ser causales, indicando que resultan necesarios para mantener su actividad generadora de renta y que se encuentran ligados a la actividad minera.

Es importante hacer mención a la Casación 2743-2009, en la cual la Corte Suprema concluyó expresamente que los gastos efectuados por mantenimiento de carretera y/o mantenimiento resultaban necesarios para mantener la actividad generadora de renta y se encuentran ligados a la actividad minera que desempeñaba una empresa minera.

La referida Sentencia también concluyó que el principio de causalidad no debe interpretarse en un sentido restrictivo, sino en sentido amplio dentro de los márgenes de la normalidad, razonabilidad y generalidad siendo que la normalidad debe entenderse como gasto que sea inherente y habitual de la empresa. Asimismo, señaló que dicho principio no exige que un gasto, para ser deducible, deba ser obligatorio por mandato legal, ni que deba corresponder al objeto social de la empresa, así como que la actividad que origina el gasto no sea también desarrollada por el Estado.

En ese sentido, enfatizó que el carácter extraordinario y no rutinario de un gasto, así como que correspondan ser realizados por terceros como el Estado, a través del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional devienen en exigencias que no se desprenden del propio artículo 37 de la LIR.

De igual forma, en las Casaciones Nos. 07263-1-2004 y 600-2007 el mencionado órgano judicial señaló que los desembolsos por mantenimiento de un canal son gastos deducibles por ser indispensables no sólo para la zona sino para la empresa que incurrió en los mismos pues de ello dependía la continuidad de sus operaciones y la obtención de mayores recursos hídricos y por tanto ingresos.

Sin perjuicio de los pronunciamientos anteriores, emitidos por la máxima instancia judicial, debemos mencionar el caso aislado en segunda instancia de la Apelación N°9177-2013, en la que se señaló que no se puede equiparar el mantenimiento de las pistas y/o carreteras por el desgaste ocasionado por su uso ordinario, y que está a cargo del Estado, con la reparación de estas áreas originada por hechos imprevistos y extraordinarios, que pudieran perjudicar el transporte de minerales por parte de la actora. En tal sentido, se concluyó que el criterio de extraordinariedad del gasto era un requisito para la deducción del gasto correspondiente. Debe tenerse en cuenta que éste no es un criterio de la Corte Suprema y es el único caso identificado en contra.

C. Posibles riesgos

Teniendo en cuenta los pronunciamientos mencionados en los puntos anteriores, toda empresa debe tener en consideración que, si deduce los gastos vinculados con las acciones para realizar el mantenimiento o mejoramiento de vías, en una eventual fiscalización la SUNAT podría pretender aplicar los criterios establecidos por el Tribunal Fiscal en la mayoría de sus resoluciones, esto es, que los gastos: i) sean extraordinarios, esto es, que respondan a acciones que no tengan el carácter de permanencia ni continuidad y que se realizarán por única vez, en especial vinculado con desastres naturales; (ii) resulten indispensables para la empresa, es decir, que sin no se efectúan estas acciones, la continuidad y la operatividad de la empresa se vería afectada o incluso impedida; y, (iii) que no constituyan una obra de infraestructura pública que beneficia a las comunidades que se encuentran ubicadas en las zonas de influencia de la obra.

De no cumplirse con tales criterios, es muy probable que la SUNAT formule un reparo respecto de los gastos deducidos, lo cual podría ser confirmado por el Tribunal Fiscal ante la interposición de un recurso de apelación para cuestionar este tema ante dicho órgano colegiado, considerando los criterios antes expuestos que son recogidos mayoritariamente en las resoluciones del Tribunal.

Por lo expuesto, en el eventual caso que no se obtenga un pronunciamiento favorable ante el Tribunal Fiscal, la empresa debe tener en cuenta que tendrá que recurrir al Poder Judicial, puesto que en dicha instancia es bastante probable que la impugnación sea favorable debido a que la Corte Suprema ha concluido favorablemente a favor de la deducibilidad de este tipo de gastos en las sentencias en las que analizó este tema.

D. Documentación de sustento

De la revisión de los pronunciamientos antes mencionados, vemos que, a efectos de sustentar la causalidad de los gastos vinculados con el

mantenimiento o mejoramiento de caminos y carreteras, las empresas deberían contar, entre otros documentos, con lo siguiente:

- Actos administrativos emitidos por la autoridad estatal titular del proyecto de mantenimiento y/o mejoramiento de caminos y carreteras donde conste su autorización a favor de la empresa para que ésta ejecute las acciones necesarias;
- Convenio de cooperación con la autoridad estatal y la empresa, en la que se contemplen las acciones de mantenimiento y/o mejoramiento de caminos y carreteras
- Contratos con los proveedores suscritos en ejecución del convenio de cooperación antes mencionado que contenga las obligaciones directas entre tales proveedores y la empresa;
- Informes técnicos sobre derrumbes, aniegos, o inexistencia de una vía adecuada para el tránsito de los vehículos pesados;
- Documentación que permita acreditar la imposibilidad de la autoridad estatal de ejecutar el mejoramiento/mantenimiento;
- Documentos técnicos que demuestren el carácter indispensable de la vía de acceso para el transporte de los bienes y servicios;
- Documentos que acrediten que las vías por reparar resultan indispensables para el traslado de personal y equipo necesario, como reportes de accidentes, informes de imposibilidad de paso, entre otros;
- Documentos que acrediten compromisos con las comunidades para la realización de las Acciones para el mantenimiento y/o mejoramiento de caminos y carreteras para mantener el actual clima de aceptación del Proyecto y evitar conflictos sociales futuros, por ejemplo, actas de mesas de diálogo, frentes de defensa locales, etc.

Adicionalmente a lo antes señalado, una vez que la empresa haya efectuado las acciones para el mantenimiento y/o mejoramiento de caminos y carreteras, deberá, además, contar con documentación que le permita demostrar que, efectivamente, realizó tales actividades y demostrar así, la fehaciencia de sus gastos.

A tal efecto las empresas deberán contar con información/documentación como, por ejemplo: valorizaciones, contratos de alquiler de maquinarias, documentos que acrediten la supervisión de trabajos de reparación de carreteras, facturas de adquisición de bienes y servicios, reporte de movimientos contables, memoria descriptiva de proyecto, recortes periodísticos, copias de páginas web, presupuestos, informes de avances de obra, entre otros.

## **V. Conclusiones**

- i. En el Perú, las empresas que desean realizar actividades extractivas necesitan tener buenas relaciones con las poblaciones aledañas a los lugares donde desarrollarán tales actividades, para ello incurren en una serie de gastos que buscan evitar los impactos generados por el escalamiento de conflictos sociales, y contar con el consenso social con la comunidad y el entorno en el que desarrollan sus actividades.

Asimismo, estas empresas incurren en ciertos gastos con motivo de cumplir con obligaciones contraídas con motivo del inicio o ejecución de sus actividades, tanto con el Estado Peruano a través de instrumentos tales como el Estudio de Impacto Ambiental, el Plan de Cierre de Minas, entre otros, así como con las poblaciones aledañas, a través de los acuerdos suscritos a través de Mesas de Diálogo, Actas de Compromiso, entre otros.

- ii. Existen varias formas de hacer deducibles los gastos antes mencionados para efectos del Impuesto a la Renta, entre las que se encuentran, entre otros, el régimen contenido en el numeral x) del artículo 37° de la LIR referido a donaciones, la deducción de gastos por inversiones en infraestructura a que se refiere el artículo 72° de la LGM y la deducción de los gastos en aplicación del principio de causalidad.
- iii. En el caso del régimen contenido en el numeral x) del artículo 37° de la LIR, se debe cumplir una serie de requisitos y formalidades a efectos de hacer deducible el gasto por donación. Cabe señalar que puede acudirse a este régimen en tanto la población o comunidad a la que se dirige la donación, se sienta representada por las autoridades estatales del lugar o que se encuentre organizada en entidades inscritas en el registro de entidades receptoras de donaciones de la SUNAT.
- iv. El régimen contenido en el artículo 72° de la LGM, que permite la deducción de gastos por inversiones en infraestructura, puede ser empleado únicamente por las empresas mineras, siendo que, desde su creación, no ha sido muy utilizado.
- v. Los gastos materia del presente trabajo pueden ser deducibles en aplicación del principio de causalidad previsto en la LIR toda vez que resultan necesarios para la evitar conflictos sociales que pongan en peligro la actividad de la empresa, así como la seguridad de sus activos y trabajadores.
- vi. En cuanto a la entrega de bienes y servicios por parte de las empresas extractivas a las comunidades aledañas al sitio donde realizan sus actividades, debe tenerse en cuenta que originalmente el Tribunal Fiscal no admitía la deducibilidad de este tipo de gastos por calificarlos como liberalidad. No obstante, últimamente el Colegiado viene aceptando la deducibilidad de este tipo de gastos reconociendo su causalidad, pero

exigiendo que se pruebe la fehaciencia de éstos, esto es, que se demuestre la entrega efectiva de los bienes y servicios a los destinatarios.

- vii. En cuanto a los gastos por mantenimiento y/o mejoramiento de caminos, carreteras y canales, el Tribunal Fiscal ha venido sosteniendo mayoritariamente que, para que estos gastos sean causales, deben ser “extraordinarios, “indispensables” y no constituir una obra pública en beneficio de la comunidad, siendo que existen únicamente algunos pronunciamientos que se apartan de este análisis y admiten la deducibilidad de gastos vinculados con vías públicas cuando resultan indispensables para garantizar la continuidad de las actividades de la empresa.
- viii. Por su parte, el Poder Judicial ha reconocido que estos gastos pueden ser causales, indicando que resultan necesarios para mantener la actividad generadora de renta y que se encuentran ligados a la actividad que desarrolla la empresa extractiva.