

SOBRE EL PROYECTO DE LEY QUE SUSTITUIRÍA AL

DECRETO DE URGENCIA N° 003-2017

**Dino Carlos Caro Coria
Caro & Asociados**

1. El 8.2.18, el Presidente de la República presentó al Congreso de la República el Proyecto de Ley N° 2408/2017-PE, *“que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado en casos de corrupción, incentivando la colaboración eficaz y la reactivación de la economía”*, que de aprobarse sustituirá al Decreto de Urgencia N° 003-2007, publicado el 13.2.17, y cuyo vigencia termina el 14.2.18.

2. El Proyecto de Ley regula tres grupos de casos: (i) el de las empresas que se conoce han cometido delito, (ii) el de las consorciadas con estas; y, (iii) el de aquellas que solo están investigadas.

3. En cuanto a las primeras, se sigue la pauta del DU 003-2017, es decir la obligación de las personas jurídicas que hayan participado en la adjudicación de contratos suscritos con el Estado y hayan admitido y/o confesado o hayan sido sentenciadas por delitos contra la administración pública o lavado de activos; de retener en fideicomisos el 50% del precio de venta (bienes, activos, derechos, acciones, participaciones o valores a ser pagados); asimismo se prevé que las empresas del Estado que resulten obligadas a efectuar pagos a favor de las personas jurídicas con proyectos vigentes, retengan el 10% de los pagos respectivos.

4. Respecto al grupo (ii), se imponen deberes y acciones restrictivas a las personas jurídicas que en calidad de “consorciadas” o “asociadas” hayan participado en los contratos, conjuntamente con las empresas que hayan colaborado o hayan sido sentenciadas. A saber, (a) la obligación de constituir fideicomisos de garantía que coadyuven al pago la reparación civil, (b) la suspensión de transferencias al exterior, (c) la implementación de un programa de cumplimiento, así como (d) la obligación de revelar información a las autoridades a cargo de la investigación. Similares obligaciones se extienden a las empresas que están en condición de investigadas por delitos de corrupción o lavado de activos (grupo iii).

5. Ahora bien, imponer a las empresas consorciadas el deber de contribuir a un fideicomiso es un medida de cuestionable constitucionalidad, se las trata como culpables en desmedro de la presunción de inocencia, porque no están investigadas, no pesa sobre ellas siquiera un sospecha inicial simple y menos una imputación concreta, con lo que la afectación de su patrimonio parece tener como única justificación o título de imputación “haber hecho negocios con el socio incorrecto” (empresa confesa o declarada responsable). Y en el caso de las empresas que si son investigadas, en el proceso penal ya existen las medidas para asegurar el pago de la reparación, en particular el embargo y la incautación, de manera que vincularlas, además, a un fideicomiso obligatorio se perfila como una medida desproporcionada.

6. De otro lado, por primera vez ***se obliga a las empresas a implementar un programa de cumplimiento*** (*compliance program*), bien por su condición de consorciadas con las empresas confesas de corrupción o lavado de activos, o por tener la calidad de investigadas por dichos delitos. Se trata de un *compliance* obligatorio o no voluntario, a implementarse conforme a los estándares de la Ley N° 30424 de Responsabilidad Administrativa (penal) de la Persona Jurídica, reformada por el Decreto Legislativo N° 1352, su futuro reglamento, el ISO 37001 Antisoborno y el ISO 19600 de Sistemas de Gestión en Compliance.

7. También en el caso de las consorciadas e investigadas, se les impone la obligación de *"colaborar activamente en la investigación incluyendo la puesta a disposición de la documentación y acceso irrestricto a sus instalaciones, en las oportunidades que determine la Fiscalía, sin necesidad de orden judicial"*. Incluso se obliga a la empresa a presentar a la Fiscalía y al Ministerio de Justicia un escrito donde conste dicho sometimiento, medida de muy dudosa constitucionalidad porque vulnera el derecho a la inviolabilidad de domicilio y el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.

8. Finalmente, se prevé la posibilidad de celebrar acuerdos de colaboración eficaz entre el Ministerio Público y las empresas que decidan colaborar con las investigaciones, siempre y cuando ello permita la identificación de los autores del delito, así como la rápida obtención de las pruebas. Como incentivo, el Poder Judicial podrá eximir a la empresa de las consecuencias jurídicas del delito o reducirlas, incluso excluirla de modo total o parcial de los efectos de la nueva norma. Sin embargo, estas previsiones son aún insuficientes, no solo porque no existe conexión alguna con las reglas de la colaboración eficaz que el Código Procesal Penal prevé para las personas físicas.

9. En efecto, si vemos la experiencia en USA, Europa y Brasil con el caso Lava Jato, lo que realmente se necesita es una ley de leniency, delación o colaboración eficaz para las empresas. Si una corporación acuerda delatar sus crímenes, el Estado debe exigir cuando menos tres cosas, primero una renovación de sus gerentes, directores y administradores, los anteriores, por negligencia u omisión, dolo o culpa, no garantizan que en el futuro no se cometerán delitos similares. Segundo, la nueva gestión debe instaurar o mejorar el programa de cumplimiento normativo para prevenir futuros delitos. Y, en tercer término, debe acordarse una reparación acorde con el daño cometido y que la empresa realmente pueda pagar en un periodo de tiempo con sus flujos futuros. Este acuerdo no debe implicar la inmunidad de las personas físicas que delinquieron, estas deben ser perseguidas y sancionadas de modo eficaz. El incentivo debe ser otro, las empresas deben poder beneficiarse con penas o sanciones reducidas, como premio a la delación, y tener la garantía de seguir contratando o produciendo, no solo para subsistir en el mercado, pagar impuestos y retener a sus trabajadores, sino además para pagar la reparación civil.