



ESTUDIO
MUÑIZ

MUÑIZ
OLAYA
MELÉNDEZ
CASTRO
ONO
& HERRERA
Abogados



NUEVAS RESPONSABILIDADES corporativas que impactan a **DIRECTORES Y GERENTES**



Competencia

Programa de recompensas económicas (Decreto Legislativo 1396)

- La regulación en materia de libre competencia tiene como finalidad corregir y sancionar los cárteles, que se forman cuando empresas competidoras se ponen de acuerdo para fijar coordinadamente precios, repartos de clientes, zonas geográficas de actuación o cualquier otra condición que atenúe o elimine la intensidad competitiva en perjuicio de consumidores, clientes en general o proveedores.
 - Asimismo, esta regulación quiere evitar que una empresa o grupo de empresas que tienen posición de dominio en determinado sector (debido a su participación de mercado, poder marcario o por causas tecnológicas) abusen de tal posición, excluyendo a otros agentes económicos, mediante injustificadas cláusulas de exclusividad, diferencias de trato o negativas a contratar, entre otros.
- Recientemente, la regulación en materia de libre competencia en el Perú ha establecido un “programa de recompensas económicas”, que permitirá entregar dinero a aquellas personas naturales que brinden información determinante para detectar, investigar y sancionar cárteles, manteniendo la reserva de su identidad. Estas personas podrían ser o haber sido colaboradores, clientes o proveedores de una empresa. Con este programa de recompensas se estimula el rol investigador y sancionador del Indecopi en esta materia que, en casos considerados graves, puede aplicar multas que bordearían el millón de dólares o, incluso, superar este monto cuando los casos sean considerados muy graves.

Competencia

- Adicionalmente, cabe indicar que, además de la sanción que corresponda a una empresa, Indecopi puede imponer una multa de hasta US\$126,000 a sus representantes legales, a las personas que integran los órganos de dirección (directores) o administradores, en caso hayan participado en la planificación o realización de conductas contra la libre competencia. Ello ocurre tanto en casos de cárteles como en casos de abuso de posición de dominio.
- En este contexto, puede resultar altamente recomendable implementar en la empresa un programa de cumplimiento (*compliance*) en materia de libre competencia; o, incluir este componente en su programa general de cumplimiento normativo. Ello con el fin de mitigar los riesgos derivados del incumplimiento (voluntario o involuntario) de la regulación de libre competencia que, además de perjuicios económicos derivados de las multas antes indicadas, pueden extenderse a la afectación de la reputación de la empresa, sus marcas, directivos y ejecutivos.



Pierino Stucchi
Socio senior
pstucchi@munizlaw.com

Derecho corporativo

El beneficiario final (Decreto Legislativo 1372)

- El objetivo de la norma es combatir la elusión y evasión fiscal, lavado de activos y el financiamiento al terrorismo, identificando al beneficiario final de las personas o entes jurídicos que no siempre lucen tan “evidentes”.
 - Las estructuras utilizadas con fines fiscales a lo largo del tiempo han sido usualmente estructuras *off shore* para servicios prestados íntegramente en el exterior o como vehículos que inyectan liquidez. También se han usado para temas diversos como seguridad personal, protección patrimonial contra acreedores, planeamiento sucesorio, entre otras razones.
- Se considera beneficiario final en las personas jurídicas:
 - a) A quien posea directa o indirectamente mínimo 10% del capital de una persona jurídica.
 - b) A quien actúa individualmente o con otros como unidad de decisión a través de medios distintos a la propiedad, con capacidad de designar o remover a los órganos de gestión.
 - c) Cuando no se identifique a nadie, se reputaría como beneficiario a quien ocupe el mayor puesto administrativo.



Derecho corporativo

- Se considera como beneficiario final en los entes jurídicos a las siguientes personas:
 - a) En los fideicomisos o fondos de inversión, a quien lo constituya, sea el beneficiario o quien lo controle.
 - b) En otros entes a los equivalentes del punto anterior y en los *trusts* al protector o administrador.
- Las comunicaciones entre los profesionales de derecho o profesionales de ciencias contables y financieras y sus clientes solo están protegidas por el secreto profesional en la medida que los mencionados profesionales ejerzan su profesión.

Los referidos profesionales no podrán negarse a proporcionar la información solicitada por las autoridades competentes invocando el derecho al secreto profesional cuando actúen, entre otros, como titulares de empresas, socios, accionistas, participacionistas, representantes legales, apoderados, administradores, directores, miembros del consejo directivo o beneficiarios de un fideicomiso.

La información que se proporcione a las autoridades competentes por los profesionales de derecho o ciencias contables y financieras no constituye violación al secreto profesional ni tampoco está sujeta a las restricciones sobre revelación de información derivadas de la confidencialidad impuesta por vía contractual o por cualquier disposición legal o reglamentaria.

Derecho corporativo

- ¿Quiénes deben presentar la información?
 - a) Personas jurídicas y los entes jurídicos (artículo 3.1 (c))
 - b) Entes jurídicos se refiere a:
 - Patrimonios autónomos gestionados por terceros que carecen de personalidad jurídica.
 - Los contratos u otros acuerdos de asociación temporal.
 - Fondos de inversión, fondos mutuos de inversión en valores, patrimonios fideicomitidos domiciliados en Perú o en el extranjero, *trust* con administrador o protector domiciliado en el Perú y consorcio, entre otros.
- La información se presentará de acuerdo a las normas reglamentarias y en la forma, plazo y condiciones que se establezca mediante resolución de superintendencia. El reglamento se emitirá en un plazo máximo de 120 días contados desde el 2 de agosto de 2018.
- Las empresas del sistema financiero nacional deben presentar periódicamente información sobre cuentas y datos de identificación de sus titulares (art. 143-A Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la SBS).



Mauricio Olaya
Socio principal
molaya@munizlaw.com

Derecho penal

Delitos de corrupción privada (Decreto Legislativo 1385)

- El Decreto Legislativo 1385 al incorporar a nuestra legislación los delitos de corrupción privada ha ocasionado un cambio de paradigma. Siempre se entendió a la corrupción como un fenómeno inherente a la interacción con funcionarios públicos. Esto no es más así. Ahora la corrupción también podrá surgir en relaciones entre privados.
- En efecto, con la finalidad de proteger la libre competencia en la adquisición de bienes y servicios entre privados, se ha incorporado al Código Penal los artículos 241 – A y 241 – B, que comprenden los nuevos delitos de “corrupción en el ámbito privado” y “corrupción al interior de entes privados”.

En el artículo 241 – A se busca sancionar con penas de hasta cuatro años e inhabilitación, el soborno que involucre al accionista, gerente, director, administrador, representante legal, apoderado, empleado o asesor de una empresa, para lograr un favorecimiento en la adquisición o contratación de bienes y servicios o, en general, en las relaciones comerciales que mantenga. Evidentemente, se sanciona tanto al sobornado como al sobornante, con penas similares. El artículo 141 – B tiene similares elementos, pero exige adicionalmente que el soborno cause un perjuicio en la empresa.

- Precisamente ahí la primera gran diferencia entre ambos delitos. Mientras que en el primer delito solo basta la acción criminalizada (aceptar, recibir, solicitar, prometer, ofrecer, conceder), el segundo exige para su comisión la existencia de un perjuicio patrimonial tangible.



Derecho penal

- Otra diferencia a resaltar es que en el primero la acción o facultad para denunciar el delito es pública. Es decir, lo puede hacer cualquier persona, mientras que el segundo delito es de acción privada, por lo que, solo puede ser formulada por el agraviado.
- Sin duda alguna, estos nuevos delitos impactarán en la forma de hacer negocios en nuestro país, sobre todo en materia de incentivos y regalos a socios comerciales.
- Ante ello las empresas deben adoptar y difundir políticas claras y de imperativo cumplimiento que regulen la aceptación y entrega de incentivos y regalos, además de incorporar dentro de modelo de gestión de riesgos penales (*compliance* penal) los derivados del incumplimiento de estas directrices. De esta manera, se podrá identificar el riesgo, evaluarlo, mitigarlo haciendo uso de instrumentos de gestión, brindar formación al personal expuesto a los riesgos identificados y dotar de permanente monitoreo. Todo esto con la finalidad de reducir a niveles tolerables la posibilidad de que en nuestra organización se cometa un delito de corrupción privada.



Ian Galarza
Socio
igalarza@munizlaw.com

Derecho tributario

Responsabilidad solidaria de directores y gerentes de empresas

- En el ámbito tributario no se imputa responsabilidad solidaria a un director o a un gerente por el simple hecho de ejercer dichos cargos. Para ser responsable solidario se requiere, además, ejercer la administración o tener capacidad de decisión en la disposición de los recursos necesarios de la empresa para pagar los tributos.

En efecto, el artículo 16 del Código Tributario señala que están obligados a pagar los tributos y cumplir las obligaciones formales en calidad de representantes, con los recursos que administren o que dispongan, entre otros, “los representantes legales y los designados por las personas jurídicas”. Como se aprecia, la norma prefiere utilizar términos más generales (representantes legales y designados) en lugar de identificar específicamente al director o al gerente.

Así, en el caso de los directores o los gerentes, se les podrá imputar responsabilidad solidaria tributaria cuando sus funciones impliquen ejercer la administración de la empresa o disponer de sus recursos y además, de por medio, exista dolo, negligencia grave o abuso de facultades que deriven en una acción u omisión que produzca el incumplimiento de las obligaciones tributarias de la empresa.

Es claro entonces que para imputar responsabilidad solidaria a un “designado por la persona jurídica” (p.ej. director o gerente), se requiere que el cargo para el que ha sido designado abarque la posibilidad de disponer de los controles necesarios para supervisar el cumplimiento de las obligaciones tributarias de la empresa o que entre las obligaciones del cargo se incluya el control de la contabilidad o finanzas de la empresa.

Así, por ejemplo, un gerente de ventas que no tiene facultades financieras ni de supervisión contable no

Derecho tributario

podría ser considerado como responsable solidario en materia tributaria. El directorio en cambio, en su condición de órgano con facultades de gestión y de representación legal necesarias para la administración de la empresa, si no actúa diligentemente, sí podría ser afectado con la imputación de responsabilidad solidaria.

- La ley presume, salvo prueba en contrario, que un representante legal o un “designado por la persona jurídica” actúa con dolo, negligencia grave o abuso de facultades, entre otros casos (la Administración Tributaria podría probar que existen otros casos) cuando la empresa:
 1. No lleva contabilidad o lleva dos o más juegos de libros o registros para una misma contabilidad, con distintos asientos.
 2. Tenga la condición de no habida.
 3. Emite u otorga más de un comprobante de pago.
 4. No se ha inscrito ante la Administración Tributaria.
 5. Anota en sus libros los comprobantes que recibe u otorga por montos distintos a los consignados en dichos comprobantes u omite anotarlos (siempre que no se trate de errores materiales).
 6. Obtiene indebidamente notas de crédito negociables.
 7. Emplea bienes o productos que gocen de exoneraciones o beneficios en actividades distintas de las que corresponden.
 8. Elabora o comercializa clandestinamente bienes gravados mediante la sustracción a los controles fiscales (sellos y timbres).
 9. No ha declarado ni determinado su obligación en el plazo de 3 días hábiles que se le otorgue.
 10. Omite a uno o más trabajadores al presentar las declaraciones relativas a los tributos que graven las remuneraciones de estos.



Derecho tributario

11. Se acoge al Nuevo Régimen Único Simplificado o se incluye en el Régimen Especial del Impuesto a la Renta o en el Régimen MYPE Tributario siendo un sujeto no comprendido en dichos regímenes.

Mediante el Decreto Legislativo 1422, vigente desde el 14 de setiembre de 2018, se ha incluido en esta lista de supuestos de presunción de existencia de dolo, negligencia grave o abuso de facultades al hecho que la empresa sea acotada por elusión tributaria, siempre que el representante legal o el designado por la empresa haya colaborado con el diseño o la aprobación o la ejecución de la operación elusiva.

- Debido a que no todo administrador o gerente de una empresa se encuentra debidamente formalizado, el Código Tributario también contempla la existencia de la responsabilidad solidaria del denominado “administrador de hecho”, quien también puede estar solidariamente obligado a pagar los tributos y

cumplir las obligaciones de la empresa.

Para estos efectos, se considera como administrador de hecho a aquel que actúa sin tener la condición de administrador por nombramiento formal y disponga de un poder de gestión o dirección o influencia decisiva en el deudor tributario, tales como:

1. El que ejerce la función de administrador habiendo sido nombrado por un órgano incompetente.
2. El que después de haber renunciado formalmente o se haya revocado o haya caducado su condición de administrador formal, siga ejerciendo funciones de gestión o dirección.
3. El que actúa frente a terceros con la apariencia jurídica de un administrador formalmente designado.
4. El que en los hechos tiene el manejo administrativo, económico o financiero de la empresa o que asume un poder de dirección o influye de forma decisiva, directamente o a través de terceros, en las decisiones de la

Derecho tributario

misma.

Esta responsabilidad solidaria requiere también la presunción de dolo o negligencia grave en los términos según los supuestos indicados para los representantes legales o designados por la empresa.

- La norma tributaria también imputa responsabilidad solidaria de los representantes legales y los designados por las personas jurídicas, cuando las empresas a las que pertenezcan hubieran distribuido utilidades, teniendo deudas tributarias pendientes en cobranza coactiva, sin que estos hayan informado adecuadamente a la Junta de Accionistas, propietarios de empresas o responsables de la decisión de distribución de las utilidades.

La imputación de responsabilidad solidaria puede ser impugnada por el afectado, pero si la misma queda firme, la Administración Tributaria

puede cobrar la deuda indistintamente a la empresa o al responsable solidario.

- Finalmente, se debe tener en cuenta que la tercera disposición complementaria y final del Decreto Legislativo 1422 señala que, a partir del 14 de setiembre de 2018, en todas las sociedades que tienen directorio, corresponde a dicho órgano societario definir la estrategia tributaria de la sociedad y en tal sentido debe aprobar cualquier planificación fiscal, siendo esta facultad indelegable.

La norma no precisa qué es lo que debe entenderse por “planificación fiscal”, pero debiéramos considerar a aquellas modificaciones a las estructuras tributarias que sean susceptibles de ser cuestionadas por la vía de la norma antielusiva general (Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario), ello porque la Disposición Complementaria Transitoria Única de la misma norma ha dispuesto que de manera excepcional aquellas

Derecho tributario

planificaciones fiscales que se hayan implementado antes del 14 de setiembre de 2018 y que sigan teniendo efectos (p.ej. una fusión, escisión o reorganización simple), deberán ser evaluadas por el directorio de la sociedad para su ratificación o modificación. El plazo para esta revisión de los planeamientos fiscales vencerá el 29 de marzo de 2019.

Estas normas complementarias no han establecido expresamente cuáles son los efectos directos del cumplimiento o incumplimiento de sus disposiciones, pero al indicarse por un lado que es indelegable la participación del directorio en las planificaciones fiscales, y por el otro lado, que es obligatorio para el directorio actual el revisar los planeamientos previos, es claro que si al final resulta cuestionada la planificación fiscal como elusiva, el directorio no podrá eximirse de la responsabilidad solidaria tributaria alegando desconocimiento o argumentando que la

planificación se produjo en un periodo anterior al suyo. En el mismo sentido, debiera entenderse que si al momento de revisar las planificaciones fiscales previas, el directorio actual ordena su modificación, los integrantes de dicho órgano no podrán ser sancionados con responsabilidad solidaria tributaria.



Daniel Ono
Socio principal
dono@munizlaw.com

 MunizlawApp

Available on the App Store 

Las Begonias 475, 6to piso
Lima 27 · Perú
T (51-1) 6117000

     

www.munizlaw.com



ESTUDIO
MUÑIZ

MUÑIZ
OLAYA
MELÉNDEZ
CASTRO
ONO
& HERRERA
Abogados