

THĒMIS

Revista de Derecho



Josefina Miró Quesada Gayoso | Percy García Caveró | Jerónimo Bide |
Raúl Artica Taboada | Nicole Núñez Custodio y José Ventura Zurita |
Sergio Rodríguez Salinas | José Reaño Peschiera | Gilberto Félix Tasayco
| Jorge Luis Zegarra Rengifo | Daniel Loli | Dereck Palomino y Álvaro
Mejía | Erick Guimaray Mori | Raúl Pariona Arana | Fredy Valenzuela
Ylizarbe | Alexander Germán Sánchez Torres | Manuel Abanto Vásquez

Segunda Época. Edición 86

Derecho Penal
1965 - 2024

CLÁUSULAS ANTICORRUPCIÓN Y CONTRATACIÓN PÚBLICA: ESPECIAL REFERENCIA AL CASO DE LOS CONSORCIOS DE EMPRESAS

ANTI-CORRUPTION CLAUSES AND PUBLIC PROCUREMENT: SPECIAL REFERENCE TO THE CASE OF BUSINESS CONSORTIUMS

José Reaño Peschiera*
Rodrigo, Elías & Medrano

This article examines the inclusion of anti-corruption clauses in Peruvian state contracts, introduced following the Lava Jato case in 2017. These clauses seek to ensure integrity by requiring contractors to declare that they have not engaged in corrupt acts and to adopt preventive measures. However, their application in contracts with consortia generates conflicts, since each member must assume joint liability for violations by others. Differences are explored between concession contracts, which require a Special Purpose Vehicle (SPV), and license contracts, where the consortium maintains its legal autonomy, highlighting the need for a consistent application of these clauses to respect the associative structure and liability rules.

KEYWORDS: Anti-corruption clauses; state contracts; consortia; joint liability; Procurement Law.

Este artículo examina la inclusión de cláusulas anticorrupción en los contratos estatales de Perú, introducidas tras el caso Lava Jato en 2017. Estas cláusulas buscan garantizar integridad, exigiendo a los contratistas una declaración de no incurrir en actos corruptos y la adopción de medidas preventivas. Sin embargo, su aplicación en contratos con consorcios genera conflictos, pues cada miembro debe asumir responsabilidad solidaria por infracciones de terceros. Se exploran diferencias entre contratos de concesión, que requieren una Sociedad de Propósito Especial (SPV), y contratos de licencia, donde el consorcio mantiene su autonomía jurídica, destacando la necesidad de una aplicación coherente de estas cláusulas para respetar la estructura asociativa y las reglas de responsabilidad.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas anticorrupción; contratos estatales; consorcios; responsabilidad solidaria; Ley de Contrataciones.

* Abogado. Máster of Laws (LL.M.) por la Universidad de San Diego (California, Estados Unidos de América). Egresado del Programa de Doctorado en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona, España). Socio Coordinador de la práctica de Penal Económico y de Cumplimiento Corporativo en el estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-0740-8441>. Contacto: [jlreano@estudiorodrigo.com](mailto:jltreano@estudiorodrigo.com)

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 29 de septiembre de 2024, y aceptado por el mismo el 17 de octubre de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

Impulsada por el escándalo *Lava Jato* y sus ramificaciones en el Perú, la modificación a la Ley de Contrataciones del Estado introducida en abril de 2017 dispuso la inclusión obligatoria de las denominadas 'cláusulas anticorrupción' en todos los contratos del Estado, cuyo incumplimiento otorga a la entidad pública la facultad de resolver el contrato adjudicado a la contraparte privada¹. A su vez, el desarrollo reglamentario de dicha norma legal estableció el contenido mínimo de esta clase de estipulaciones, entre las que se encuentra la declaración del contratista referida a que no ha cometido actos de corrupción para adjudicarse el contrato y la asunción de tres (3) compromisos para garantizar la integridad durante su ejecución; a saber, (i) garantizar que nadie en la empresa ni terceros vinculados incurrirá en actos de corrupción y otras conductas ilegales; (ii) denunciar ante las autoridades si conoce de alguna práctica ilícita; y (iii) adoptar las medidas necesarias para evitar que se cometan prácticas indebidas en la organización.

Se trata de una regulación alineada con el régimen de atribución de responsabilidad autónoma a personas jurídicas por la comisión de delitos, instaurado por la Ley 30424 y sus posteriores modificaciones, y su razonabilidad debería estar alineada con los criterios que fundamentan la imputación de responsabilidad penal corporativa. Por ello, no deja de sorprender la hipertrofiada expansión que vienen experimentando las cláusulas anticorrupción en casos en los que el contratista privado es un consorcio de empresas, en los que cada miembro del consorcio termina por asumir responsabilidad solidaria por el incumplimiento, por parte de las otras empresas del consorcio, de la obligación de no cometer delitos de corrupción de funcionarios y lavado de activos con ocasión de la ejecución del contrato.

Y es que el régimen legal en materia de consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de delitos en general, y de delitos de corrupción de funcionarios y lavado de activos en particular, impide que la responsabilidad sea extendida de modo solidario a sujetos distintos a (i) los autores, cómplices e instigadores del delito, sean estos personas naturales o jurídicas (responsables penales); (ii) la persona jurídica a la que se encontrara relacionada el responsable del delito a través de un vínculo de subordinación (tercero civil responsable); y (iii) la persona

jurídica que favoreció o encubrió la comisión del delito por parte de su representante (sujeto pasible de consecuencias accesorias).

Como veremos, las cláusulas anticorrupción en los contratos de concesión en los que la parte concesionaria es un consorcio de empresas y no una sociedad vehículo (en adelante, *SPV*, por sus siglas en inglés) no pueden pasar por alto las particularidades de la forma asociativa que presenta el concesionario. Así, las cláusulas anticorrupción en los contratos de concesión suelen presentar una estructura similar en todos los casos; a saber, (i) una declaración y compromiso del concesionario (sobre sí mismo y sobre sus accionistas, representantes, trabajadores y, en general, personas naturales y jurídicas vinculadas al concesionario) de que no ha cometido ni cometerá actos de corrupción con relación al otorgamiento y ejecución del contrato de concesión; y (ii) las consecuencias para el caso en que se establezca, mediante condena o reconocimiento de responsabilidad, que se ha incumplido la declaración y el compromiso indicados en el numeral precedente, las que incluyen la resolución del contrato de concesión, la aplicación de penalidades y la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento.

Al respecto, debe distinguirse entre contratos de concesión y contratos de licencia. Así, los primeros, tales como asociaciones público-privadas (en adelante, APP), se rigen por la Ley de APP² y sus normas reglamentarias, aplicándoseles solo supletoriamente la regulación del Código Civil. Como es sabido, en los contratos de concesión confluyen el derecho público y el derecho privado para crear un acuerdo de riesgos compartidos entre el inversionista y el Estado. Para ello, en el contrato de concesión, el Estado se desprende de una determinada actividad (servicio e infraestructura pública) para entregarla en concesión al sector privado, pero conservando los poderes de vigilancia y control en atención al interés público.

La Ley de APP permite que participen consorcios en calidad de postores en concursos para el otorgamiento de concesiones; sin embargo, para efectos de la suscripción de los contratos de concesión adjudicados, se requiere que el consorcio ganador constituya una persona jurídica de propósito especial (*SPV*), respetando la participación de un socio estratégico y las condiciones establecidas en las bases del concurso. En el contrato de concesión, el

¹ La nomenclatura no es exacta, pues además de declaración y obligaciones destinadas a prevenir actos de corrupción, en sentido estricto, también se incluye en estas cláusulas disposiciones tendentes a la prevención en materia de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

² Esta ley ha sido incorporada en nuestro sistema jurídico a través del Decreto Legislativo 1362.

concesionario es, pues, una sola persona jurídica que asume la condición de contraparte del Estado.

Por su parte, los contratos de licencia son acuerdos por los que el Estado transfiere al licenciatario el derecho de propiedad sobre los recursos que extraiga a cambio de una regalía. Así, por ejemplo, el artículo 12 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos³ establece expresamente que los contratos de licencia se rigen por el derecho privado, siéndoles de aplicación los alcances del artículo 1357 del Código Civil (2005). La naturaleza privada de la relación contractual en los contratos de licencia se sustenta principalmente en que el riesgo de la actividad de exploración, extracción y posterior comercialización del hidrocarburo es asumido totalmente por el licenciatario.

Por ello, la Ley Orgánica de Hidrocarburos permite expresamente la celebración de contratos de licencia con un consorcio de empresas. En tal caso, si bien es uno de los consorciados el que deberá tener la condición de operador del consorcio, la contraparte de la entidad estatal será un conjunto de personas jurídicas vinculadas bajo una modalidad contractual asociativa (consorcio), que se obligan solidariamente al cumplimiento de las obligaciones contractuales dimanantes del contrato de licencia, pero mantienen autonomía jurídica e individualidad societaria.

El presente trabajo aborda esta suerte de arritmia que, para el sistema de reglas de imputación jurídico-penal, generan las cláusulas anticorrupción pactadas en contratos en los que la contraparte privada de la entidad pública es un consorcio de empresas o *joint venture*, sin personalidad jurídica independiente a la que posee cada uno de sus miembros.

II. EL RÉGIMEN LEGAL DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD A PERSONAS JURÍDICAS POR LA COMISIÓN DE DELITOS Y LA IMPOSIBILIDAD DE EXTENDER CONTRACTUALMENTE DICHA RESPONSABILIDAD A TERCEROS AJENOS

Según los criterios legales y judiciales aplicables en materia de delitos cometidos en el marco de la ac-

tividad de personas jurídicas, la atribución de responsabilidad penal se efectúa en función a (i) un régimen de responsabilidad penal de la persona natural, que genera consecuencias jurídico-civiles y jurídico-administrativas para la persona jurídica a la que aquella se encuentra vinculado por relación de subordinación y representación; y (ii) un régimen de responsabilidad autónoma de la persona jurídica por la comisión de delitos de corrupción de funcionarios y lavado de activos, vigente para hechos acaecidos desde el 1 de enero de 2018 en adelante, por imperio de la Ley 30424.

Como es sabido, se considera autor penalmente responsable del delito a la persona natural que –independientemente de su vinculación formal con la persona jurídica en cuya actividad se comete el delito– (i) haya ejecutado dolosamente el hecho prohibido por la ley penal, o imprudentemente si es que el tipo penal prevé la modalidad culposa de comisión; y (ii) encontrándose obligado a evitar la producción del daño, por la función ejercida o posición ocupada en la empresa, no haya impedido la realización del comportamiento prohibido por la ley penal, a pesar de su previsible acaecimiento.

En aquellos delitos en los que las condiciones de autoría recaigan en una persona jurídica (delitos ambientales, defraudación tributaria), la legislación penal considera al autor penalmente responsable a la persona natural que actúa como órgano de representación autorizado y, como tal, se encuentra vinculado al delito cometido en el curso de la gestión de la persona jurídica, sea porque haya tenido participación activa en la comisión del hecho prohibido por la ley penal, sea porque su intervención haya sido omisiva, al no haber impedido la producción del hecho dañoso o no haber instado la evitación del hecho por parte de la persona que se encuentra a su cargo⁴.

Con todo, el sistema de imputación penal se estructura sobre la base del principio de culpabilidad –positivizado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal⁵–, según el cual no puede imponerse una sanción por la sola aparición de un resultado lesivo, sino únicamente en

³ Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo 042-2005-EM.

⁴ Artículo 27 del Código Penal.- El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada (1991). Sobre la técnica de imputación del 'actuar en lugar de otro', véase a García Caveró, 'El actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano', Ara Editores, Lima, (2003).

⁵ Artículo VII Código Penal.- La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

tanto el suceso dañoso pueda atribuirse al autor como hecho suyo⁶. La vigencia del principio de culpabilidad –denominado principio de **autorresponsabilidad**– ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 0014-2006-PI/TC, fundamento jurídico 25, destacando que:

El principio de la culpabilidad es uno de los pilares sobre los que descansa el derecho penal. Concretamente, constituye la justificación de la imposición de penas dentro del modelo de represión que da sentido a nuestra legislación en materia penal y, consecuentemente, a la política de persecución criminal, en el marco del Estado constitucional. [...] La reprochabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado. (2007)

En ese sentido, el principio de culpabilidad proscribire de forma expresa la posibilidad de atribución de responsabilidad por el acaecimiento de un evento o resultado provocado por un tercero. Así, la responsabilidad penal que pudiera resultar atribuible al representante de alguna de las empresas integrantes de un consorcio no resulta jurídicamente trasladable a los representantes del resto de empresas que lo conforman, ni, por supuesto, a estas últimas de modo autónomo.

Debe tenerse presente que la Ley 30424 –modificada por Decreto Legislativo 1352, Ley 30835 y Ley 31740–, vigente desde el 1 de enero de 2018, instauró un nuevo régimen de responsabilidad autónoma para personas jurídicas por la comisión de delitos de corrupción de funcionarios y lavado de activos. Bajo este régimen legal, la persona jurídica puede ser declarada autónomamente responsable de la comisión de un catálogo cerrado de delitos –a saber, los delitos de cohecho activo transnacional, cohecho activo genérico de funcionario público nacional, cohecho activo específico de magistrados y auxiliares jurisdiccionales, tráfico de influencias, colusión ilegal, lavado de activos y financiamiento del terrorismo, delitos tributarios, delitos aduaneros, atentados contra el patrimonio cultural, contabilidad paralela– cuando estos hayan sido cometidos: (i) en nombre o por cuenta de la persona jurídica; (ii) como consecuencia de un déficit organizativo, traducido en la ausencia de medidas de control y gestión de riesgos de co-

rrupción y lavado de activos; (iii) en su beneficio (directo o indirecto); y (iv) siempre que hayan sido cometidos por cualquiera de las siguientes personas naturales:

- Sus socios, directores, administradores de hecho o de derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias.
- Sujetos que se encuentren bajo la autoridad y control de los órganos de administración, siempre que hayan cometido el delito bajo sus órdenes o autorización.
- Sujetos que se encuentren bajo la autoridad y control de los órganos de administración, siempre que hayan cometido el delito debido a la falta de supervisión, vigilancia y control respecto de su actuación.

En cuanto a transmisión de responsabilidad a terceros se refiere, la Ley 30424 contiene dos (2) reglas específicas, que –bajo ciertas condiciones y presupuestos– permiten alcanzar tanto a la sociedad matriz de la persona jurídica incurso en la práctica de corrupción y lavado de activos como a las entidades que absorbieren vía fusión o escisión a la persona jurídica responsable de los actos penalmente ilícitos.

Efectivamente, por un lado, conforme al artículo 3 –último párrafo– de la Ley 30424, la responsabilidad por los delitos de corrupción de funcionarios y lavado de activos puede escalar a la sociedad matriz de la persona jurídica culpable, siempre que al realizar la práctica ilícita los ejecutivos o trabajadores de la sociedad filial o subsidiaria hayan actuado bajo las órdenes, autorización o con el consentimiento de los órganos de administración de la sociedad matriz⁷. Se trata de un supuesto excepcional de perforación del velo corporativo, que solo se verifica cuando los órganos de administración o dirección de la sociedad matriz hubieren ordenado, autorizado o consentido la comisión de la práctica indebida. Así, este escalamiento en la responsabilidad no se produce cuando el evento de corrupción fue cometido por la subsidiaria con desconocimiento de la sociedad matriz. Ciertamente, el conocimiento *ex post facto* de la comisión de la práctica corrupta no genera responsabilidad para la sociedad matriz, sino solo el conocimiento *ex ante*

⁶ Sobre el principio de culpabilidad, véase a Mir Puig, Derecho Penal. Parte General, Reppertor, Barcelona, (2002, pp. 130 y siguientes); Jescheck y Weigend, 'Tratado de Derecho Penal. Parte General, Comares', Granada, (1993, p. 278).

⁷ Artículo 3 de la Ley 30424.- [...] Las personas jurídicas que tengan la calidad de matrices serán responsables y sancionadas siempre que las personas naturales de sus filiales o subsidiarias, que incurran en cualquiera de las conductas señaladas en el primer párrafo, hayan actuado bajo sus órdenes, autorización o con su consentimiento (2016).

que otorgue a la compañía matriz la posibilidad de activar su deber de evitación.

Por otro lado, en caso de que se produjera una fusión o escisión, el artículo 2 —último párrafo— de la Ley 30424 establece que la responsabilidad por los actos de corrupción de funcionarios y lavado de activos cometidos por la persona jurídica absorbida resultaría también atribuible a la entidad absorbente, en la medida en que esta no haya realizado un *due diligence* adecuado para detectar la comisión de tales prácticas⁸. Se trata de un supuesto de responsabilidad del sucesor (*successor liability*), tomado de la norma antisoborno norteamericana (*FCPA*, por sus siglas en inglés).

En este sentido, cuando se trata de consorcios, la noción de ‘afiliada’, que comúnmente se utiliza en la redacción de las cláusulas anticorrupción, no se encontrará alineada con el estándar legal de atribución de responsabilidad por actos de corrupción y lavado de activos prevista para el ámbito de las personas jurídicas. Para mantener la coherencia con el sistema de responsabilidad penal corporativa, la noción de ‘afiliada’ solo debe alcanzar a (i) la entidad que controla directamente a la empresa miembro del consorcio, y que —conforme al estándar legal vigente— sería responsable de los actos de su filial o subsidiaria, en la medida en que estos hayan sido ordenados, autorizados o consentidos por la entidad controladora; y (ii) la entidad que absorbiere a cualquiera de las empresas que conforman el consorcio, cuya responsabilidad solo podría ser enervada en la medida en que la entidad absorbente haya realizado un adecuado procedimiento de ‘debida diligencia’ para detectar la comisión de prácticas de corrupción y lavado de activos en la entidad absorbida.

Ciertamente, la noción de ‘persona jurídica’ utilizada en la Ley 30424 hace referencia a todas aquellas personas jurídicas constituidas bajo alguna de las formas previstas en el Código Civil, la Ley General de Sociedades (Ley 26887) o la Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (Decreto Ley 21621 y sus modificatorias).

En ese sentido, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley que dio lugar a la Ley 30424, así como el dictamen que lo aprobó, contemplan solo a las personas jurídicas reconocidas por el Código Civil y la Ley General de Sociedades (incluyendo a las sociedades irregulares). Sobre el particular, debe tenerse presente que (i) el artículo 438 de la Ley General de Sociedades expresamente establece que los contratos asociativos, como los consorcios, “no generan una persona jurídica” (1997)⁹, por lo que dichas formas asociativas claramente no están comprendidas en los alcances de la Ley 30424; y (ii) la Ley General de Sociedades delimita la responsabilidad de los miembros de un consorcio, estableciendo que estos se vinculan individualmente con terceros en el desempeño de su actividad, asumiendo obligaciones y responsabilidades a título particular¹⁰.

Por su parte, si bien la Ley 30424 rotula formalmente a la culpabilidad de la persona jurídica como ‘responsabilidad administrativa’, desde una perspectiva material nos encontramos ante una responsabilidad de carácter criminal, toda vez que: (i) se trata de responsabilidad por la comisión de delitos, esto es, de conductas tipificadas en el Código Penal; (ii) la investigación de la persona jurídica por la presunta comisión de los delitos que le genera responsabilidad autónoma está a cargo del Ministerio Público, es decir, del organismo que, conforme al artículo 158 de la Constitución Política, ostenta el monopolio de la persecución penal; (iii) la responsabilidad autónoma de la persona jurídica por la comisión de un delito ha de ser declarada por un tribunal penal; y (iv) se da en el marco de un proceso penal que se rige por las normas, principios y garantías establecidos en la Constitución y las leyes para los casos de naturaleza penal¹¹.

La propia Ley 30424 se encarga de reafirmar este enfoque netamente penal de la responsabilidad atribuible a las personas jurídicas, pues expresamente prescribe en su Tercera Disposición Complementaria Final:

⁸ Artículo 2 de la Ley 30424.- En el caso de una fusión o escisión, la persona jurídica absorbente: [...] no incurre en responsabilidad administrativa 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 (2016).

⁹ Artículo 438 de la Ley General de Sociedades.- Se considera contrato asociativo aquel que crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes. El contrato asociativo no genera una persona jurídica, debe constar por escrito y no está sujeto a inscripción en el Registro (1997).

¹⁰ Artículo 447 de la Ley General de Sociedades.- Cada miembro del consorcio se vincula individualmente con terceros en el desempeño de la actividad que le corresponde en el consorcio, adquiriendo derechos y asumiendo obligaciones y responsabilidades a título particular. Cuando el consorcio contrate con terceros, la responsabilidad será solidaria entre los miembros del consorcio sólo [sic] si así se pacta en el contrato o lo dispone la ley (1997).

¹¹ Sobre el particular, véase a Caro y Reaño, ‘Tratado angloiberoamericano sobre compliance penal’, (2021, pp. 689-732).

La investigación, procesamiento y sanción de las personas jurídicas, [...], se tramitan en el marco del proceso penal, al amparo de las normas y disposiciones del Decreto Legislativo 957, gozando la persona jurídica de todos los derechos y garantías que la Constitución Política del Perú y la normatividad vigente reconoce a favor del imputado. (2016)

En tal sentido, bajo el régimen de responsabilidad autónoma de personas jurídicas por la comisión de delitos de corrupción de funcionarios y lavado de activos, rigen los mismos criterios de imputación y garantías detallados para las personas naturales.

En lo que a las consecuencias jurídico-penales se refiere, las sanciones pasibles de imposición a las personas jurídicas que incurrieran en prácticas de corrupción de funcionarios y lavado de activos son las siguientes:

- a) Multas:
 - No menor del doble ni mayor del séxtuplo del beneficio obtenido o que se esperaba obtener con el delito.
 - Cuando no es posible cuantificar el beneficio obtenido o que esperaba obtener, la multa se impone en función a los ingresos anuales de la empresa, dentro del rango de 10 Unidades Impositivas Tributarias ('UIT') hasta 10 000 UIT.
- b) Suspensión de las actividades sociales de 6 meses hasta 2 años.
- c) Prohibición temporal (de 6 meses hasta 5 años) o definitiva de llevar a cabo en el futuro actividades de la misma clase de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
- d) Inhabilitación permanente para contratar con el Estado.
- e) Cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales.
- f) Clausura de locales o establecimientos, con carácter temporal (de 1 a 5 años) o definitiva.
- g) Disolución de la persona jurídica

Nótese que entre las sanciones previstas para las personas jurídicas que incurran en delitos de corrupción de funcionarios y lavado de activos se encuentra la cancelación o terminación de contratos de licencia o concesión, que debe aplicarse –con-

forme al principio de culpabilidad– única y exclusivamente a la persona jurídica que haya incurrido en tales prácticas delictivas, quedando proscrita la posibilidad de extender dicha sanción a terceros no responsables de dichos eventos.

En tal sentido, una cláusula anticorrupción que establezca responsabilidad solidaria entre los miembros de un consorcio por la comisión de delitos que solo resultaren penalmente atribuibles a una de las empresas integrantes del mismo quebrantaría los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas, según los cuales nadie debe asumir consecuencias derivadas de actos punibles cometidos por terceros.

Por su parte, desde la perspectiva de análisis jurídico-civil, no resulta aplicable el principio de la solidaridad contractual para pretender atribuir el efecto del incumplimiento de las declaraciones y compromisos asumidos por cada uno de los integrantes de un consorcio a sus demás miembros, puesto que la solidaridad solo puede ser aplicada dentro del límite de la posibilidad jurídica de cumplimiento de la obligación. De lo contrario, se vulnera el principio de 'unidad de la prestación de la obligación solidaria', conforme al cual, al estar cada uno de los deudores solidarios obligado a cumplir con el íntegro de la obligación, cada uno de tales deudores solidarios tendría que estar en la posibilidad jurídica de cumplir tal obligación.

Dicho de otro modo, al igual que en los contratos de concesión, en lo que las declaraciones y compromisos de la cláusula anticorrupción se exigen al concesionario –como única contraparte con control y responsabilidad sobre su esfera jurídica–, en los contratos de licencia en los que la contraparte estatal es un consorcio de empresas, tales declaraciones y obligaciones solo pueden ser exigibles individualmente para cada uno de los integrantes del consorcio respecto de su propia esfera jurídica y organización. Sin embargo, no resultaría jurídicamente válido exigir tal cumplimiento a los integrantes del consorcio respecto de sus otros consorciados, por tratarse de declaraciones y compromisos personalísimos.

En definitiva, todo pacto que implique la asunción de responsabilidad solidaria por la comisión de un delito ajeno implicaría transgredir principios rectores del régimen legal vigente en materia de atribución de responsabilidades jurídico-penales derivadas del delito. Tal pacto resultaría contrario al principio de culpabilidad en materia penal, el cual proscribía la posibilidad de atribución de responsabilidad objetiva a quien no ha cometido el delito. Por lo tanto, la imposición de consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de delitos a

una persona jurídica carecería de legitimación si se fundamenta en hechos ajenos a su esfera de control y supervisión.

Consiguientemente, una cláusula anticorrupción formulada en contravención al principio de culpabilidad penal resultaría nula, en tanto su objeto —es decir, responsabilizar solidariamente a los integrantes de un consorcio por las consecuencias de un hecho ilícito de carácter penal incurrido por uno de ellos— sería jurídicamente imposible, lo que está previsto como causal de nulidad en el inciso 3 del artículo 219 del Código Civil¹². En igual sentido, el artículo 1403 del Código Civil establece como requisito de validez de la obligación que esta resulte jurídica y físicamente posible¹³.

Y es que las cláusulas anticorrupción contienen declaraciones y compromisos personalísimos que solo pueden ser asumidos y ejecutados por cada uno de los integrantes de un consorcio, pues están relacionados con situaciones de hecho y obligaciones que se vinculan a las consecuencias jurídicas de hechos ilícitos que solo pueden ser asumidas por los sujetos de derechos legalmente vinculados a tales consecuencias jurídicas, esto es, cada uno de los miembros del consorcio.

Por ello, no corresponde que las consecuencias de la falsedad de las declaraciones o del incumplimiento de esas obligaciones sean asumidas por todos los integrantes del consorcio bajo la pretendida cobertura que daría la solidaridad prevista en las señaladas cláusulas anticorrupción. A tal efecto, resulta importante señalar que la responsabilidad solidaria presupone la existencia de dos o más deudores obligados, cada uno de ellos al cumplimiento íntegro de una o más obligaciones. Por ello, la doctrina civilista especializada señala como efecto esencial de la solidaridad que:

[...] el acreedor puede dirigirse contra alguno de los deudores, o contra todos ellos; y que puede hacerlo simultánea o sucesivamente, hasta que cobre el íntegro de la deuda. El precepto responde, cabalmente, a la verdadera naturaleza jurídica de la solidaridad, vale decir a la unidad de prestación [...]. Los deudores solidarios lo son, tal como se ha expresado, por el íntegro. (Osterling, 1985, p. 83)

En ese sentido, la solidaridad determina que cada uno de los deudores está obligado a cumplir con el íntegro de la obligación asumida frente al acreedor. Para ello, resulta condición esencial que la naturaleza de la obligación permita que su cumplimiento sea exigible indistintamente a cualquiera de los deudores. De lo que se sigue que los requisitos de validez de la obligación deben cumplirse respecto de cada uno de los codeudores solidarios, lo que impide que las obligaciones personalísimas puedan vincular solidariamente a varios deudores que no reúnan el requisito jurídico o fáctico que define tal carácter personalísimo.

Con las cláusulas anticorrupción se busca atribuir el efecto de la declaración y obligación que asume cada uno de los integrantes de un consorcio a sus demás miembros, como si tal declaración y obligación pudieran ser asumidas y cumplidas por todos o cualquiera de los integrantes del consorcio. Ello no resulta jurídicamente posible, pues se trata de declaraciones y obligaciones personalísimas, que no pueden ser ejecutadas por cualquiera de los integrantes del consorcio, sino por cada uno de ellos, pero únicamente respecto de su propia esfera jurídica y organizativa.

De otro lado, una cláusula anticorrupción que no atienda al carácter personalísimo de las declaraciones formuladas y obligaciones asumidas también resulta inválida por contravenir lo dispuesto en el artículo 1195 del Código Civil¹⁴. En efecto, el principio legal de la solidaridad es que todo codeudor está obligado al cumplimiento de la obligación, pues —conforme se ha indicado líneas arriba— se asume la existencia de la unidad de prestación. Sin embargo, el incumplimiento y sus consecuencias solo le son imputables al codeudor imputable de la inejecución. En tal sentido, la doctrina civilista señala que:

En suma, conforme al Código de 1984, cada codeudor responde por el íntegro del valor de la prestación debida. [...] Sin embargo, por la indemnización de daños y perjuicios sólo [sic] responde el codeudor o, solidariamente, los codeudores que hubieren incurrido en dolo o culpa. [...]. (Osterling, 1985, p. 91)

En conclusión, el incumplimiento de la obligación solidaria y sus consecuencias (entre ellas, el sur-

¹² Artículo 219 del Código Civil.- El acto jurídico es nulo: [...] 3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable (1984).

¹³ Artículo 1403 del Código Civil.- La obligación que es objeto del contrato deber ser lícita. La prestación en que consiste la obligación y el bien que es objeto de ella deben ser posibles (1984).

¹⁴ Artículo 1195 del Código Civil.- El incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o a varios codeudores, no libera a los demás de la obligación de pagar solidariamente el valor de la prestación debida. El acreedor puede pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios al codeudor o solidariamente, a los codeudores responsables del incumplimiento (1984).

gimiento de un derecho resolutorio de los contratos) solo se producen respecto de aquel codeudor cuya inejecución le es imputable, de manera que el codeudor que no incumple la obligación no es responsable frente al acreedor. Sin embargo, conforme a las cláusulas anticorrupción, todos los codeudores responderían por el eventual incumplimiento de uno de ellos, lo que constituye una infracción al precepto del artículo 1195 del Código Civil, que desnaturaliza la solidaridad pretendida y, en aplicación del inciso 3 del artículo 219 y del artículo 1403 del Código Civil, una cláusula anticorrupción así formulada resultaría nula.

En todo caso, lo que correspondería es establecer la responsabilidad individual de cada consorciado del contrato de licencia, de forma tal que, una vez comprobado el ilícito penal y el incumplimiento de la obligación individual pactada, el consorciado infractor asuma las consecuencias pactadas, incluyendo la posibilidad de tener que apartarse del consorcio y realizar los pagos indemnizatorios correspondientes, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiera corresponderle tanto como persona jurídica como a sus representantes incurridos en las prácticas indebidas.

III. CLÁUSULAS ANTICORRUPCIÓN Y EL RÉGIMEN LEGAL DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD JURÍDICO-CIVIL DERIVADO DE LA COMISIÓN DE DELITOS

En lo que toca a la responsabilidad civil derivada del delito, en nuestro ordenamiento jurídico, el factor de atribución de responsabilidad civil viene dado —como regla general— por la causación o autoría del daño¹⁵. No obstante, excepcionalmente, la ley impone la obligación de indemnizar a quien no ha sido el causante del daño, siendo uno de

estos casos el de la llamada **responsabilidad vicaria**¹⁶. En tanto que se trata de una responsabilidad por hecho ajeno, se configura como una hipótesis excepcional que debe interpretarse de manera restrictiva y, desde luego, no puede extenderse por analogía a otros supuestos distintos a los previstos por la norma.¹⁷

Bajo este entendido, los artículos 92 al 94 del Código Penal¹⁸ no crean nuevos supuestos de responsabilidad civil ni nuevos elementos para determinar el nacimiento de la obligación de indemnizar que menciona el numeral 2 del artículo 93 del citado texto normativo. Antes bien, las indicadas normas del Código Penal, en concordancia con el artículo 101 del mismo¹⁹, dan por sentado que la responsabilidad civil se configura en base al sistema que contiene el Código Civil. Dentro de este orden de ideas, cuando el artículo 95 del Código Penal señala que “la reparación civil es solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente responsables” (1991), no hace sino reafirmar la responsabilidad vicaria que contempla el Código Civil y la existencia de solidaridad entre la obligación de indemnizar a cargo del causante del daño (en este caso, el autor del delito) y la del tercero (civilmente responsable); solidaridad que, por lo demás, ya establece el propio artículo 1981 del Código Civil.

Justamente la aplicación del artículo 1981 del Código Civil, que prevé la responsabilidad vicaria, determina que, en ciertas ocasiones, y únicamente cuando se presenten los elementos del supuesto de hecho previsto para ello, el pago de la reparación civil impuesta en el marco de un proceso penal no solo sea exigible a los autores y partícipes del delito, sino también a **terceros** ajenos al hecho punible (Trazegnies, 1995, pp. 509-544).

¹⁵ El artículo 1969 del Código Civil consagra la responsabilidad subjetiva (por dolo o culpa), en los siguientes términos: Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor (1984).

Por su parte, el artículo 1970 del Código Civil estipula la responsabilidad objetiva (por riesgo), en los siguientes términos: Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo (1984).

¹⁶ Consagrada en el artículo 1981 del Código Civil en los siguientes términos: Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria (1984).

¹⁷ El Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil señala con claridad, que la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía (1984).

¹⁸ Artículo 92 del Código Penal.- La reparación civil se determina conjuntamente con la pena.

Artículo 93 del Código Penal.- La reparación comprende:

1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y
2. La indemnización de los daños y perjuicios.

Artículo 94 del Código Penal.- La restitución se hace con el mismo bien, aunque se halle en poder de terceros, sin perjuicio del derecho de éstos para reclamar su valor contra quien corresponda (1991).

¹⁹ Artículo 101 del Código Penal.- La reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil (1991).

Ahora bien, para que se presente la responsabilidad vicaria y, en un proceso penal, ocupe la condición de tercero civilmente responsable quien, sin haber participado en la comisión del delito, asuma la obligación de resarcir el daño causado por el imputado, es indispensable que, además de la existencia del daño causado por el imputado, este se encuentre bajo las órdenes del tercero y que el daño haya sido inferido actuando en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo.

En efecto, según destaca la doctrina especializada, la atribución de responsabilidad civil al tercero –esto es, a quien no ha generado directamente el daño– requiere la verificación de dos requisitos: (i) que el responsable directo o principal del daño se encuentre en una relación de dependencia respecto del tercero, es decir, el responsable principal no debe actuar según su propio arbitrio, sino sometido –aunque sea potencialmente– a la dirección y posible intervención del tercero; y (ii) que el acto generador de la responsabilidad haya sido cometido por el subordinado en el desempeño de sus obligaciones o servicios (San Martín Castro, 2003, p. 295).

Respecto del **primer requisito** (i), es comúnmente admitido que alguien está bajo las órdenes de otro cuando este tiene una facultad de dirección respecto del actuar de aquel, esto es, existe una relación de subordinación del segundo respecto del primero. Dicha vinculación es definida como la relación jurídica o, de hecho, en virtud de la cual el autor de la infracción penal se encuentra bajo la dependencia –onerosa o gratuita, duradera y permanente o puramente circunstancial y esporádica– de su principal, o al menos que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realiza cuenten

con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del tercero (Gimeno Sendra *et al.*, 1996, p. 188).

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha dejado sentado –aunque de modo no expresamente vinculante– que no es del caso apreciar tal **relación de dependencia** entre los imputados y la empresa a la que se encuentran vinculados, cuando aquellos –en virtud del cargo de dirección ostentado (como directores y accionistas)– no actúan por cuenta ni en interés de ella, sino instrumentalizándola para obtener beneficios personales²⁰.

Con relación al **segundo requisito** (ii), exigido para considerar a un tercero civilmente responsable, se entiende que el acto generador de la responsabilidad ha sido cometido por el dependiente en el desempeño de sus obligaciones y servicios, ello cuando el hecho realizado se haya inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas y en el seno de la actividad o tarea confiada al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de actuación (Sendra *et al.*, 1996, p. 188). No se atribuye responsabilidad civil al tercero cuando el hecho del infractor implique la extralimitación de las funciones que le fueron encomendadas. Esta conclusión es congruente con las disposiciones legales que rigen la marca societaria de la persona jurídica, en el sentido que las sociedades solo pueden ser obligadas por actos realizados por sus representantes dentro de los límites de sus facultades²¹.

En cualquier caso, la responsabilidad civil derivada del delito no escala más allá de la persona jurídica con la que el responsable penal mantenía relación de subordinación, y tampoco se traslada a terceros con los que no exista tal relación de subordinación, como es el caso de los socios en un consorcio.

²⁰ Véase a Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 3766-2006, de 14 de diciembre de 2006, especialmente el considerando sexto:

[...]; en efecto en el desarrollo del proceso ha quedado establecido que José Enrique C.L.T. era Presidente del Directorio de Compañía Peruana de Radiodifusión S.A., y José Francisco C.C. era miembro del Directorio y Presidente Ejecutivo de dicha empresa, y estando a que el Directorio no es un órgano que se encuentra en condición de subordinación –tampoco sus miembros–, por el contrario, es un órgano que cuenta con amplias facultades decisorias al interior de la sociedad, cuyo ejercicio implica una alta dosis de independencia, autonomía y autorregulación. Los procesados eran accionistas controladores del ‘canal cuatro’ [sic] –titulares del 99% de las acciones– por ende, tenían *de facto* el control absoluto de la sociedad, por lo que su actuación nos conduce a afirmar que lejos de encontrarse en una relación de subordinación respecto del ‘canal cuatro’, se encontraban en una posición de control que grafica claramente el poder de decisión que ellos tenían en la sociedad, manifestación clara de la inexistencia de subordinación (2006).

²¹ Artículo 12 de la Ley General de Sociedades (Ley 26887).

La sociedad está obligada hacia aquellos con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les haya conferido, aunque tales actos comprometan a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social. Los socios o administradores, según sea el caso, responden frente a la sociedad por los daños y perjuicios que ésta haya experimentado como consecuencia de acuerdos adoptados con su voto y en virtud de los cuales se pudiera haber autorizado la celebración de actos que extralimitan su objeto social y que la obligan frente a co-contratantes y terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiese corresponderles. La buena fe del tercero no se perjudica por la inscripción del pacto social (1997).

IV. CLÁUSULAS ANTICORRUPCIÓN Y EL RÉGIMEN LEGAL DE ATRIBUCIÓN DE CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL DELITO

Adicionalmente a las consecuencias jurídico-penales y jurídico-civiles del delito, que han de soportar el imputado y el tercero civil responsable, el ordenamiento legal prevé la imposición de medidas de carácter administrativo –aunque dictadas por la justicia penal– contra las personas jurídicas que hayan sido utilizadas en la comisión del delito²².

Las medidas que pudieran resultar aplicables a la persona jurídica en cuya actividad se cometió el delito son las siguientes: (i) clausura de sus locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo, siendo que la clausura temporal no excederá de cinco (5) años; (ii) suspensión de las actividades de la sociedad, en un plazo no mayor de dos (2) años; (iii) prohibición a la sociedad de realizar en el futuro actividades de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo, en cuyo caso la prohibición temporal no será mayor de cinco (5) años; (iv) multas; y (v) disolución y liquidación de la sociedad, siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.

El presupuesto de su imposición es que el hecho punible se cometa, alternativamente, (i) en ejercicio de la actividad de la persona jurídica, lo que comprende todas aquellas conductas que materialmente han sido realizadas en ejercicio de su actividad social; o (ii) utilizando la organización de la persona jurídica para favorecerlo o encubrirlo, lo que importa la realización de cualquier acto a través de la organización social que tenga como objetivo tanto brindar facilidades, ayudar o servir a la comisión del delito, como ocultar o disimular la comisión del delito o de sus efectos (Meini Méndez, 1999, p. 208).

Su finalidad esencial es evitar la utilización de la persona jurídica en actividades criminales, siempre que sea razonable prever tal posibilidad en virtud de un defecto de organización de esta o que no se hayan adoptado las medidas necesarias de precaución para garantizar su funcionamiento legal. Su imposición es ciertamente excepcional, limitándose en la práctica a casos en los que la empresa es percibida como un continuo foco de riesgos que facilita la comisión de futuros delitos o su encubrimiento.

Desde la perspectiva procesal, para su imposición resulta exigible: (i) la incorporación de la persona jurídica en el proceso como **parte pasiva** y no solo como tercero civil responsable; (ii) que el Ministerio Público las requiera en su acusación; (iii) que se impongan en la sentencia condenatoria, nunca en la fase de ejecución del fallo.

En tal sentido, para imponer una consecuencia accesoria, es necesario que se haya determinado previamente que una persona individual ha cometido un hecho punible en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica, utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo. De este modo, las consecuencias accesorias solo se impondrán a la persona jurídica que mantiene una vinculación con el autor del delito (responsable penal).

En el caso específico de un consorcio, los actos realizados por los empleados y representantes de una de las empresas consorciadas que hayan utilizado la estructura organizativa de la persona jurídica a la que se encuentran vinculados, sea para favorecer o para encubrir un delito, no generan consecuencias accesorias atribuibles al resto de empresas, sino únicamente a la que el responsable penal se encuentra vinculado. Esto, por cuanto el consorcio carece de personalidad jurídica y, además, por cuanto el fundamento de la imposición de medidas administrativas accesorias a la pena se sustenta en la peligrosidad de la empresa cuya estructura es utilizada para favorecer u ocultar actividades delictivas, no siendo trasladable a otras personas jurídicas por el solo hecho de conformar un consorcio.

V. EXCURSO: CLÁUSULAS DE PREVENCIÓN DE LAVADO DE ACTIVOS Y CONSORCIOS DE EMPRESAS

Debe tenerse presente que la Ley Penal contra el Lavado de Activos criminaliza la participación en actos de conversión, transferencia, tenencia u ocultamiento de dinero o bienes de procedencia ilícita. Específicamente, el artículo 1 de la Ley Penal contra el Lavado de Activos, establece sanciones penales que oscilan entre los ocho (8) y quince (15) años de privación de la libertad para quienes: (i) “convierten o transfieren dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso” (2002); o, (ii) “adquieren, utilizan, poseen, guardan, administran, custodian, reciben, ocultan o mantienen en su poder, dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o debe presumir” (2002).

²² Sobre la naturaleza jurídico-administrativa de esta responsabilidad, véase a Fernández Teruelo, ‘Las consecuencias accesorias del artículo 129 CP’, Pamplona, (2001, pp. 281-283).

Para verificar el conocimiento (o deber de conocimiento) sobre la existencia del delito precedente, generador de ganancias o activos ilícitos, la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido los siguientes criterios²³; a saber, (i) adquisición de bienes sin justificar ingresos que la expliquen; (ii) compra de bienes cuyo precio abona otra persona; (iii) transacciones respecto de bienes incompatibles o inadecuados en relación a la actividad desarrollada; (iv) se han de examinar aquellos indicios relativos al manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones, utilización de testaferros, depósitos, apertura de cuentas en países distintos del de residencia de su titular, o por tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; (v) la ausencia de una explicación razonable sobre las anómalas operaciones detectadas; (vi) la constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas previas o con personas o grupos relacionados con las mismas. Ese vínculo o conexión —contactos personales, cesión de medios de transporte, vínculos con personas condenadas por delitos graves: terrorismo, tráfico ilícito de drogas, corrupción— ha de estar en función con un hecho punible en el que los bienes deben tener su origen, lo que comporta la evidencia de una relación causal entre el delito fuente y el delito de lavado de activos.

En tal sentido, la responsabilidad por permitir el empleo de fondos de terceros de origen ilícito en un negocio o actividad desarrollada en forma asociativa se atribuye tanto al socio que realiza el aporte como a las entidades integrantes de un consorcio que hubiesen tenido conocimiento cierto —o que debieron tenerlo de haber aplicado los controles de prevención del lavado de activos— del carácter ilícito de la fuente de la que procedían los recursos aportados al consorcio para su operación.

De este modo, resultaría contrario al régimen legal de atribución de responsabilidad por delitos de lavado de activos imponer consecuencias jurídicas

a terceros que —aplicando la debida diligencia exigible— no hubieran tenido motivos razonables para sospechar de la ilicitud del origen de los fondos aportados al consorcio por determinado socio, por lo que la causal de resolución del contrato por comisión de una práctica de lavado de activos no debería alcanzar a dichas entidades.

Sobre el particular, el mecanismo idóneo para garantizar una adecuada diligencia por parte de un consorcio en la detección de transacciones que puedan calificarse de ‘operaciones inusuales’²⁴ u ‘operaciones sospechosas’²⁵ viene dado por las verificaciones de debida diligencia que debe observar cada miembro del consorcio cada vez que alguno de los socios efectúe un aporte dinerario y recursos financieros, a fin de tomar conocimiento de la licitud del origen o procedencia de los fondos aportados.

Como reflexión final, podemos concluir que —correctamente formuladas— las cláusulas anticorrupción constituyen una valiosa y potente herramienta contractual para disuadir la comisión de actos ilícitos por parte de privados en el marco de la negociación, celebración y ejecución de contratos cuya contraparte es una entidad pública. Asimismo, ofrecen terminaciones contractualmente eficientes para el Estado cuando se verifica el incumplimiento de las declaraciones u obligaciones asumidas por su contraparte privada. No obstante, pueden generarse efectos desincentivadores de la inversión cuando la aplicación y los efectos de esta clase de cláusulas se extiende más allá de los límites jurídicamente razonables, por lo que resulta imperativo armonizarlas con la lógica intrínseca al sistema de atribución de responsabilidad penal previsto para personas jurídicas. ■

REFERENCIAS

Caro & Reaño. (2021). Tratado angloiberoamericano sobre compliance penal. En N. Rodríguez (Dir.) y Ontiveros, M., Gabriel, O., Rodríguez, F. (Coords.). Editorial Tirant lo Blanch.

²³ Se trata del Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116, de 16 de noviembre de 2010, adoptado por el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, y que tiene el valor de doctrina legal de carácter vinculante para la interpretación de la Ley Penal contra el Lavado de Activos.

²⁴ De acuerdo con la definición contenida en el artículo 2 de la Resolución SBS 486-2008, modificado por Resolución SBS 14998-2009, son **operaciones inusuales** “aquellas cuya cuantía, características particulares y periodicidad no guardan relación con la actividad económica del cliente, salen de los parámetros de normalidad vigentes en el mercado o no tienen un fundamento legal evidente”.

²⁵ De acuerdo a la definición contenida en el artículo 2 de la Resolución SBS 486-2008, modificado por Resolución SBS 14998-2009, son **operaciones sospechosas**:

Aquellas operaciones inusuales realizadas o que se pretenda realizar, de naturaleza civil, comercial o financiera que tengan una magnitud o velocidad de rotación inusual, o condiciones de complejidad inusitada o injustificada, que en base [sic] a la información recopilada, de conformidad con las normas sobre ‘el conocimiento del cliente’, se presume proceden de alguna actividad ilícita, o que, por cualquier motivo, no tengan un fundamento económico o lícito aparente; y que podrían estar vinculadas al lavado de activos o financiamiento del terrorismo.

Fernández Teruelo. (2001). Las consecuencias accesorias del artículo 129 CP. En Quintero, G., y Morales, F. (Coords.), *El nuevo Derecho Penal Español*. Editorial Aranzadi.

García Caverro, P. (2003). *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano*. Ara Editores.

Gimeno Sendra, J. et al. (1996). *Derecho procesal penal*. Colex.

Jescheck & Weigend. (1993). *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Trad. de José Luis Manzañares Samaniego). Comares.

Meini Méndez, O. (1999). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Mir Puig, S. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Reppertor.

Osterling, F. (1985). De las Obligaciones Divisibles e Indivisibles y de las Obligaciones Mancomunadas y Solidarias, *Para Leer el Código Civil II* (2da. ed.). Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

San Martin Castro, C. (2003). *Derecho procesal penal*, (2da ed., volumen I). Grijley.

Trazegnies Granda (1995). La responsabilidad extracontractual, (5ta ed., tomo I, volumen IV). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Decreto Legislativo 635, Código Penal, Diario Oficial *El Peruano*, 8 de abril de 1991 (Perú).

Decreto Supremo 042-2005-EM, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, Diario Oficial *El Peruano*, de 14 de octubre de 2005 (Perú).

Decreto Legislativo 1362, Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, Diario Oficial *El Peruano*, de 23 de julio de 2018 (Perú).

Ley 26887, Ley General de Sociedades, Diario Oficial *El Peruano*, 5 de diciembre de 1997 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 19 de enero de 2007, sentencia recaída en el Expediente 0014-2006-PI/TC (Perú).