

El Oficial de Cumplimiento: su responsabilidad penal y administrativa

Nicolás Durrieu

I.- Introducción.

Las personas jurídicas han sido los vehículos del desarrollo económico por excelencia en el último siglo. Consecuentemente, también son grandes generadoras de riesgos para los bienes jurídicos.

Es por tal motivo que los Estados –mediante la amenaza de sanciones penales o administrativas a las personas jurídicas y sus administradores- han logrado que las empresas se autorregulen a fin de controlar o mitigar los peligros que ellas mismas generan por su actividad, sea en el ámbito cambiario, financiero, obra vial, industrial, etc.

La importancia del *compliance* es una práctica que tuvo su mayor impulso en los EE.UU. por la prevención de la corrupción corporativa. Luego se dispersó en el mundo entero, fruto de la competencia extraterritorial que ejerce la justicia de EE.UU., fundada en leyes como la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), no solo sobre sus sociedades, sino sobre todas aquellas que tuvieran algún vínculo con ese país.

Si bien originariamente se desarrolló fruto de la amenaza coercitiva del Estado, en la actualidad el *compliance* se encuentra arraigado en las costumbres de la mayoría de las empresas multinacionales.

II.- El *compliance* en la Argentina

La autorregulación de la sociedad para la evitación de los riesgos jurídico-penales puede imponerse normativa o voluntariamente.

Respecto a esta última, en la Argentina se da mayoritariamente en las empresas multinacionales, debido principalmente a su exposición a sanciones en otros países. En cuanto a los oficiales de cumplimiento respecta, sus funciones no se limitan a una determinada área sino que son amplias (vg. corrupción, lavado de activos, peligros ambientales, información confidencial). También es costumbre de las empresas establecer canales de denuncia, procedimientos de investigación y sanción de los hechos.

Por otro lado, de momento solo existen normativamente obligaciones de *compliance* respecto al lavado de activos y financiamiento del terrorismo, cuyo bloque normativo se comprende básicamente por la ley 25.246 y sus modificaciones, las resoluciones de la Unidad de Información Financiera (UIF) y otros organismos de contralor que cumplen una función “coadyudante” en la materia, como el BCRA, CNV o la AFIP.

La ley 25.246 establece en su art. 21 obligaciones genéricas de los sujetos obligados, como el de “conocer al cliente”, informar las operaciones sospechosas de lavado y evitar informarle al cliente. Más específicamente, el art. 7 de la resolución 121/2011 de la UIF establece diversas obligaciones como la de capacitar al personal, establecer auditorías internas y externas y crear procedimiento y manuales de cumplimiento.

Específicamente, la creación del cargo de oficial de cumplimiento es obligatoria para los sujetos obligados en la prevención del lavado de activos, según lo establecido por el art. 21 bis de la ley 25.246. Además dicho funcionario debe ser miembro del organismo de administración de la sociedad, según lo establecen las diversas resoluciones de la UIF, lo cual trae inconvenientes a la hora de atribuir responsabilidades, de acuerdo a lo que se analizará más adelante.

En cuanto a la legislación penal en nuestro país, la única referencia que existe sobre el *compliance* es el anteúltimo párrafo del art. 304 del Código Penal, el cual establece algunas pautas para la graduación de la pena a las personas jurídicas en materia de lavados de activos, extendibles a los delitos contra el orden financiero y, asimismo, a los delitos tributarios.

III.- La atribución de responsabilidad del oficial de cumplimiento.

a) El oficial de cumplimiento es quien tiene la función primordial de implementar el *compliance* en la empresa a fin de que puedan controlarse los riesgos que se crean de la propia actividad comercial.

Es decir que la empresa, ya sea normativa o voluntariamente, delegó dichas funciones en una persona a la que llamamos "oficial de cumplimiento". Él es el garante de evitar que no se lesione bien jurídico alguno y por tal motivo, su omisión puede serle imputada penal o administrativamente.

No obstante, cabe destacar que quien tiene la obligación primordial u originaria en el control del riesgo jurídico-penal, sigue siendo el órgano de administración. Como expresión de la voluntad societaria, es quien determina las políticas generales de actuación, pero por una cuestión de especificidad propia de la economía en escala y piramidal -y en algunos casos por exigencias normativas-, delegan las funciones de su implementación en el oficial de cumplimiento. No obstante subsiste un deber o garantía residual de vigilancia, supervisión y dotación de medios.

Por tal motivo, podría tener responsabilidad el órgano de administración cuando dicha delegación se haya realizado sobre una persona no idónea para el cargo o que no se le hayan provisto de las herramientas suficientes para realizar correctamente su labor.

b) La responsabilidad del oficial de cumplimiento en un delito puede surgir sin duda alguna en los casos que su conducta en el hecho sea dolosa y a título personal. No cabe discusión que si el funcionario realiza la conducta típica de pagar sobornos a un funcionario público, responder como autor.

c) Descartada dicha situación, la discusión se centra en si el funcionario debe responder por hechos de terceros.

La responsabilidad pudiera surgir en el caso que exista una implementación defectuosa del *compliance* en la empresa y que se haya cometido un hecho delictivo sin su conocimiento.

El oficial de cumplimiento respondería a título de culpa (por imprudencia o negligencia) en el ámbito administrativo sancionatorio (ejemplo, sanciones UIF) por la deficiencia formal de su implementación.

Contrariamente a lo que sucede en el derecho administrativo sancionador, en el derecho penal los delitos son dolosos salvo que se establezca expresamente la culpa. De este modo, únicamente le cabría responsabilidad penal en la medida en que exista un tipo penal imprudente, específicamente legislado y con carácter previo a su comisión.

Además, en materia penal, la atribución de responsabilidad penal es más restrictiva, dependiendo si el delito es doloso o culposo. En el primer caso, podría discutirse la tipicidad de la conducta por no haber tenido conocimiento del hecho. Contrariamente, en caso de estar legislada la figura culposa, la conducta podría serle atribuida, cuando por la omisión de control o implementación defectuosa haya contribuido con el resultado típico. En la doctrina penal se la llama responsabilidad por infracción al deber de cuidado.

En ejemplos, no puede imputársele a un oficial de cumplimiento el soborno realizado por un empleado a un funcionario público al ser un delito doloso, a pesar de que no haya implementado controles suficientes para su evitación.

No obstante, sí puede serle atribuido a título de culpa cuando como consecuencia de no haber implementado los controles ambientales suficientes sobre los desechos industriales, se produjo una contaminación ambiental culposa (art. 56 de la ley 24.051 de residuos peligrosos). En definitiva, dependerá si el tipo contempla o no la figura culposa (negligencia o imprudencia).

Como funcionario auxiliar del órgano de administración, el oficial de cumplimiento debe informarle a este sobre los hechos pasibles de sanción penal o administrativa. Por ejemplo, de detectarse un hecho de corrupción interno o con funcionarios públicos, es deber del oficial de cumplimiento informárselo a sus superiores a fin de que puedan tomar la decisión que corresponda.

Una vez conocido el hecho, si no se investiga o reporta, podría atribuírsele como si lo hubiera cometido, siempre y cuando su conducta haya contribuido con la consumación del hecho punible y se encuentre dentro de sus facultades específicas asumidas. En términos penales es lo que se llama comisión por omisión.

Si luego de informado, el órgano de administración no toma decisión alguna al respecto - permitiéndose así con la consumación del delito- podría serle atribuido el hecho y no al oficial de cumplimiento, debido a la función residual de control que tiene sobre el *compliance* en la empresa.

d) Menos aún puede atribuírsele responsabilidad al oficial de cumplimiento cuando, a pesar de que se haya implementado correctamente el *compliance*, se produce un resultado lesivo a algún bien jurídico. Ello en razón que ha realizado todas las conductas que le eran exigibles -actuó conforme a derecho- y porque se trata de una obligación de medios y no de fin.

Un claro ejemplo de ello se da en materia de prevención de lavado de activos, cuando a pesar de haberse recabado la información del cliente requerida, y responder la operación con el perfil del cliente, la misma resultó un acto de lavado de activos. Ni administrativa ni penalmente debería responder el oficial de cumplimiento cuando la actividad no hacía presumir que se trataba del hecho delictivo.

e) Por último, es importante destacar una diferencia que se da respecto a la atribución de responsabilidad en el oficial de cumplimiento en lavado de activos en nuestro ordenamiento. A diferencia de lo que sucede con el derecho comparado, las resoluciones UIF establecen que dicho cargo debe ser ejercido por un miembro del órgano de administración de la sociedad.

Más allá de las incompatibilidades e inconvenientes que pueda surgir en la práctica esta unificación, la intención del órgano de contralor fue la de evitar que el órgano de administración de la sociedad cargue al oficial de cumplimiento con toda la responsabilidad en materia de prevención del lavado.

Es así que, con relación a las infracciones administrativas, la UIF sanciona arbitrariamente de manera extensiva y automática al resto de los miembros del órgano de administración, basándose en el incumplimiento a los deberes genéricos como administrador de la sociedad.

La atribución de responsabilidad suele carecer de pruebas que lo sustenten (vg. si se aplicaban los procedimientos y manuales de cumplimiento), por lo que se le critica ser contrarias al principio de culpabilidad o "personalidad de la pena", en términos del derecho administrativo sancionador. Sin embargo, parece ser un criterio avalado por la jurisprudencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo.

A pesar de ello, acertadamente el organismo de contralor suele imponer una mayor sanción al oficial de cumplimiento fundado en sus funciones específicas en la materia, es decir, basada en su culpabilidad.

Lo dicho hasta aquí, puede aplicarse de manera similar a otras infracciones, como las cambiarias o ambientales, ya sea en el ámbito penal o administrativo sancionador.

IV.- Conclusión

La función del oficial de cumplimiento, mediante la implementación del *compliance* en la empresa, es fundamental para evitar la producción de una infracción penal o administrativa.

Su responsabilidad dependerá de los deberes asumidos e incumplidos dentro de la estructura organizativa de la sociedad, así como también de las exigencias normativas previstas.

Además la tipicidad resultará de la materia y hecho que se trate. En el orden administrativo sancionatorio será más amplio al admitirse de manera genérica toda omisión o imprudencia (culpa), mientras que en el ámbito penal dependerá de si realizó la conducta con dolo o si se produjo por una omisión en el deber de cuidado, para el caso en que el delito admita culpa.