







2021



# RESPONSABILIDAD DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO

PERSPECTIVA DESDE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-PENAL COLOMBIANO\*

C3

	Carrera 46 # 52-140 Of. 1210, Ed. Banco Caja Social, Medellín, Colombia		
	info@controlc3.com	PBX: +57 4 322 73 90	
<p><b>Nota de Propiedad Intelectual:</b> El contenido de este documento se encuentra protegido por el régimen de propiedad intelectual que le es aplicable. En consecuencia, queda prohibida la reproducción total o parcial del mismo sin la autorización del titular de los derechos correspondientes o sin la referencia a su autoría.</p>			

## PRESENTACIÓN DEL DOCUMENTO

Serie de textos sobre Compliance y Derecho Penal Corporativo orientados bajo un enfoque **probático**, dirigidos a lograr un acercamiento específico y práctico a los sistemas de cumplimiento, a fin de ayudar a las corporaciones y a sus integrantes a precaver la imposición de sanciones.

Serie del documento:	Compliance con enfoque probático
Título del documento:	Responsabilidad del oficial de cumplimiento:
Código:	2021 – 003
Autor:	Jorge Andrés Amézquita T.

## CONTENIDO

Tema	Pág.
Presentación	2
Punto de partida: Lesividad de bienes jurídicos por parte de la organización	2
Responsabilidad penal del oficial de cumplimiento	3
Presupuestos de la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento	4
Comisión por omisión: de la posición de garantía delegada al deber de evitar delitos	5
Colofón	8
Consejos prácticos	10

## RESUMEN

La función de cumplimiento es una actividad profesional que cobra fuerza en Colombia. Esta expansión de la figura en el entorno de las empresas viene siendo impulsada fundamentalmente por dos factores. El primero, por la expedición de disposiciones regulatorias por parte de organismos reguladores / supervisores en materias como lavado de activos, financiamiento del terrorismo y soborno transnacional. Por otro lado, porque la misma presión del mercado y la transnacionalización de la economía viene generando que las grandes y medianas empresas cuenten imperativamente con programas de compliance, en los que necesariamente se inserta la figura del oficial de cumplimiento. A partir de aquí, teniendo en cuenta que dicha función se define en buena medida por la prevención de actividades delictivas al interior de la empresa, surge la pregunta sobre si, la materialización de uno de los delitos que dichas regulaciones se proponen prevenir, comporta reponsabilidades penales para este agente. En este escrito se plantean diversos aspectos relacionados con dicha posibilidad y cómo precaver sanciones de tal índole.

## PALABRAS CLAVE

Responsabilidad penal del oficial de cumplimiento, riesgo penal, comisión por omisión, posición de garantía, deber de evitación criminal, programas de cumplimiento, SAGRILAFT, SARLAFT.

## Presentación

Teniendo en cuenta la creciente discusión que en los distintos países de nuestro entorno se viene generando en los últimos años sobre la responsabilidad legal que le pudiera caber al oficial de cumplimiento tras la materialización de aquellos delitos que, en principio, una norma del ordenamiento jurídico le exhorta a prevenir, en este escrito se presenta una breve disertación sobre la factibilidad jurídica de que uno de estos profesionales sea vinculado a un proceso jurisdiccional según la ley penal colombiana (sin que ello signifique, necesariamente, la imposición de una condena penal).

### Punto de partida: lesividad de bienes jurídicos por parte de las corporaciones

Teniendo por presupuesto que la figura del oficial de cumplimiento se define en cierta medida por el control de prácticas ilícitas al interior de las corporaciones, puede tomarse como base de partida aquella potencialidad lesiva de bienes jurídicos por parte de empresas que fuera señalada por la Corte Constitucional de Colombia en su paradigmática Sentencia C-320 de 1998 como parte de los fundamentos utilizados por el alto tribunal para afirmar la compatibilidad de la responsabilidad penal de personas jurídicas con la Carta Política. Y ello porque, a pesar de no haberse aprobado hoy un régimen de tal naturaleza, el ordenamiento nacional consagra diversos

instrumentos regulatorios dirigidos a contener prácticas ilícitas consideradas lesivas para bienes jurídicos de diversa entidad. Entre otras prácticas lesivas, pueden referenciarse los delitos de lavado de activos y todo su conjunto de ilícitos subyacentes (delitos fuente), entre los que se hallan, por ejemplo, los delitos contra la Administración pública, en lo que aquí atañe, ligados a la actividad de las empresas (celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, cohecho por dar u ofrecer, acuerdos restrictivos de la competencia, etc.).

Se acepta, así, que la empresa es generadora de daños y, por lo mismo, el empresario asume deberes de control sobre sus riesgos inherentes. Pero más allá del tipo de responsabilidad al que las empresas se hallan expuestas en el ordenamiento jurídico vigente (extinción del derecho de dominio, responsabilidad civil derivada de delito, extinción de la personería jurídica mediante sentencia penal, multas administrativas de organismos supervisores, etc.), lo cierto es que la misma naturaleza de la persona jurídica (ente ficticio), genera que el ordenamiento también tenga que prever deberes precautorios en cabeza de los órganos mediante los que se expresa la voluntad del ente jurídico (junta directiva, administradores, etc.). Es en este escenario de precaución, en donde surge la figura del **oficial de cumplimiento**, entre otras calidades, como un “delegado de control” aplicado a ciertos riesgos criminales intrínsecos a la empresa.

## Responsabilidad penal del oficial de cumplimiento

Partiendo de la premisa de que ninguna corporación está exenta de que en el curso de su actividad se produzcan delitos como los señalados, una de las grandes preocupaciones que surgen alrededor de la función de controlar riesgos de orden criminal asociados a dichas operaciones, es la responsabilidad legal que podría caberle al oficial de cumplimiento con ocasión de la materialización de uno de aquellos delitos que, en principio, la misma regulación que le otorga vida jurídica a su cargo le exhorta a prevenir.

Una es la responsabilidad de orden administrativa, esencialmente de carácter pecuniaria, que prevén los distintos instrumentos regulatorios a causa de la deficiente operación del correspondiente sistema de gestión de riesgos. Ejemplo de esta vertiente de responsabilidad legal, se contiene en la reciente [Circular Externa 100-000016 del 24 de diciembre de 2020](#) de la Superintendencia de Sociedades con relación al Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (SAGRILAF), cuyo numeral 8, advierte que el desacato de las instrucciones contenidas en la norma, "(...) dará lugar a las investigaciones administrativas que sean del caso y a la imposición de las sanciones administrativas pertinentes a la Empresa Obligada, el **Oficial de Cumplimiento**, revisor fiscal o a sus administradores..." (negrilla es propia).

Otro tipo de responsabilidad es la de índole penal. El punto de preocupación aquí estriba no tanto en la "vocación criminal" de este profesional, sino más bien en que los presupuestos normativos y límites de este tipo de responsabilidad legal no siempre es fácil distinguirlos.

Desde el punto de vista del propio profesional en cumplimiento, porque dichos presupuestos y límites se articulan necesariamente a un conjunto de instituciones dogmáticas integradas a los códigos penales de los distintos Estados (además interpretada por la jurisprudencia nacional), cuya aprehensión resulta incluso difícil para los mismos profesionales del Derecho (autoría, participación, comisión por omisión, posición de garantía, delegación, etc.). Y, desde el punto de vista del jurista (penalista), dentro de los que se comprenden los mismos intérpretes autorizados de la ley (jurisprudencia), porque además de coexistir múltiples condicionantes que determinarían el sentido de la responsabilidad de este agente (posición en la organización, alcance de la delegación, etc.), también suelen haber divisiones en cuanto a la aplicación o interpretación de las referidas instituciones dogmáticas (dudas sobre la existencia o no de una posición de garantía en el delegado de cumplimiento, reparos sobre la calidad de las disposiciones regulatorias como fuente de deberes de control y vigilancia, etc.).

No es este el lugar para profundizar en el contenido de dichas figuras dogmáticas; tampoco el objetivo del escrito. Sí debe realizarse, no obstante, alguna referencia sobre el alcance del riesgo jurídico-penal para el oficial de cumplimiento de acuerdo con la ley penal vigente en Colombia y según el alcance funcional que la regulación le atribuye a dicho agente.

En contra de quienes niegan que la función de cumplimiento comporta riesgos de orden penal, tildando incluso de irresponsables a quienes así lo afirman, la misma misión de controlar riesgos de orden criminal que lleva intrínseca dicha función obliga a advertir sobre dicha posibilidad. Lo paradójico es que, incluso quienes ven la factibilidad de la sanción penal como algo exótico o excepcional, al mismo tiempo terminan plasmando en sus escritos diversos supuestos en los que sí cabría dicha posibilidad. Ante tal evidencia, considero que es más responsable plantarse del lado de esas posibilidades, para luego generar recomendaciones sobre cómo reducir la opción de caer en sus presupuestos.



## ¿Riesgo penal?

## Presupuestos de la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento

La misión de controlar delitos en el entorno de las corporaciones puede implicar, entonces, que en la determinación de la responsabilidad de su materialización se cuestione la función del oficial de cumplimiento. Para afirmar esta postura, puede partirse de un supuesto de hecho que permita vislumbrar al menos una de esas posibilidades. Pongamos por caso el delito de lavado de activos tipificado por el Artículo 323 del Código Penal colombiano. Para completar el supuesto, añádase que, normas como la citada Circular Externa 100-000016 del 24 de diciembre de 2020 de la Superintendencia de Sociedades, establece con relación a la implementación efectiva del SAGRILAFT claras funciones de control y vigilancia en cabeza del oficial de cumplimiento, incluido el análisis y evaluaciones sobre la “efectividad” y “eficiencia” del sistema.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que, con independencia de que este delito no pueda considerarse inherente a la actividad productiva de una empresa, es el mismo direccionamiento normativo de los organismos reguladores-supervisores emanada de la ley colombiana, la que crea expresos deberes de autorregulación y de control de los factores de riesgo asociados a dichos delitos en cabeza de sus distintos órganos (órgano de gobierno, representantes legales, etc.).

Llegados a este punto, conviene señalar que si a raíz de la delegación por parte de aquéllos se genera una nueva **posición de garantía** en cabeza del oficial de cumplimiento que integra una especie de deber especial de evitación frente a cierta tipología de riesgos (aquí, lavado de activos), como lo ha advertido la doctrina penal, entonces no resulta irrelevante advenir que una norma como la comentada le atribuye una función expresa de garantizar el funcionamiento efectivo, oportuno y eficiente del sistema de gestión de riesgos a este agente en particular (según dicha norma, reportado ante la misma Superintendencia de Sociedades, con *curriculum vitae* incluido, y registrado ante el SIREL de la UIAF). Adviértase, además, que la norma no sólo sitúa al oficial de cumplimiento bajo una dependencia y comunicación directa frente a la junta directiva o máximo órgano social, lo que reforzaría dicho deber posicional, sino que además lo dota de poder de decisión frente al riesgo, lo que dista de una mera función informativa.

Para evaluar el tipo de responsabilidad que le cabría al oficial de cumplimiento, naturalmente, debe atenderse al alcance de las referidas instituciones dogmáticas según su previsión dentro del Código Penal colombiano y su desarrollo jurisprudencial. En particular, debe reseñarse el alcance del deber de garantía que pudiera predicarse del oficial de cumplimiento como presupuesto para la imputación de los referidos delitos bajo la figura de la **comisión por omisión**.

## Comisión por omisión: de la posición de garantía delegada al deber de evitar delitos

En virtud de que en este escrito se trabaja sobre el punto de preocupación de aquellos oficiales de cumplimiento desprovistos de toda intención criminal, atendiendo al anterior propósito, puede dejarse por el momento de lado los presupuestos de la responsabilidad penal bajo las modalidades de comisión activa, que normalmente guardan una actividad (acción) positiva del profesional en cumplimiento para favorecer la comisión de actos delictivos dentro de la organización. Se piensa más bien, a diferencia de los supuestos de autoría o participación activa en el delito, en aquellos casos en que, en razón de su función o posición de garante (delegado), la materialización de uno de los delitos referidos permitiría, con alta probabilidad, entrar en el radar del ente acusador.

Este último supuesto nos ubica en el terreno de la comisión por omisión, figura prevista por el Artículo 25 del Código Penal colombiano. Esta modalidad comisiva permite atribuir responsabilidad a aquellas personas que, por ostentar una posición de garantía frente a la causación resultados lesivos, derive sobre sí un deber de controlar determinadas fuentes de riesgo (un resultado representado en un delito). Por las condiciones que se relacionarán, el oficial de cumplimiento podría ostentar dicha posición (deber).

Los administradores de las empresas adquieren ese deber de controlar fuentes de riesgo con origen en la constitución o en la ley. Entre otras fuentes, pueden referenciarse el Artículo 333 constitucional y los Artículos 22, 23 y 24 de la Ley 222 de 1995. El asunto aquí, es que por la propia complejidad estructural de las grandes corporaciones, ese administrador debe delegar en otras personas esta función de control -así como otras tantas propias de la actividad empresarial-. Tratándose de obligaciones regulatorias como el SAGRILAF, ese delegado es el oficial de cumplimiento.

Se vincula en este punto el instituto de la delegación y su relación con la figura de la comisión por omisión. Al respecto, puede decirse que si se ha producido en forma correcta dicho acto de **delegación** a través de una selección apropiada del oficial de cumplimiento (en cuanto a cualificación y experiencia), se ha puesto a su disposición los medios requeridos para el cabal cumplimiento de su función (recursos financieros, personales, técnicos, etc.) y se le ha supervisado debidamente (auditorías de cumplimiento, rendición de informes, etc.), el oficial de cumplimiento podría ver comprometida su responsabilidad personal. Uno de los supuestos posibles se presentaría cuando, tras advertir indicadores de presencia del delito al interior de la empresa, el oficial de cumplimiento adopta una actitud de “no querer saber” (“ignorancia deliberada” o “ceguera voluntaria”, dicho en términos castizos),

rehusándose a aplicar medidas que hubieran permitido obstaculizar la irregularidad que dio lugar a la infracción jurídico-penal, infringiendo (omitiendo) con ello sus deberes mínimos de control.



## Delegación

=

Selección + Medios + Supervisión

Esta omisión no debe confundirse con el delito de “omisión de control” que se pretende reconfigurar mediante el Proyecto de Ley 005/19 del Senado de la República, “Por medio del cual se adoptan medidas en materia penal y administrativa en contra de la corrupción y se dictan otras disposiciones”. Entre otras previsiones normativas, esta disposición busca la modificación del vigente Artículo 325 del Código Penal colombiano, con el propósito de responsabilizar penalmente a distintos tipos de sujetos con funciones de vigilancia dentro de la empresa, incluido el oficial de cumplimiento, por el hecho de omitir el cumplimiento de alguno de los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, o la transferencia, manejo, aprovechamiento, o inversión de dinero para la comisión de actividades ilícitas.

El riesgo que puede comportar para el oficial de cumplimiento delitos como el de lavado de activos y otros tantos asociados a la operación ilícita de empresas (corrupción, etc.), retomando la idea, no lo sería tanto que tenga en su mente un designio criminal. El riesgo radicaría en que, tras la configuración del delito, se pueda concebir por parte del órgano acusador una especie de presunción *iuris tantum* en la que, en razón de la función precautoria del oficial de cumplimiento, se encaje sin mayor análisis una omisión de control por parte del mismo. A esto le podemos denominar *vertiente procesal del riesgo penal* (para el oficial de cumplimiento), que más allá de obligarle a requerir un servicio de defensa legal, de entrada, llevaría aparejado un grave daño reputacional para el propio profesional.

Y se habla de un “riesgo procesal”, si se tiene en cuenta que, como podrá validarlo quien conozca la praxis del órgano acusador en Colombia, en este tipo de delitos la vinculación del representante legal -principal y suplente- y administradores pareciera automática. El caso es que, tratándose de una empresa con oficial de cumplimiento, resulta altamente probable que a éste se le llame a rendir cuentas dentro del propio proceso penal. Reitérese que el administrador tiene un deber de garantía de acuerdo con el ordenamiento jurídico, por un lado, y el oficial de cumplimiento suele situarse como delegado del primero, asumiendo la porción del deber de evitación frente a los riesgos inherentes a su rol o función.

Es en este punto en donde adquirirá una relevancia invaluable el análisis y evaluación periódica de efectividad del sistema de gestión de riesgos que el oficial de cumplimiento tiene a su cargo, entre otras cosas, porque normas como la citada Circular Externa así se lo exigen. Tomarse en serio estas exigencias, en suma, sería la vía que le permitiría acreditar ante eventuales requerimientos jurisdiccionales su diligencia profesional.

En tal sentido, tomando prestados los términos del citado Art. 25 del Código Penal, cuando se delega en una persona o en un equipo la gestión de un riesgo tan elevado como el que incorporan los procesos de licitación (cohecho, tráfico de influencias, acuerdos restrictivos de la competencia, etc.), el director de la organización no debe olvidar que sigue siendo de su competencia “*la protección en concreto del bien jurídico protegido*” (la Administración Pública). En cualquier caso, si se produce una delegación adecuada en un oficial de cumplimiento, éste deberá desplegar la máxima diligencia para cerrar la puerta a una imputación ante una eventual infracción.



Delegación + Omisión  
=  
Imputación

## Colofón

El rol de oficial de cumplimiento es una actividad profesional que viene creciendo rápidamente en el ordenamiento jurídico colombiano. Entre otros factores, el incremento exponencial de sujetos obligados (empresas) a causa de la expedición de normas como la reciente Circular Externa 100-000016 del 24 de diciembre de 2020 de la Superintendencia de Sociedades con relación al Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (SAGRILAFT), viene generando una demanda importante de esta función por parte de las empresas.




Más allá de las actividades propias asociadas al oficial de cumplimiento, una de las preocupaciones que surge alrededor del mismo, es conocer la responsabilidad penal que pudiera caberle a este funcionario si llegase a materializarse uno de los delitos que una norma como la señalada dispone para su prevención. Lo anterior, teniendo en cuenta que su función consiste, precisamente, en desplegar toda la diligencia posible para el control de los riesgos que pueden dar lugar al mismo.


Al respecto, si bien está claro que la sola materialización de un delito como lavado de activos no genera, *per se*, responsabilidad penal (prohibición de responsabilidad objetiva en materia penal), lo cierto es que si se considera que el oficial de cumplimiento es un delegado

del empresario aplicado al control de riesgos asociados a actividades criminales como lavado de activos, financiamiento del terrorismo o soborno transnacional, de algún modo el oficial de cumplimiento estaría asumiendo una posición de garantía con respecto a esa parcela de control y vigilancia de riesgos radicada en cabeza de la organización.

Ciertamente, son múltiples los presupuestos que deben tenerse en cuenta para afirmar una posición de garante en cabeza del oficial de cumplimiento con respecto a riesgos como los indicados (delegación efectiva, posición dentro de la organización, atribuciones de control, capacidad de decisión, etc.). Pero si tal fuera la condición, la materialización de una conducta ilícita vinculada al sistema regulatorio correspondiente, podría poner en el radar del ente acusador a dicho funcionario por su condición de garante.

Como en cualquier tipo de proceso jurisdiccional en el que se discuta responsabilidad penal, cada caso debe ser objeto de análisis pormenorizado. Entretanto, quien desempeñe un cargo con este tipo de responsabilidades deberá desplegar toda la diligencia que corresponda en el ejercicio de sus funciones. Y ello porque en el juicio de responsabilidad penal la aplicación de la *lex artis* que le marca el mismo sistema regulatorio será la clave para la valoración de la conducta del delegado de cumplimiento frente al control criminal.

CONSEJOS PRÁCTICOS	
<b>Presupuestos</b> 	Las empresas son generadoras de riesgos para bienes jurídicos de terceros, entre los que caben conductas ilícitas como lavado de activos y soborno.
	El empresario y sus representantes adquieren un deber de garantía por disposición constitucional y legal frente a la lesión de bienes jurídicos.
	La delegación de funciones, por sí misma, no libera al delegante de la responsabilidad por los delitos asociados al desarrollo de esas funciones.
<b>Delegación</b> 	El empresario que delega una función de riesgo en un oficial de cumplimiento debe asegurarse de realizar un debido proceso de selección (idoneidad).
	El empresario que delega una función de control y vigilancia de riesgos de orden criminal, debe garantizar la debida supervisión del responsable.
	Una indebida delegación puede dar lugar a la atribución al representante de la empresa de los delitos asociados a su operativa en comisión por omisión.
<b>Responsabilidad</b> 	El oficial de cumplimiento puede adquirir la calidad de delegado de control de riesgos penales bajo unos presupuestos y condiciones determinadas.
	La función intrínseca del oficial de cumplimiento de controlar riesgos penales podría dar lugar a la vinculación procesal en caso de cometerse un delito.
	El despliegue de la mayor diligencia posible por parte del oficial de cumplimiento constituye la clave para descargarse de responsabilidad.

AUTORES		
<b>Autor:</b>	Jorge Andrés Amézquita T.	
<b>Email:</b>	info@controlc3.com	
<b>Linkedin:</b>	<a href="https://www.linkedin.com/company/c3-compliance">https://www.linkedin.com/company/c3-compliance</a>	
<b>Registro:</b>	Suscripción gratuita a nuestros trabajos y eventos:	