
OFICIAL DE CUMPLIMIENTO O CONEJILLO DE INDIAS EN EL TEMA DE PREVENCIÓN DE LAVADO DE ACTIVOS EN EL SISTEMA FINANCIERO NACIONAL

Antonio de la Haza Barrantes

1. INTRODUCCIÓN

Un error muy frecuente es considerar que el tema de prevención de lavado de activos corresponde solamente a las empresas del sistema financiero nacional¹ –dentro del sistema consideraremos en el presente trabajo a las denominadas empresas de operaciones múltiples–,² sin embargo, esto no es así, el tema de prevención corresponde también a las empresas de correo y *courier*, de préstamo y empeño, las agencias de viajes y turismo, los hoteles y restaurantes, los notarios públi-

1 Anexo glosario de la Ley 26702, sistema financiero: conjunto de empresas que debidamente autorizadas operan en la intermediación financiera. Incluye las subsidiarias que requieran de autorización de la Superintendencia para constituirse. Empresas: las empresas del sistema financiero y de seguros autorizadas a operar en el país y sus subsidiarias, con exclusión de aquellas que prestan servicios complementarios.

2 Se entiende por empresas de operaciones múltiples a aquellas que pueden operar en el corto, mediano y largo plazo, que tienen una especialización natural antes que legal. Dentro del mundo liberal capitalista existen dos modelos de banca: la banca especializada y la banca múltiple. Son empresas de operaciones múltiples los bancos, las financieras, las cajas municipales de ahorro y crédito, las cajas municipales de crédito popular, la empresa de desarrollo de la pequeña y microempresa (Edpyme), las cooperativas de ahorro y crédito y las cajas rurales de ahorro y crédito.

cos, los martilleros públicos, los laboratorios y empresas que producen o comercializan insumos químicos para la fabricación de drogas y explosivos, las empresas mineras, los casinos, las agencias de aduana, las inmobiliarias, las personas dedicadas a la compraventa de vehículos, naves y aeronaves, entre otros agentes.³

El presente artículo tiene por objeto expresar, de manera clara y sencilla, el rol del oficial de cumplimiento de las empresas de operaciones múltiples, explorando los alcances de la Resolución SBS 1725-2003 de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), que señala la función y atribución del oficial de cumplimiento en general, frente a la comisión de hechos ilícitos vinculados al narcotráfico, delitos contra la administración pública, secuestro, proxenetismo, tráfico de menores, defraudación tributaria y delitos aduaneros.

El marco de nuestro análisis tendrá ciertos límites, que nos hemos autoimpuesto, con el propósito de ser lo más claros y pre-

cisos posible. No pretendemos desarrollar las teorías que tratan de explicar el origen histórico del lavado de activos, tema que es sumamente interesante y vigente, pero no necesario como meta para el presente trabajo; no pretendemos tampoco agotar el tema sino recrearlo para el quehacer diario de los operadores del derecho.

Nuestro esfuerzo se centra en tratar de responder, de acuerdo con la legislación, a las interrogantes siguientes: ¿por qué un sistema de prevención de lavado de activos del sistema financiero nacional?, ¿qué rol cumple la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP y la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF) en el tema de prevención?, ¿cuáles son las funciones del oficial de cumplimiento en particular?

Con el propósito de lograr nuestro cometido observaremos, en primer lugar, la labor diaria de un operador financiero de una empresa de operaciones múltiples, para ello tomaremos un caso práctico que no dista mucho de la realidad.

CASO PRÁCTICO

Situación

Una empresa textil nacional del sur del país llamada Sur+1 (mediana empresa), desea obtener un crédito bancario en moneda extranjera por 35.000 dólares para la compra de una nueva máquina industrial; el crédito será cancelado dentro de un año, la empresa tiene como referencias que sus ventas anuales son en promedio de 18.500.000 dólares y posee líneas de descuento de letra pre y post embarque múltiple por 1.500.000 dólares con un límite de 500 dólares para preembarque, todo ello respaldado con una hipoteca sobre la planta industrial por 950.000 dólares y fianza personal de los principales directivos de la empresa.

El funcionario de negocios, al ser el sectorista de las cuentas de la empresa Sur+1, con el propósito de aprobar el crédito solicitado verifica que:

- El monto del crédito es razonable, teniendo en cuenta que la empresa pertenece a un gran grupo económico de la región sur del país, que está en marcha todo el proceso de producción, que cuenta con un gran número de hectáreas de tierra en

3 Artículo 8 de la Ley 28306.

el valle de Cañete, arrendadas por una empresa empaquetadora de algodón y, adicionalmente, para la etapa de la comercialización trabaja con una empresa exportadora y comercializadora de los telares, que son vendidos en los mercados de la Comunidad Europea.

- Por otro lado, los estados financieros son positivos y cumplen con el pago de sus tributos, como son el impuesto general a las ventas y el impuesto a la renta en forma periódica, y no ha tenido necesidad de acceder a ningún programa de fraccionamiento tributario.
- El manejo del grupo económico es también positivo; han tenido utilidades en los dos últimos años; por lo tanto, conviene el funcionario de negocios junto con el Comité de Créditos del banco en aprobar el crédito solicitado.

Pasado un tiempo observa el funcionario de negocios que:

- De la noche a la mañana, sin una razón comercial, el movimiento de caja mensual y los activos que posee no guardan una aparente proporción con el pago del impuesto que viene efectuando la empresa textil.
- En sus movimientos de cuentas bancarias, parte de los recursos líquidos que posee han sido reinvertidos en acciones y títulos valores de renta fija y en ocasiones el dinero ha sido depositado en la cuenta personal del presidente del directorio, del gerente general, así como de terceras personas no vinculadas a la empresa y, nuevamente, dichos fondos son depositados en las cuentas de la empresa textil después de un par de meses.

El funcionario de negocios o sectorista de la cuenta de la empresa textil, como voz de alerta en el tema de prevención de lavado de activos se pregunta:

- ¿El movimiento de las sumas de dinero que se manifiestan en el manejo de las cuentas entre las de la empresa y las personales del presidente del directorio, del gerente general y de terceras personas no vinculadas a la organización empresarial, puede constituir una modalidad en el tema de evasión tributaria y, por lo tanto, está enmarcado en el delito de lavado de activos?
- ¿Es natural que una empresa textil posea fuertes sumas de dinero invertidas en acciones y títulos valores de renta fija, cuando las condiciones del mercado no son las más favorables?
- ¿Por qué la mayor liquidez que tiene en sus cuentas no se refleja en una mayor producción de la empresa?
- ¿Por qué tiene tanto dinero en efectivo en moneda nacional si todo lo venden al exterior?, ¿no debería tener depósitos en moneda extranjera?

El funcionario de negocios, después de haber efectuado las averiguaciones del caso y haber efectuado las consultas debidas, incluyendo a los mismos representantes de la empresa Sur+1, concluye que:

- Como sectorista de la cuenta debe comunicar dichas operaciones como inusuales al oficial de cumplimiento, para su evaluación y calificación como operación sospechosa en el tema de lavado de activos.

Resuelve el funcionario de negocios:

- Comunicarlo al oficial de cumplimiento después de haber efectuado el estudio respectivo, por considerar que se trata de una operación inusual.

Como se puede concluir del supuesto planteado, el tema de lavado de activos tiene como objetivo detectar transacciones inusuales que luego son calificadas como sospechosas, pero que no llegan a tener una presunción de ilicitud de los hechos. Esto es no poder demostrar que la actividad económica corresponde al giro del negocio del cliente. Es también demostrar que el riesgo de lavado de activos en el mercado financiero puede presentarse tanto en operaciones activas como pasivas, en pagos anticipados, frecuencia, volúmenes y sus características, así como en las garantías constituidas y demás formas de liquidez.

Nos preguntamos: ¿cuál debe ser la actitud del oficial de cumplimiento frente a la operación que le ha sido reportada como inusual para su calificación como sospechosa?

El oficial de cumplimiento debe tomar en consideración sus funciones, contenidas en el sistema de prevención de lavado de activos que procederemos a desarrollar a continuación.

2. EL LAVADO DE ACTIVOS

Se entiende por lavado de activos aquella actividad o conjunto de actividades económicas que buscan lograr la apariencia de legalidad, mediante la adquisición de una

serie de bienes muebles o inmuebles. Para ello introducen dinero proveniente de actividades ilícitas dentro del circuito económico nacional, buscando ocultar el origen de su fuente ilícita, existiendo una asociación entre bien y delito. El objetivo de la legislación es destruir esta asociación.

3. EL SISTEMA DE PREVENCIÓN DE LAVADO DE ACTIVOS

Se requiere de un sistema de prevención⁴ porque las empresas de operaciones múltiples pueden servir involuntariamente para la transferencia o depósitos ilícitos vinculados especialmente al narcotráfico, el terrorismo y los delitos cometidos por funcionarios públicos. Los delincuentes se sirven del sistema financiero para efectuar pagos y transferencias de una cuenta a otra, ocultando el origen de los fondos y la identidad de los verdaderos propietarios.⁵

Adicionalmente, la dimensión que ha alcanzado la delincuencia, especialmente en el tema del narcotráfico, el terrorismo y los delitos cometidos por funcionarios públicos, ha evidenciado que el sujeto activo, persona natural, aún con determinado grado de instrucción y conocimientos, manifiesta, al mismo tiempo, tal pérdida de valores, que ha dado origen a varias iniciativas de la cooperación internacional para corregir esta deficiencia.⁶

4 El requerimiento de un sistema de prevención para las empresas de operaciones múltiples encuentra su fundamento, entre otros argumentos, en lo señalado en la sexta Conferencia Anual Latinoamericana sobre Lavado de Activos, que menciona, de acuerdo con cifras de la Organización de Naciones Unidas, que cada año se blanquean en todo el mundo 600 mil millones de dólares provenientes de actividades ilícitas. De esta suma, casi el 40 por ciento corresponden a actividades cuyo origen se encuentra en Estados Unidos (*La Jornada*, 6 de agosto del 2005).

5 A esta actividad de ingresar fondos provenientes de actividades ilícitas se le conoce como blanqueo de dinero, lavado de dinero, lavado de capitales, *money laundering* o, de manera más amplia, lavado de activos.

6 Debemos mencionar al Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, que elabora recomendaciones de lo que se considera aceptable como práctica bancaria en el tema de prevención de lavado de activos.

Nuestro sistema de prevención para las empresas de operaciones múltiples a nivel nacional está constituido por órganos reguladores como son la SBS y la UIF. Dentro de cada empresa de operaciones múltiples el sistema descansa en el directorio y en el oficial de cumplimiento, que formulan las políticas y procedimientos establecidos por las mismas empresas de conformidad con la legislación vigente, en la aplicación de cuatro principios básicos en el tema de prevención, que son:⁷

- *Conocimiento del cliente.*- Es decir, saber qué tipo de actividad económica realiza, si son determinadas o determinables; si no supera lo razonablemente esperado, se construye un perfil a partir de las creencias, lo cual comprende: edad, sexo, ocupación, domicilio, ubicación geográfica, nivel de educación, ingresos, deseos, gustos, costumbres, expectativas, preferencias y necesidades del cliente.
La segmentación de los clientes debe permitir a las empresas del sistema financiero, obligadas a proporcionar información a la autoridad sobre aquellas transacciones sospechosas, saber qué se debe buscar, qué se debe hacer o qué no se debe hacer; y, basándose en dicha información, comprender, construir y responder a las necesidades presentes y futuras del cliente en el desarrollo o entrega de productos/servicios, así como la determinación de que las transacciones que se están realizando son razonables con su perfil (actividad y nivel de ingresos).
- *Conocimiento del mercado.*- Consiste en determinar si el comportamiento individual del cliente se ajusta a las características usuales, en función de los pro-

ductos ofrecidos por la empresa financiera, también si son similares a los perfiles de los clientes del sector al cual se determinó atender; así, por ejemplo, si se tiene por cliente a una empresa pesquera exportadora y sabemos que el próximo año se presentará en el litoral de nuestro país el fenómeno de El Niño, que altera el orden natural habitual de la fauna marina (en los meses de verano), no podríamos pensar que dicha empresa pesquera mantendrá los niveles de producción vigente, siendo lógico entender que para dicho sector el próximo año tendrá un desarrollo económico recesivo.

- *Conocimiento del producto.*- Se refiere a desarrollar los mecanismos de la empresa del sistema financiero que permitan conocer las características del producto elaborado por el cliente, que consistirá en administrar el ciclo de vida de un bien o servicio, a través de indicadores de gestión que permitan identificar el comportamiento de los clientes frente a los usos del producto, asociado al perfil de otros clientes del sector; así, por ejemplo, si es del ramo construcción, conocer a los proveedores, qué tipo de vivienda construye, si contrata con el Estado a través de licitaciones, cuáles son los potenciales clientes para adquirir sus bienes, etcétera.
- *Conocimiento del empleado.*- Se inicia con el reclutamiento y la selección del personal, la capacitación, la remuneración, el clima organizacional, la medición del desempeño, el desarrollo profesional y humano, que conduzca al éxito global de la organización, el cual radica en mantener satisfechos a los clientes. En las organizaciones centradas en valores, son las personas que de forma

7 DE LA HAZA, Antonio. *Derecho bancario y cajas municipales en la banca múltiple*. Lima: Universidad de Lima, 2002, p. 47.

individual o colectiva contribuyen a que la organización empresarial alcance el éxito. Para ello es importante que los empleados vivan como predicán.

- *Conocimiento del banco corresponsal.* Consiste en saber a qué mercado no se quiere servir y con qué categorías de bancos corresponsales no se desea atender dicho mercado. La razón puede ser la ubicación del banco corresponsal en jurisdicciones no cooperadoras en temas de lavado de activos o que presente una calificación de riesgo negativa, además de saber qué mercados se ha decidido servir, de acuerdo con la visión, la misión y los objetivos estratégicos de la organización empresarial.

En adición al directorio y al oficial de cumplimiento, el sistema cuenta con la colaboración de auditoría interna, de las sociedades de auditoría externa y de las empresas clasificadoras de riesgo, que son también las que llevan adelante la labor de control y supervisión del sistema de prevención.

Por lo tanto, los objetivos inmediatos que se busca con el sistema de prevención son los siguientes:

- Combatir el ingreso de dinero proveniente de actividades ilícitas al sistema financiero formal.
- Desarrollar la competencia leal respecto de los agentes económicos que actúan en el mercado.
- Evitar el deterioro de la imagen del país en los ámbitos nacional e internacional.

- Fortalecer la confianza en el sistema financiero nacional y la cadena de pagos.

4. SOBRE LA LEGISLACIÓN

A lo largo de los últimos años se han dado en el país una serie de dispositivos sobre la materia, que van desde la incorporación de los artículos 296-A y 296-B en el Código Penal, que sancionó con pena de cadena perpetua el delito de tráfico de drogas (Ley 26223), hasta su posterior derogación (Ley 27765).

En cuanto a la legislación vigente, se han creado el registro de transacciones sospechosas (Ley 26702); el reglamento de prevención (Resolución 1725-2003-SBS); el reglamento de sanciones a las personas naturales y jurídicas que se encuentran bajo la supervisión de la SBS (Resolución 1816-2005-SBS), y la UIF (Ley 27693) modificada por la (Ley 28306) y su regulación penal contra el lavado de activos (Ley 27765).

Mediante la Ley 27765, modificada por la Ley 28355, se ha normado lo que se tiende a denominar la "ley penal contra el lavado de activos", ampliando el universo de actividades capaces de originar actos ilícitos; ya no es solamente el narcotráfico o el terrorismo, sino que la ley responde a la necesidad de sancionar delitos conexos a los dos mencionados, como los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, el tráfico de menores, la defraudación tributaria y el delito aduanero. Con ello el legislador ha querido destacar que el delito de lavado de activos es un delito autónomo.⁸

⁸ Tema que para muchos operadores del derecho no es así, pues desde el punto de vista operativo siempre hay la necesidad de probar el delito precedente para poder sentenciar por el delito de lavado de activos.

La comisión del delito de lavado de activos tiene tres etapas muy bien marcadas:⁹

- *Colocación.*- Consiste en ocultar o camuflar la existencia ilegal del dinero mal habido, ingresándolo en instituciones financieras o en negocios, con el propósito de borrar su carácter delictivo.
- *Estratificación.*- Consiste en trasladar o transformar las sumas de dinero del lugar de origen en otros bienes o servicios que bien pueden enviarse al exterior mediante el contrabando de dinero, las empresas fantasmas, las transferencias electrónicas, la adquisición de premios, la sobrevaluación de bienes inmuebles, etcétera.
- *Integración.*- Que es la suma de las dos etapas mencionadas anteriormente, cuando el dinero ilícito, producto de las constantes transacciones producidas, empieza a perder su ilegalidad y comienza a tener un aparente carácter legal, como puede ser el pago de planillas o el abono en una cuenta bancaria producto de una compraventa sobre un inmueble determinado.

La norma sanciona los actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia de dinero, bienes efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con el objetivo de evitar la identificación, su decomiso o incautación; en otras palabras, estamos hablando de sancionar el uso indebido de la figura del testaferrero, la ley puede sancionarla ahora, al haberse distinguido el lavado de activos y el delito que lo genera como actividades diferentes.

El delito de lavado de activos tiene una

figura simple y una figura agravada, normadas en los artículos 2 y 3 de la mencionada ley.

Por la figura simple se sancionan los actos de ocultamiento, tenencia, custodia, guarda, uso, adquisición o los de aquella persona que recibe o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación, su incautación o decomiso, siendo condenado con una pena privativa de la libertad no menor de 8 ni mayor de 15 años y con 120 a 350 días de multa.

En su forma agravada, se sanciona cuando el agente utiliza o se sirve de su condición de funcionario público o agente del sector inmobiliario o de agente del sector financiero, bancario y bursátil o si el agente comete el delito en calidad de integrante de una organización criminal; en estos casos la pena será no menor de 10 ni mayor de 20 años y 365 a 730 días de multa.

La pena será privativa de la libertad no menor de 25 años cuando los actos de conversión o transferencia se relacionen con dinero, bienes, efectos o ganancias provenientes del tráfico ilícito de drogas o terrorismo; en estos casos, los sentenciados no podrán acogerse a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, la semilibertad o la liberación condicional.

Asimismo, podemos observar que existen errores de técnica legislativa en materia penal en la lucha contra el lavado de activos en la Ley 27765, en su disposición común, artículo 6,¹⁰ cuando señala los otros supuestos que también constituyen

⁹ DE LA HAZA, Antonio. Op. cit., p. 45 y ss.

¹⁰ Ley 27765, artículo 6.- El origen ilícito que conoce o puede presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso.

lavado de activos. Aparte del narcotráfico y el terrorismo, menciona los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, el tráfico de menores, la defraudación tributaria, los delitos aduaneros u otros similares.

Lo ideal sería saber qué quiso decir el legislador con "u otros similares", pues se olvida de que no es posible aplicar la analogía, y en materia penal solamente puede ser delito aquello que expresamente ha contemplado la ley.

En la misma línea de pensamiento se encuentra el tema de los delitos contra la administración pública, y decimos esto porque es muy probable que se confunda con el tema del enriquecimiento ilícito en que puede incurrir un funcionario público, sin tomar en cuenta que nadie puede ser procesado por los mismos hechos dos veces. Es decir, constituye un delito por enriquecimiento ilícito o es un delito por lavado de activos pero no ambos al mismo tiempo.

Para la investigación de los delitos previstos en esta ley, se podrá levantar el secreto bancario, la reserva tributaria y la reserva bursátil, por disposición de la autoridad judicial o a solicitud del Fiscal de la Nación en los casos expresamente señalados por el artículo 143 de la ley 26702.

5. FUNCIONES DE LA SBS Y DE LA UIF

La SBS es una institución constitucional autónoma, cuyo objeto es proteger los inte-

reses públicos, cautelando la solidez financiera de las personas naturales o jurídicas sometidas a su control; en vista de ello, en sus visitas anuales evalúa el sistema de prevención de lavado de activos de las empresas de operaciones múltiples; para ello recurre a los informes de evaluación de auditoría interna, sociedades de auditoría externa y clasificadoras de riesgo que han evaluado el desarrollo y la implementación del sistema de prevención.

En esa misma línea de pensamiento y con el propósito de articular una verdadera política de Estado para la prevención contra el lavado de activos, se ha creado la UIF (Ley 27693), adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros, que tiene como función responder a la necesidad de análisis, tratamiento y transmisión de información para prevenir y detectar el lavado de activos.

La UIF está constituida por dos órganos; por un lado, un consejo consultivo, y por otro, una dirección ejecutiva, con la finalidad de elaborar estrategias, políticas y procedimientos para la prevención de lavado de activos. El consejo consultivo está integrado por un representante de la SBS, el Ministerio Público, la Sunat y la Conasev. La dirección ejecutiva está a cargo del director ejecutivo, que es designado por la SBS por un período de tres años, pudiendo ser nombrado por un periodo más.

Asimismo, la ley señala en forma expresa –no limitativa– cuáles son los sujetos obligados a informar a la UIF, sea como persona natural o como persona jurídica.¹¹

El conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente de los delitos que contempla la presente ley corresponde a conductas punibles en la legislación penal como el tráfico ilícito de drogas; delitos contra la administración pública; secuestro, proxenetismo; tráfico de menores; defraudación tributaria; delitos aduaneros u otros similares que generen ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194 del Código Penal.

11 Empresas de operaciones múltiples y empresas de servicios complementarios y conexos a los que se hace mención en los artículos 16 y 17 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia

6. FUNCIONES DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO

La Resolución SBS 1725-2003 obliga al directorio de las empresas de operaciones múltiples a designar a un funcionario de nivel gerencial al cual denominamos "oficial de cumplimiento" a dedicación exclusiva, quien se encargará de supervisar el cumplimiento del sistema de prevención en materia de lavado de activos dentro de la empresa y reporta directamente al directorio de su entidad.

Algo que debe quedar muy claro, y que se desprende de lo esbozado en líneas anteriores, es que el oficial de cumplimiento no es un policía, es sencillamente un colaborador en la prevención en el tema de lavado de activos, como cualquier otro empleado o funcionario de una empresa de operaciones múltiples independientemente del nivel jerárquico que mantenga en la institución; por lo tanto, no posee una labor de persecución de lucha contra el crimen organizado, que es propia del Estado, a través de la Policía Nacional.

El oficial de cumplimiento depende orgánica, funcional y administrativamente del directorio y le reportará de forma directa. La razón de ello es que por un principio de subordinación no es factible que dependa de la gerencia general, pues ello impediría implementar cualquier mecanismo de prevención y comunicación a la au-

toridad sobre una transacción sospechosa al no contar con la autonomía debida.

Las responsabilidades del oficial de cumplimiento se centran, según el artículo 23 de la resolución SBS 1725-2003, entre otros, en:

- Verificar la aplicación de las políticas y procedimientos implementados para el conocimiento del cliente, del mercado y de la banca corresponsal.
- Verificar la adecuada conservación y custodia de los documentos requeridos para la prevención del lavado de activos.
- Promover la definición de estrategias de la empresa para prevenir el lavado de activos.
- Tomar las acciones necesarias, con el apoyo de recursos humanos, para asegurar el nivel de capacitación que requiere el personal con el fin de detectar transacciones inusuales o sospechosas.
- Proponer señales de alerta que deben ser incorporadas en la normativa interna.
- Llevar un control de las transacciones inusuales que hubieran sido comunicadas por el personal.
- Analizar las transacciones inusuales que le hubieran sido comunicadas, con la finalidad de determinar las transacciones que podrían ser calificadas como sospechosas.
- Elaborar los reportes de transacciones sospechosas para la Unidad de Inteligencia Financiera, en representación de la empresa.

de Banca y Seguros (Ley 26702); empresas emisoras de tarjetas de crédito o débito; cooperativas de ahorro y crédito; fideicomisarios o administradores de bienes; sociedades agentes de bolsa; sociedades intermediarias de valores; sociedades administradoras de fondos mutuos; sociedades de fondos de inversión; fondos colectivos y fondos/seguros de pensiones; la bolsa de valores; la bolsa de productos; empresas o personas dedicadas a la compraventa de automóviles, embarcaciones y aeronaves; empresas o personas naturales dedicadas a la actividad de la construcción e inmobiliarias; casinos; sociedades de lotería y casas de juego; agencias de aduanas; agencias de servicio de correo; casas especializadas en el comercio de antigüedades; agencias de viajes y turismo, hoteles y restaurantes, notarios públicos, entre otros.

- Ser el interlocutor de la Unidad de Inteligencia Financiera frente a su entidad.
- Emitir informes semestrales sobre la situación del sistema de prevención y su cumplimiento dentro de la empresa.
- Elaborar el programa anual de trabajo que deberá ser puesto en conocimiento y aprobado por el directorio.

Por lo expuesto, podemos concluir que las funciones del oficial de cumplimiento se pueden resumir en: a) vigilar el sistema de prevención; b) elaboración de los informes semestrales; c) capacitación del personal; y, d) desarrollo de normas, procedimientos y controles para la prevención de lavados de activos.

Del mismo modo, el reporte a la UIF de una transacción calificada como sospechosa por el oficial de cumplimiento, es una decisión institucional de la empresa de operaciones múltiples y no constituye una denuncia penal como muchos creen.

7. OFICIALÍA DE CUMPLIMIENTO O CONEJILLO DE INDIAS

Muchas veces las cosas no son lo que parecen ser; tras las revolucionarias teorías que pretenden arrasar con todo lo anterior, tras las reivindicaciones en nombre de la eficiencia, se esconde paradójicamente el mito de la caverna. Y aunque a estas alturas no debería llamarnos la atención las inconsistencias que se dan en el quehacer diario con los vacíos y paradojas que generan, teorías que se llaman "de vanguardia del pensamiento jurídico", dejan la indeleble huella de que hay mucho por decir y mucho por hacer. Dice un proverbio chino: "No importa qué color tenga el gato; lo importante es que cace ratones". Si lo afirmado por el proverbio es cierto, entonces

es importante que nosotros procedamos a ejecutar algunas aclaraciones para mejorar el sistema de prevención.

Volviendo con el ejemplo de la empresa Sur+1, el oficial de cumplimiento debe evaluar si procede a calificar la transacción como sospechosa para que sea comunicada a la UIF, que será finalmente la que concluirá si es necesario recabar mayor información para reportar la transacción o transacciones al Ministerio Público como titular de la acción penal.

Nos preguntamos, entre otras cosas, sobre el alcance penal del artículo 4 de la Ley 27765 y el rol del oficial de cumplimiento que omite comunicar operaciones o transacciones sospechosas que hubiera detectado.

Al referirse la ley a la presunción del conocimiento en el acto y no comunicado, determina ser muy subjetivo el grado de evaluación que deberá aplicar el juzgador, ya que solamente debería ser sancionado el oficial de cumplimiento por hecho doloso de su omisión, pues se está apartando del grado de colaborador. Pero lo que plantea la legislación en forma errada es convertirlo en sujeto activo del delito de lavado de activos.

Además, no hay que olvidar un detalle: la única forma de verse envuelto en el supuesto penal sería si una transacción le es comunicada por un funcionario de negocios como inusual, el oficial de cumplimiento califica como sospechosa la transacción y no la comunica a la UIF.

Ahora bien, la comunicación al oficial de cumplimiento no debe darse de cualquier forma, sino dentro de las normas contenidas en el manual de prevención de lavado de activos que debe tener toda empresa de operaciones múltiples, es decir que no es suficiente una simple llamada telefónica, por ejemplo, sino que es necesario acompañar el reporte de la transacción

que se califica como inusual; en caso contrario el oficial de cumplimiento no se daría por enterado.

Por otro lado, el oficial de cumplimiento cuenta —dependiendo de la entidad si lo hubiera convenido— con un comité de prevención de lavado de activos, el cual está conformado, según cada entidad, por el auditor interno, un asesor legal, un representante del área comercial y un representante del área de operaciones, que son funcionarios del primer nivel gerencial,¹² que opinan y orientan al oficial de cumplimiento para la toma de decisión. De ello se desprenden dos posibles situaciones; la primera, que el comité también considere que, producto de las señales presentadas como inusuales por el funcionario de negocios, califique la transacción como sospechosa y que proceda ser comunicado por el oficial de cumplimiento a la UIF. La segunda opción será que el comité considere que no procede comunicarlo a la UIF porque no son señales inusuales y que corresponde al giro del negocio, y que el funcionario de negocios se equivocó en su observación, aplicando la política de conocimiento del mercado y del cliente. Producto de lo opinado por el comité, el oficial de cumplimiento evalúa por convicción y resuelve no comunicar la transacción.

Ahora nos preguntamos si en el mismo ejemplo de la empresa Sur+1, el comité opina que no hay señales inusuales y el oficial de cumplimiento piensa lo contrario, es decir, que sí hay suficientes señales que califican como sospechosas y por convicción concluye que es conveniente reportar; nos preguntamos: ¿debe o no debe reportar en

ese caso? La respuesta es afirmativa, la razón es sencilla, el comité no tiene poder de decisión, solamente ayuda al oficial de cumplimiento a tomar elementos de juicio.

Asimismo, sobre la autonomía penal del delito de lavado de activos es muy discutible, porque desde el punto de vista de los hechos debo probar el delito precedente, es decir, el tráfico ilícito de drogas, el contrabando, la evasión tributaria, etcétera. En caso contrario nos encontraríamos en el absurdo de que el oficial de cumplimiento se vería envuelto y sentenciado en un delito por lavado de activos y el traficante de drogas, el contrabandista o el evasor tributario estaría libre de polvo y paja porque no se le probó delito alguno.

Del mismo modo, nos preguntamos qué debe entender el empleado de una empresa de operaciones múltiples y el mismo oficial de cumplimiento por el deber de comunicar e informar de las transacciones sospechosas a la UIF, para evitar el tipo de pregunta desatinada que formulan en muchos casos los operadores del derecho: ¿por qué no se dio cuenta el oficial de cumplimiento de la empresa bancaria que tal persona es un "lavador" por el tipo de operación que venía efectuando?, olvidándose de que el sistema de prevención es de medios no de resultados; la razón es simple, los delincuentes también buscan las deficiencias del sistema constituido o se burlan de las limitaciones que tiene la misma legislación para lograr la comisión de los hechos delictivos.

Por lo expuesto, debemos entender como transacción sospechosa¹³ aquella de naturaleza civil, comercial o financiera que

12 Artículo 21 de la resolución 1725-2003-SBS: "Las empresas podrán designar un comité para la prevención de lavado de activos conformado por funcionarios del primer nivel gerencial y que será presidido por el oficial de cumplimiento, con la finalidad de calificar las transacciones que podrían ser sospechosas para comunicarlas a la Unidad de Inteligencia Financiera.

13 Artículo 11 de la Ley 28306.

tenga una magnitud o velocidad de rotación inusual, o condiciones de complejidad inusitada o injustificada, que se presume que procede de alguna actividad ilícita o que, por cualquier motivo, no tenga un fundamento económico o lícito aparente; y entenderemos por transacción inusual aquella cuya cuantía, característica y periodicidad no guardan relación con la actividad económica del cliente, sale de los parámetros de normalidad vigente en el mercado o no tiene un fundamento legal evidente.

En cuanto a la relación del oficial de cumplimiento con la SBS y la UIF, debemos señalar que, indiscutiblemente, ambas cumplen funciones diferentes. La superintendencia es un órgano técnico, eficiente en el manejo de su política de prevención; mientras que en la UIF es necesario efectuar algunas mejoras en su legislación aplicable, que van desde el levantamiento del secreto bancario hasta la labor de supervisión del sistema de prevención de las empresas de operaciones múltiples.

La UIF no tiene facultad para solicitar el levantamiento del secreto bancario; constitucionalmente no está autorizada para pedir información, herramienta que es esencial para sus fines. Debemos recordar también que tampoco es titular del secreto bancario ni la misma SBS ni las empresas de operaciones múltiples.¹⁴ El Tribunal Constitucional ha señalado que el titular del secreto bancario es en exclusiva el cliente.¹⁵

Por lo tanto, no incurre en responsabilidad si el oficial de cumplimiento se abstiene de proporcionar información sujeta al secreto bancario a personas distintas a

las referidas en el artículo 142 de la Ley 26702.

El oficial de cumplimiento, como sujeto obligado a informar de una transacción sospechosa,¹⁶ está exento de responsabilidad penal, legal o administrativa, según corresponda, por el cumplimiento de la ley o por la revelación de información cuya restricción está establecida en el contrato o en cualquier otra norma, sin importar el resultado de la comunicación.

Además, sería conveniente implementar no desde el punto de vista normativo sino operativo, los mecanismos de seguridad que permitan mantener la reserva de la entidad del oficial de cumplimiento como de la empresa de operaciones múltiples en el momento en que se reporta una transacción como sospechosa a la UIF. La razón es que los medios de comunicación publican o difunden el nombre del oficial de cumplimiento y de la empresa de operaciones múltiples que reporta transacciones calificadas como sospechosas con un lujo de detalle que atenta contra la seguridad en el manejo de la información reservada.

8. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, con relación al sistema de prevención, podríamos arribar a lo siguiente:

- La comunicación de una transacción sospechosa por parte del oficial de cumplimiento a la UIF no es una denuncia penal.

14 Artículo 2, numeral 5 de la Constitución Política del Perú de 1993: "El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado".

15 Sentencia 1219-2003 HD.

16 Artículo 13 de la Ley 28306.

- El oficial de cumplimiento no es un investigador privado; es un empleado de una empresa de operaciones múltiples, colaborador en el tema de prevención de lavado de activos.
- El oficial de cumplimiento tiene como funciones la de vigilar por la existencia de un sistema de prevención, la elaboración de informes semestrales, la capacitación del personal y el desarrollo de normas, procedimientos y controles para la prevención de lavado de activos; no es un cazador de delincuentes, atribución propia del Estado.

- El sistema de prevención de lavado de activos para las empresas de operaciones múltiples es de medios no de resultados.

Por último diremos que sobre el supuesto planteado de la empresa Sur+1, el oficial de cumplimiento debería de reportar las transacciones inusuales que califican como sospechosas, correspondiéndole verificarlas a la UIF y comunicarlas al Ministerio Público para que proceda a la denuncia penal respectiva si hubiera mérito para ello.