



INFORME JURIDICO SOBRE LA MODIFICACION DEL ART. 17 DE LA LEY 19.574 PROPUESTO POR EL ART. 221 DE LA LEY DE URGENTE CONSIDERACIÓN

Dr. Rafael García Martínez
rgarcia@rap.com.uy

Montevideo, 20 de mayo de 2020

Cdora. Cristina Freire

Colegio de Contadores, Economistas y Administradores del Uruguay

Presente.

De nuestra mayor consideración:

Tengo el agrado de evacuar la consulta jurídica que nos formulara sobre el alcance de las modificaciones propuestas por la Ley de Urgente Consideración (en adelante “LUC”) sobre el sistema de debida diligencia nacional.

A los efectos de facilitar su comprensión, he dividido el informe en los siguientes capítulos:

I.	EL CASO OBJETO DE CONSULTA	3
II.	LA CONSULTA FORMULADA	3
III.	EL SISTEMA INTERNACIONAL INSTAURADO POR EL GAFI.....	3
IV.	LA EVALUACIÓN PAÍS EN RELACIÓN A LAS RECOMENDACIONES VINCULADAS AL SISTEMA NACIONAL DE DEBIDA DILIGENCIA	5
1.	Evaluación del cumplimiento país sobre la RECOMENDACIÓN 1 del GAFI.....	5
2.	Evaluación del cumplimiento país sobre la RECOMENDACIÓN 10 del GAFI.....	6
3.	Evaluación del cumplimiento país sobre la RECOMENDACIÓN 22 del GAFI.....	8
V.	EL SISTEMA DE DEBIDA DILIGENCIA REGULADO EN LA LEY INTEGRAL	9
1.	La definición “país” del sistema de Debida Diligencia.....	9
2.	Definición del sistema de Debida Diligencia por parte de los sujetos obligados	10
3.	Políticas del sistema de Debida Diligencia	10
4.	Enfoque basado en riesgos.....	11

5. Implementación del sistema de Debida Diligencia	12
6. Adecuación y razonabilidad del sistema	13
VI. ALCANCE DE LA MODIFICACIÓN PROYECTADA EN EL ART. 221 DE LA LUC	13
1. Descripción del cambio proyecto	13
2. Alcance del cambio proyectado	14
2.1. Utilización de instrumentos de pago relativos a Dinero o Valores.....	14
2.2. El dinero o valor debe estar sometido a un contrato de depósito	15
2.3. El depósito solamente podrá hacerse en el conjunto de instituciones financieras autorizadas a recibir los mismo y no respecto de las restantes	15
2.4. El instrumento de pago y su emisión y acreditación	16
2.5. Conclusiones sobre el texto proyectado en la LUC.....	16
VII. INCIDENCIA DE LA MODIFICACIÓN PROPUESTA EN EL SISTEMA NACIONAL DE DEBIDA DILIGENCIA INSTAURADO EN LA LEY INTEGRAL Y LASRECOMENDACIONES GAFI	17
1. Introducción	17
2. La regulación de la Ley Integral no contraría las recomendaciones internacionales del GAFI.....	17
2.1. El artículo 14 y 15 de la Ley Integral.....	17
2.2. El artículo 16 de la Ley Integral	19
2.3. El artículo 17 y 18 de la Ley Integral. La regulación de la debida diligencia simplificada en la Ley Integral	19
2.4. La regulación del Decreto Reglamentario No. 379/2018 en sus artículos 32, literal C, numeral 5 y 44, literal C, numeral 5	21
2.5. La jurisprudencia también valida el contenido de la norma proyectada .	22
VIII. OTRAS MODIFICACIONES DE LA LUC CON INCIDENCIA EN EL TEMA BAJO ANÁLISIS	22
1. La modificación introducida por el art. 219de la LUC	22
2. La modificación introducida por el art. 35 de la LUC	23
IX. EL CONTROL DE EFECTIVIDAD DEL SISTEMA PREVENTIVO	24
X. CONCLUSIONES	24

I. EL CASO OBJETO DE CONSULTA

1. La LUC incorpora en su artículo 221 una modificación al sistema legal vigente de debida diligencia en materia de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo instaurado por la Ley No. 19.574 (en adelante “Ley Integral”).
2. El cambio propuesto pretende incorporar, al art. 17 de la Ley Integral, un segundo párrafo final con el siguiente contenido:

“Se considerarán aplicables las medidas simplificadas de debida diligencia, cuando la operación se efectúe con instrumentos de pago relativos a dinero u otros valores depositados en instituciones financieras supervisadas por el Banco Central del Uruguay, emitidos o acreditados a nombre de la parte que propone el instrumento de pago.”

3. La modificación propuesta ha generado controversias por parte de distintos actores tanto respecto de su legalidad, como respecto de sus posibles impactos prácticos y sobre las consecuencias esperables a nivel país en atención a los compromisos internacionales asumidos.

II. LA CONSULTA FORMULADA

Se solicita mi opinión jurídica sobre si la modificación propuesta en la LUC en su artículo 221, desde el punto de vista técnico, incumple los compromisos internacionales asumidos por nuestro país.

III. EL SISTEMA INTERNACIONAL INSTAURADO POR EL GAFI

En el año 1989 se crea el Grupo de Acción Financiera Internacional (en adelante “GAFI”), organismo internacional que tiene como objetivo la promoción, difusión, desarrollo y coordinación de políticas contra el blanqueo de capitales, tanto a nivel internacional como nacional.

Su programa se estructura en base a cronogramas de trabajo anuales, en el cual los países se someten a un sistema de evaluación mutua en base al cual se determina la adecuación de sus respectivos sistemas jurídicos a las exigencias planteadas en *“las 40 Recomendaciones”*.

Si bien los pronunciamientos del referido organismo no tienen carácter vinculante, su trascendencia se aprecia en la incorporación por parte de los estados de normativa interna basada en *“las 40 Recomendaciones”* aprobadas en 1990, y posteriormente revisadas en múltiples ocasiones hasta su última revisión de octubre de 2015.

Con el paso de los años las presiones ejercidas por los mencionados organismos han tomado mayor relevancia y magnitud motivadas también por circunstancias tales como el incremento del Terrorismo, la decisión de los países centrales de combate a la erosión

de sus bases tributarias, así como el combate al narcotráfico y la corrupción, procurando una mayor transparencia y cooperación a nivel internacional.

El GAFI, tiene como mandato fijar estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el Lavado de Activos, el Financiamiento del Terrorismo y el Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva y otras Amenazas a la Integridad del Sistema Financiero Internacional. Se trata entonces de un "*órgano de formulación de políticas*", que trabaja para generar la voluntad política necesaria para llevar a cabo las reformas legislativas y reglamentarias nacionales en estas áreas.

En su marco, se han dictado un elenco de recomendaciones, conocidas como "*las 40 recomendaciones de GAFI*" actualizadas periódicamente, donde se establecen medidas esenciales que los países deben implementar

Por un lado, las medidas de capacitación y por otro las evaluaciones mutuas entre los países miembros son las dos principales herramientas con las que cuenta GAFLAT para apoyar en la implementación de "*las 40 Recomendaciones de GAFI*" e incorporarlas en los distintos países como Ley nacional, así como en la creación de un sistema regional de prevención contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo.

Entre otros aspectos, GAFI hace énfasis en el papel de los sistemas legales nacionales en el combate contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, ampliando el concepto de este delito al producto de otras actividades ilegales graves, así como sugiriendo el establecimiento de medidas cautelares y de decomiso de bienes.

Resaltan, además, el papel del sistema financiero en el combate contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, recomendando la adopción de una serie de medidas con ocasión de la utilización de los servicios que ofrecen, tales como la identificación de clientes, el registro y resguardo por un período determinado de la documentación que sustentan sus transacciones, el tratamiento de personas políticamente expuestas, así como el reporte a las autoridades de las transacciones sospechosas, es decir, aquellas que efectuadas por el público resulten complejas, insólitas, significativas o sin fundamento económico o legal claro.

Asimismo, dicho grupo considera necesario para la aplicación de una política de prevención del Lavado de Activos en las instituciones financieras, el desarrollo de programas permanentes de capacitación de personal, así como el establecimiento de políticas internas, procedimientos y controles orientados específicamente a evitar la utilización de este tipo de instituciones por quienes se dedican a la actividad del Lavado de Activos.

En la región actúa en este ámbito el Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFLAT desde julio de 2014), originalmente GAFISUD (creado el 8 de diciembre de 2000), reflejando la expansión de sus miembros a todos los países de América Latina. Se trata de una organización intergubernamental de base regional que agrupa a países de América del Sur, Centroamérica y América del Norte para combatir el Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo, a través del compromiso de mejora continua de las políticas nacionales en relación a ambos temas y la profundización de los distintos mecanismos de cooperación entre los países miembros.

GAFILAT, se constituyó por a través del “Memorando de Entendimiento” (en adelante “el memorando” en el mes de diciembre del 2000, el que fue ratificado por nuestro país a través de la Ley Nro. 17.532, del 9 de agosto de 2002.

De acuerdo al artículo 1 del memorando, como parte de los objetivos del ente se encuentra: *“Reconocer y aplicar las cuarenta Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional contra el blanqueo de capitales y las recomendaciones y medidas que en el futuro adopte el GAFISUD”*.

Para ello, los países miembros se someterán voluntariamente a autoevaluaciones y a evaluaciones mutuas.

Respecto de nuestro país, la última evaluación aprobada por el pleno de la institución data del 5 y 6 de diciembre del año 2019.¹

IV. LA EVALUACIÓN PAÍS EN RELACIÓN A LAS RECOMENDACIONES VINCULADAS AL SISTEMA NACIONAL DE DEBIDA DILIGENCIA

A continuación, realizaré una breve descripción de las Recomendaciones del GAFI que pueden verse involucradas en la modificación propuesta por la LUC.

Asimismo, describiré cuál ha sido la evaluación de GAFILAT al respecto.

1. Evaluación del cumplimiento país sobre la RECOMENDACIÓN 1 del GAFI

La Recomendación indicada establece:

“Los países deben identificar, evaluar y entender sus riesgos de lavado de activos/financiamiento del terrorismo, y deben tomar acción, incluyendo la designación de una autoridad o mecanismo para coordinar acciones para evaluar los riesgos, y aplicar recursos encaminados a asegurar que se mitiguen eficazmente los riesgos. Con base en esa evaluación, los países deben aplicar un enfoque basado en riesgo (RBA, por sus siglas en inglés) a fin de asegurar que las medidas para prevenir o mitigar el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo sean proporcionales a los riesgos identificados. Este enfoque debe constituir un fundamento esencial para la asignación eficaz de recursos en todo el régimen antilavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo (ALA/CFT) y la implementación de medidas basadas en riesgo en todas las Recomendaciones del GAFI. Cuando los países identifiquen riesgos mayores, éstos deben asegurar que sus respectivos regímenes ALA/CFT aborden adecuadamente tales riesgos. Cuando los países identifiquen riesgos menores, éstos pueden optar por permitir medidas simplificadas para algunas Recomendaciones del GAFI bajo determinadas condiciones.”

¹ El informe se puede apreciar en el siguiente link <https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/miembros/uruguay-1/evaluaciones-mutuas-16/3725-iem-uruguay-es-ene-2020/file#page=156&zoom=100,109,434>

“Los países deben exigir a las instituciones financieras y actividades y profesiones no financieras designadas (APNFD) que identifiquen, evalúen y tomen una acción eficaz para mitigar sus riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.” (el destacado me pertenece).

La conclusión emitida por los evaluadores respecto del cumplimiento de nuestro país sobre la Recomendación indicada sostiene lo siguiente²:

“Ponderación y conclusión”

“Uruguay cumple con la mayoría de los requisitos de los criterios de la Recomendación 1.”

“Ahora bien, no se observa que la ENR haya abordado los riesgos de LA de delitos determinantes no cubiertos por la legislación, como los delitos ambientales, manipulación del mercado y abuso de información privilegiada. Asimismo, ante actividades económicas financieras no valoradas en la ENR, se advierte una limitación en términos de alcance de dicha evaluación.”

*“Se advierten ciertas limitaciones en la implementación del EBR por parte de sectores de APNFD.”*³

“La R. 1 se califica como Mayoritariamente Cumplida.” (el destacado me pertenece).

2. Evaluación del cumplimiento país sobre la RECOMENDACIÓN 10 del GAFI

La Recomendación indicada, que refiere a la Debida Diligencia a realizar por los sujetos obligados financieros, dispone lo siguiente:

“Debe prohibirse a las instituciones financieras que mantengan cuentas anónimas o cuentas con nombres obviamente ficticios.”

“Debe exigirse a las instituciones financieras que emprendan medidas de Debida Diligencia del Cliente (DDC) cuando:”

“(i) establecen relaciones comerciales;”

“(ii) realizan transacciones ocasionales: (i) por encima del umbral aplicable designado (USD/EUR 15,000); o (ii) están ante transferencias electrónicas en las circunstancias que aborda la Nota Interpretativa de la Recomendación 16;”

² La evaluación expresamente analiza las siguientes normas nacionales vinculadas al cumplimiento de dicha Recomendación: arts. 17, 18, 19 de la Ley Integral, y a nivel de APNFD arts. 4, 5, 15 del Decreto 379/2018.

³ La limitación indicada se refiere a la fiscalización efectiva por parte de la SENACLAFT al enfoque basado de riesgo de las APNFD. Expresa en este aspecto el informe: “Tanto la SSF como la SENACLAFT, que son las autoridades supervisoras de los sectores financiero y APNFD, aplican procedimientos de fiscalización que contemplan la evaluación de la aplicación del enfoque de riesgos (para mayor detalle, se remite al análisis de las Recomendaciones 26 y 28). Sin perjuicio de ello, se advierten ciertas limitaciones en la implementación del EBR por parte de sectores de APNFD.”

"(iii) existe una sospecha de lavado de activos o financiamiento del terrorismo; o"

"(iv) la institución financiera tiene dudas sobre la veracidad o idoneidad de los datos de identificación sobre el cliente obtenidos previamente."

"El principio de que las instituciones financieras deben llevar a cabo la DDC debe plasmarse en ley. Cada país puede determinar cómo impone obligaciones específicas de DDC, ya sea mediante ley o medios coercitivos."

"Las medidas de DDC a tomar son las siguientes:"

"(a) Identificar al cliente y verificar la identidad del cliente utilizando documentos, datos o información confiable, de fuentes independientes."

"(b) Identificar al beneficiario final y tomar medidas razonables para verificar la identidad del beneficiario final, de manera tal que la institución financiera esté convencida de que conoce quién es el beneficiario final. Para las personas jurídicas y otras estructuras jurídicas, esto debe incluir que las instituciones financieras entiendan la estructura de titularidad y de control del cliente."

"(c) Entender, y cuando corresponda, obtener información sobre el propósito y el carácter que se pretende dar a la relación comercial."

"(d) Realizar una debida diligencia continua de la relación comercial y examinar las transacciones llevadas a cabo a lo largo de esa relación para asegurar que las transacciones que se realicen sean consistentes con el conocimiento que tiene la institución sobre el cliente, su actividad comercial y el perfil de riesgo, incluyendo, cuando sea necesario, la fuente de los fondos."

"Debe exigirse a las instituciones financieras que apliquen cada una de las medidas de DDC bajo los párrafos (a) al (d) anteriores, pero deben determinar el alcance de tales medidas utilizando un enfoque basado en riesgo (RBA) de conformidad con las Notas Interpretativas de esta Recomendación y la Recomendación 1."

"Debe exigirse a las instituciones financieras que verifiquen la identidad del cliente y del beneficiario final antes o durante el curso del establecimiento de una relación comercial o al realizar transacciones para clientes ocasionales. Los países pueden permitir a las instituciones financieras que completen la verificación tan pronto como sea razonablemente práctico luego del establecimiento de la relación, cuando los riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo se manejen con eficacia y cuando resulte esencial para no interrumpir el curso normal de la actividad."

"Si la institución financiera no pudiera cumplir con los requisitos aplicables en los párrafos (a) al (d) anteriores (sujeto a la modificación acorde al alcance de las medidas partiendo de un enfoque basado en riesgo), se le debe exigir a ésta que no abra la cuenta, comience relaciones comerciales o realice la transacción; o se le debe exigir que termine la relación comercial; y debe considerar hacer un reporte de transacciones sospechosas sobre el cliente."

"Estos requisitos se deben aplicar a todos los clientes nuevos, aunque las instituciones financieras deben aplicar también esta Recomendación a los clientes existentes atendiendo a la importancia relativa y al riesgo, y deben llevar

a cabo una debida diligencia sobre dichas relaciones existentes en los momentos apropiados.”

La conclusión emitida por los evaluadores respecto del cumplimiento de nuestro país sobre la Recomendación indicada sostiene lo siguiente⁴:

“Ponderación y conclusión”

“La gran mayoría de los requisitos de la R. 10 se encuentran cubiertos por la legislación uruguaya.”

“Quedan dudas acerca de si el plazo de 60 días contados desde el inicio del vínculo para completar la verificación (Arts. 294, 294.1, 316.5, 316.40, 316.52 y 316.67 de la RNRCSCF, 190 y 190.1 de la RNMV y 73 de la RNSR) es razonable en atención al riesgo del cliente.”

“La R. 10 se califica como Mayoritariamente Cumplida”.

3. Evaluación del cumplimiento país sobre la RECOMENDACIÓN 22 del GAFI

La Recomendación indicada, que refiere a la Debida Diligencia a realizar por los sujetos obligados no financieros, dispone lo siguiente -en lo que a este informe importa-:

“Los requisitos de debida diligencia del cliente y el mantenimiento de registros establecidos en las Recomendaciones 10, 11⁵, 12⁶, 15⁷ y 17⁸, se aplican a las Actividades y Profesiones No Financieras Designadas (APNFD) en las siguientes situaciones...:”

La conclusión emitida por los evaluadores respecto del cumplimiento de nuestro país sobre la Recomendación indicada sostiene lo siguiente⁹:

“Ponderación y conclusión”

“Las APNFD comprendidas en La Ley ALA y el Decreto 379/018 que corresponden a esta R., cumplen con los requisitos de DDC, están obligados a conservar los registros sobre las transacciones y procedimientos de DDC que realizan con sus clientes por un plazo de al menos cinco años después de finalizada la transacción.”

⁴ La evaluación expresamente analiza las siguientes normas nacionales vinculadas al cumplimiento de dicha Recomendación: arts. 14, 15, 16, 17, 18 y 19 de la Ley Integral, y normas emitidas por el BCU para sujetos obligados financieros.

⁵ Refiere a la Recomendación respecto de Mantenimiento de Registros por parte de los Sujetos Obligados Financieros.

⁶ Refiere a la Recomendación respecto de Personas Políticamente Expuestas por parte de los Sujetos Obligados Financieros.

⁷ Refiere a la Recomendación respecto de Nuevas Tecnologías por parte de los Sujetos Obligados Financieros.

⁸ Refiere a la Recomendación respecto de Dependencias de Terceros por parte de los Sujetos Obligados Financieros.

⁹ La evaluación expresamente analiza las siguientes normas nacionales vinculadas al cumplimiento de dicha Recomendación: arts. 13, 14, 21, 19 de la Ley Integral, y a nivel de APNFD arts. 13, 14, 15, 19, 22, 30, 39,40, 41, 64, 77 del Decreto No. 379/2018

“Estos registros de DDC son suficientes para reconstruir operaciones y son puestos a disposición de la SENACLAFT cuando se solicitan.”

“Sin embargo, en lo que se refiere a las medidas de DDC y tapinga-off, no se evidencia la normativa bajo la cual las APNFD que tienen sospecha de que existe LA/FT, y que crean que el proceso de DDC pueda alertar al cliente, se les permita no realizar dicho proceso y que en su lugar presenten un ROS. Asimismo, las APNFD deben intensificar los procedimientos de DDC prestando atención en las amenazas que puedan surgir de la utilización de tecnologías nuevas o en desarrollo. “

“La R. 22 se califica como Mayoritariamente Cumplida.”

V. EL SISTEMA DE DEBIDA DILIGENCIA REGULADO EN LA LEY INTEGRAL 10

1. La definición “país” del sistema de Debida Diligencia

Siguiendo las Recomendaciones del GAFI nuestro legislador ha tomado decisiones país en cuanto al contenido de la debida diligencia a adoptar por parte de los sujetos obligados.

Ello ha determinado que el *“contenido”* definido por el legislador sea el contenido que los sujetos obligados se encuentran obligados a cumplir. Cualquier otra obligación accesoria, que no se haya incluido en la Ley Integral carece de amparo y de base legal por lo que, sencillamente, no puede obligar a los sujetos obligados.

En base a este razonamiento podemos manifestar que el contenido de la debida diligencia en nuestro país se integra de los siguientes aspectos en la Ley Integral:

- Delimitación de su alcance subjetivo (artículo 14)
- Etapas de su creación (artículo 14):
 - Definición
 - Implementación
 - Políticas
 - Procedimientos
- Alcance respecto de clientes (artículo 14)
 - Todos los clientes
 - Nuevos (artículo 16)
 - Existentes (artículo 16)
- Alcance respecto de las operaciones (artículo 14)
- Contenido de la información de clientes (artículo 15)
 - Identificación y verificación
 - Identificación y verificación de beneficiario final en caso de corresponder
 - Propósito de la relación comercial o naturaleza de los negocios

¹⁰ Para profundizar en cada uno de los elementos requeridos por nuestra normativa vigente se puede consultar los libros de descarga gratuita elaborados por este consultante, *“Lavado de Activos en Uruguay – Manual Teórico Práctico. Vol. 1”* 2018 y *“Debida Diligencia en Uruguay”* 2019, disponibles en <https://lavadodeactivosenuruguay.com/>.

- Seguimiento continuo de la relación comercial y consistencia en el tiempo de las mismas
- Determinación de las medidas en función del riesgo de cada sujeto obligado, de clientes y de transacciones
- Medidas simplificadas de debida diligencia (artículos 17 y 18)
- Medidas Intensificadas (artículo 19)
- Medidas Especiales (artículo 19)
- Medidas de Conservación de registros (artículo 21)

El contenido definido por el legislador tiene fuente en las recomendaciones internacionales y resulta adecuado en ese aspecto.

No obstante, en las distintas circulares emitidas por el BCU para cada sector de sujetos obligados financieros, así como en el Decreto Reglamentario No. 379/2018 -que regula al sector de APNFD- de la Ley Integral van más allá del contenido fijado por el legislador he incorpora, a mi criterio, obligaciones que la Ley no ha impuesto a los sujetos obligados (la necesidad de un Oficial de Cumplimiento o de capacitación al personal, por ejemplo).

2. Definición del sistema de Debida Diligencia por parte de los sujetos obligados

Establece la nueva Ley que los sujetos obligados deben “*...definir e implementar políticas y procedimientos de debida diligencia para todos los clientes...*” (artículo 14).

A efectos de definir estas políticas el norte señalado por la norma es la obtención de “*...una adecuada identificación y conocimiento de los mismos*”.

Adicionalmente la norma exige que las políticas fijadas por los sujetos obligados incluyan la adecuada identificación de los beneficiarios finales de las transacciones -en caso de que correspondieren- y que éstos presten “*atención*” al volumen y a la índole de los negocios o actividades desarrolladas por sus clientes.

Asimismo, la norma indica que los sujetos obligados deberán actuar de acuerdo a su situación particular, lo que implica que cada sistema de debida diligencia debe ser hecho “a medida” en atención a los parámetros indicados por la norma.

En efecto el artículo 16 indica “*...los sujetos obligados implementarán cada una de las medidas de debida diligencia previstas en los artículos 14 y 15 de la presente Ley, pero podrán determinar el grado de aplicación de dichas medidas en función del riesgo y dependiendo del tipo de cliente, relación de negocios, producto u operación*”.

La gran mayoría de los sujetos obligados se verá desconcertado respecto de los límites de las obligaciones que se le imponen.

3. Políticas del sistema de Debida Diligencia

En primer término, debo decir que el sujeto obligado deberá definir las políticas de debida diligencia que, en su especial situación, considere razonables.

No existe un estándar que todos deban cumplir en tanto todos los sujetos obligados son distintos.

En efecto, las políticas de debida diligencia que una institución de intermediación financiera deba establecer serán completamente diversas a las que establezca un Rematador que desarrolle su actividad en el interior de nuestro país.

Ello, resulta evidente, en tanto los riesgos asociados a la actividad de uno y otro son completamente diversos.

Lo que si debe considerar cada sujeto obligado son las pautas establecidas por la normativa.

4. Enfoque basado en riesgos

A efectos de definir una política más profunda y adecuada de debida diligencia -también más onerosa y compleja- los sujetos obligados deberán realizar un análisis de los riesgos a los que se ven expuestos en la actividad que específicamente desarrollan.

Evidentemente que cada sector de sujetos obligados tiene un conjunto de actividades especiales que determina un análisis particular de dichos riesgos. Asimismo, dentro de cada sector, cada sujeto obligado deberá definir su política individual lo que probablemente genere que no necesariamente todos deban aplicar los mismos criterios y que sea muy difícil encontrar dos sistemas idénticos.

Con un enfoque basado en riesgos “... es posible garantizar que las medidas para evitar o mitigar el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo sean proporcionales a los riesgos identificados. Esto permitirá que los recursos se asignen de las maneras más eficientes. El principio es que los recursos deben dirigirse de acuerdo con las prioridades de modo tal que los riesgos más grandes reciban la mayor atención. Los enfoques alternativos son que los recursos se apliquen equitativamente o que los recursos se dirijan a objetivos específicos, pero sobre la base de factores distintos del riesgo. Esto puede conducir inadvertidamente a un enfoque de ‘llenar formularios’ que se centra en el Cumplimiento de los requisitos formales, en lugar de combatir el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo en forma eficiente y eficaz”.¹¹

Un primer paso a este respecto implica el cumplimiento de 2 etapas básicas, a saber: a) identificar los riesgos a los que se ven expuestos cada sujeto obligado en particular y b) evaluar los mismos.

Respecto de la identificación del cliente el sujeto obligado deberá identificar los eventos potenciales de riesgos de sus clientes, de sus productos o servicios y de las áreas geográficas donde se despeñe. En caso de ser un sujeto obligado de cierta envergadura será razonable que este análisis se apoye en recursos tecnológicos, con el debido soporte matemático y estadístico. Por último, será necesario definir diferentes técnicas

¹¹ Guía del enfoque basado en el riesgo para combatir el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo. Consultada con fecha 19/07/2019 en el sitio web: <https://www.uaf.cl/asuntos/descargar.aspx?arid=948>

de obtención de información (datos sobre operaciones y transacciones, evaluación país de riesgo, informes de organismos internacionales, etc.).

En cuanto a la medición de los riesgos, la misma tiene como objetivo clasificar los riesgos e identificar la probabilidad de ocurrencia y su impacto (promedio de ocurrencia en cierto período de tiempo, determinación del impacto proyectado, etc.). En base a esta información deberá determinarse el nivel de riesgo de cada sujeto obligado.

Una vez que se definen estos aspectos será necesario:

- Evaluar el nivel de exposición a los riesgos de LA/FT por cada producto, servicio, cliente, área geográfica y canales de distribución;
- Medir la eficiencia y efectividad de los controles internos establecidos para mitigar tales riesgos;
- Determinar el nivel de riesgo residual de la entidad;
- Identificar oportunidades de mejora en los procesos y controles internos.

De esta forma se definen, otra vez, en atención al tipo de sujeto obligados y a su medida, los parámetros vinculados a las políticas de trabajo al respecto¹².

Si los sujetos obligados intentan implementar el enfoque basado en el riesgo, debe quedar claro que los mismos deberán hacer una estimación razonable con respecto a sus situaciones particulares.

Esto puede significar que no haya dos sujetos obligados de un mismo sector que adopten la misma práctica detallada

El Decreto Reglamentario exige que los sujetos obligados deben aplicar un enfoque basado en riesgos.

En efecto, su artículo 10 establece con criterio general el enfoque basado en riesgos que deben contemplar los sujetos obligados no financieros. También existen varias otras normas dentro del Decreto Reglamentario que refieren a este aspecto (por ej. artículos 42, 51, 52).

5. Implementación del sistema de Debida Diligencia

Una vez que el sujeto obligado definió las políticas de su sistema de debida diligencia el mismo deberá ser implementado en el marco de su actividad.

¹² Por ejemplo, en la República Dominicana por Ley Nro. 155-17, se establece a nivel de Bancos un Modelo de las tres (3) líneas de defensa, a saber: a) Comprometer los accionistas y directivos de la entidad: debe constar en el código de ética, actas, manuales o documentos institucionales; b) Determinar el contexto en el que opera la entidad: normativa aplicable, objetivos y estrategias, sistema de gestión y administración, y estructura organizacional y; c) Definir las herramientas, técnicas y fuentes de información: implementación de la metodología de gestión de riesgos. Consultado con fecha 19/07/2019 en el sitio web: <https://sib.gob.do/pdf/Nueva%20Metodolog%C3%ADa%20de%20Supervisi%C3%B3n%20con%20Enfoque%20Basado%20en%20Riesgos%20de%20LA-%20FT.pdf>

De esta forma, a modo de ejemplo, deberá plasmar el sistema en un manual de procedimiento que describa detalladamente las directivas adoptadas.

También, en caso de aplicar, deberá comunicar a los colaboradores con los que presta su función las decisiones adoptadas y los esquemas de procedimiento determinados.

Asimismo, deberá designar a las personas que ejercerán las actividades concretas vinculadas al procedimiento instaurado al interior de su negocio.

6. Adecuación y razonabilidad del sistema

La norma también exige la aplicación de razonabilidad en la definición de las políticas y la implementación de la misma.

La exigencia surge del artículo 14 donde se indica “*la adecuada identificación y conocimiento*” de sus clientes, así como del artículo 16 donde se establece “*En todos los casos, los sujetos obligados deberán estar en condiciones de demostrar a las autoridades competentes¹³ que las medidas adoptadas tienen un alcance adecuado* en relación con el riesgo de Lavado de Activos o Financiamiento al Terrorismo que representan mediante la presentación de un análisis de riesgo que deberá constar por escrito”. También respecto de la identificación de un eventual beneficiario final de una operación o transacción el artículo 15, literal B) requiere “...tomar medidas razonables para verificar su identidad”.

Como se indicara, la definición de las políticas y de su implementación -en una primera mirada- queda a criterio del sujeto obligado. No obstante, la norma exige cierto contenido específico que ya hemos señalado en los numerales precedentes y, además, exige que el sistema de Debida Diligencia sea adecuado, razonable.

El requisito tiene mucha importancia práctica en tanto de nada servirá establecer un procedimiento de debida diligencia que no cumpla con la finalidad específica que el mismo busca.

VI. ALCANCE DE LA MODIFICACIÓN PROYECTADA EN EL ART. 221 DE LA LUC

1. Descripción del cambio proyecto

Mediante la modificación propuesta se pretende incorporar un nuevo párrafo al art. 17 de la Ley Integral.

Mediante tal adición el art. 17 quedaría redactado de la siguiente forma:

“(Medidas simplificadas de debida diligencia).- “

¹³ La inversión de la carga de la prueba de la administración al administrado resulta altamente cuestionable.

“Los sujetos obligados podrán aplicar, en los supuestos y con las condiciones que se determinen reglamentariamente, medidas simplificadas de debida diligencia respecto de aquellos clientes, productos u operaciones que comporten un riesgo reducido de lavado de activos o financiamiento del terrorismo.”

“Se considerarán aplicables las medidas simplificadas de debida diligencia, cuando la operación se efectúe con instrumentos de pago relativos a dinero u otros valores depositados en instituciones financieras supervisadas por el Banco Central del Uruguay, emitidos o acreditados a nombre de la parte que propone el instrumento de pago.”

2. Alcance del cambio proyectado

El texto a adicionar, interpretado en forma restrictiva -única forma de hacerlo en tanto se trata de una norma ley limitativa de derechos fundamentales protegidos por Pactos Internacionales de Derechos Humanos y por nuestra Constitución vigente como lo sostiene doctrina y jurisprudencia mayoritaria nacional-, contiene varios elementos que restringen la aplicación práctica de la misma.

En efecto, la consideración sobre la aplicación de debida diligencia simplificada solamente podrá ser aplicable cuando el sujeto obligado se enfrente a una operación con especiales características, en caso de que no sea así, el sujeto obligado no puede distender sus obligaciones legales y aplicar la excepción que se pretende incorporar.

Así, la excepción resulta -en su aplicación práctica- bastante restringida, mucho más de lo que un lector desprevenido puede realizar de la misma.

Debe tratarse de operación que contenga estos cuatro elementos:

- Se deben utilizar Instrumento de pago relativo a Dinero o Valores
- Depositados
- En instituciones financieras supervisadas por el Banco Central del Uruguay (de cualquier tipo)
- Emitidos o acreditados a nombre de la parte que propone el instrumento de pago

Describiré a continuación el alcance que técnicamente considero que debe otorgársele a cada uno de los elementos descritos.

2.1. Utilización de instrumentos de pago relativos a Dinero o Valores

La referencia a dinero debe comprender el concepto básico de dinero fiduciario y de dinero electrónico establecido por la Ley No. 19.210 y normas administrativas del BCU¹⁴.

¹⁴ Sobre el concepto de dinero electrónico, su alcance en nuestro país, se puede consultar el trabajo del Dr. Matías Jackson Berton, “Dinero Electrónico en Uruguay alcance y naturaleza jurídica”. Revista No. 27

En cuanto al concepto de Valores se debe estar a la definición de los mismos dispuesto por la Ley No. 18.627 en su artículo 1315.

Todo otro concepto que no ingrese estrictamente en estos dos géneros descriptos por la norma no podrá ser considerados a efectos de beneficiarse de la presunción establecida.

2.2. El dinero o valor debe estar sometido a un contrato de depósito

El dinero o valor indicado debe verse sometido a las estipulaciones de un contrato de depósito con alguna institución de intermediación financiera.

A nivel de derecho bancario, el concepto de depósito bancario es bien conocido y se encuentra claramente delimitado, diferenciándose de otros contratos típicos de dicha actividad.

En efecto, el depósito bancario¹⁶ asume 2 modalidad básicas, a la vista y a plazo. Se diferencia claramente del contrato de cuenta corriente bancaria -aunque hay quienes lo consideran a la cuenta corriente un subtipo del depósito bancario- y de otros contratos bancarios como ser el préstamo bancario, el crédito documentario, la tarjeta de crédito bancaria, los créditos de uso, el factoring, el aval bancario, los fideicomisos financieros, etc.

2.3. El depósito solamente podrá hacerse en el conjunto de instituciones financieras autorizadas a recibir los mismo y no respecto de las restantes

Lo indicado anteriormente implica que solamente podrán intervenir en una operación exceptuada aquellas instituciones financieras que puedan recibir depósitos y no el resto de la mismas.

En nuestro ordenamiento, tal actividad está expresamente reservada para las instituciones de intermediación financiera y las cooperativas de intermediación financiera.

El resto de las instituciones no se encuentran habilitadas a captar depósitos de sus clientes, pudiendo dudarse si las empresas autorizadas a realizar transferencias (casas

de la Universidad Montevideo, disponible en <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2015/09/Dinero-electronico-en-Uruguay-alcance-y-naturaleza-juridica.pdf>

¹⁵ Dispone la norma que: “Se entenderá por valores, a los efectos de la presente ley, los bienes o derechos transferibles, incorporados o no a un documento, que cumplan con los requisitos que establezcan las normas vigentes. Se incluyen en este concepto las acciones, obligaciones negociables, mercado de futuros, opciones, cuotas de fondos de inversión, títulos valores y, en general, todo derecho de crédito o inversión.”

¹⁶ Sobre el concepto de depósito bancario, sus características, su naturaleza jurídica y diferencias con otras figuras típicas se puede consultar el trabajo de la Dra. Jenifer Alfaro Borges, “La naturaleza jurídica del depósito bancario en cuenta corriente y el derecho a la información del depositante como consumidor”, publicado en la Revista de la Universidad Montevideo en disponible en <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Alfaro-Borges-La-naturaleza-juridica-del-deposito-bancario-en-cuenta-corriente-y-el-derecho-a-la-informacion-del-depositante-como-consumidor.pdf>

de cambio, empresas de transferencia de fondos, etc.) encajarían en este supuesto lo que, a mi criterio, no es ajustado a la interpretación estricta que debe dársele a la norma.

2.4. El instrumento de pago y su emisión y acreditación

Como último elemento determinante de la hipótesis regulada en la norma proyectada corresponde analizar el giro final de la misma, correspondiente a que el instrumento de pago de dinero o valores, depositado en una entidad autorizada a recibir depósitos, sea emitido o acreditado *“a nombre de la parte que propone el instrumento de pago.”*

En cuanto a la emisión de dinero o valores cabe indicar que la hipótesis parecería referirse a la emisión de una letra de cambio o cheque o documento asimilados por parte de una de las instituciones indicadas y que el mismo sea nominado a favor de quién debe realizar el pago en la operación proyectada.

Ello implicará que, si en un negocio, existen varios títulos valores o cheques para pagar la operación, la totalidad de las mismas deba cumplir esta característica, debe estar emitida a nombre de quién realiza el pago. Si alguna de la mismas ha sido emitida a nombre de una tercera persona, la operación no se encuentra abarcada en la hipótesis legal que se analiza.

Por su parte, en referencia en que el dinero o los valores se hallen acreditados a nombre de la persona que realice el pago, la hipótesis debería limitarse a que quién deba realizar el pago en la operación sea el titular de la cuenta bancaria de origen de la transferencia.

Ello limita mucho la figura, en tanto, puede darse el caso que el pago se ejecute mediante transferencia de distintas cuentas y que para que ello sea admisible bajo la hipótesis proyectada, todas las cuentas deben encontrarse acreditadas a nombre de la parte que debe realizar el pago.

También es importante tener presente, por ejemplo, las complejidades interpretativas que pueden tener las cuentas con titulares plurales bajo el análisis de esta hipótesis. ¿La transferencia realizada desde una cuenta de esas características deben considerarse comprendida? ¿Lo será exclusivamente si los fondos de la cuenta, dividido entre el número de cotitulares, permite considerar que quién realice el pago tenga fondos suficientes en la misma que cubran el pago a realizar?

2.5. Conclusiones sobre el texto proyectado en la LUC

Esta interpretación y las interrogantes prácticas planteadas permiten afirmar que la hipótesis proyectada en la LUC no será una hipótesis de amplia utilización como podría considerarlo una interpretación desprevenida de la misma.

La realidad técnica del proyecto implica que las operaciones abarcadas por la hipótesis refieren a casos específicos y concretos que no pueden interpretarse en forma extensiva por parte de los sujetos obligados del sistema.

Suponer que la modificación implica la liberación general del contralor de debida diligencia normal o intensificada para un gran número de operación no es admisible.

Deben considerarse las restricciones indicadas en este informe sobre el universo de operaciones abarcadas, lo que, sin dudas, restringe ampliamente su ámbito de aplicación y, por ende, las posibilidades de que los sujetos obligados apliquen debida diligencia simplificada sin verse enfrentados a posibles reclamos de responsabilidad administrativa por parte de los órganos de contralor.

VII. INCIDENCIA DE LA MODIFICACIÓN PROPUESTA EN EL SISTEMA NACIONAL DE DEBIDA DILIGENCIA INSTAURADO EN LA LEY INTEGRAL Y LAS RECOMENDACIONES GAFI

1. Introducción

Desde el punto de vista técnico, a mi criterio, no es posible considerar que la modificación propuesta sea un cambio que contravenga las Recomendaciones indicadas.

En efecto, la modificación propuesta no modifica el régimen de enfoque basado en riesgos establecidos por la Ley Integral ni elimina, en forma trascendente, otros institutos de importancia.

En su conjunto, la regulación de la debida diligencia, vigente en nuestro país es adecuada y cumple con las Recomendaciones indicadas, tal como ha sido establecido por la propia evaluación país realizada.

2. La regulación de la Ley Integral no contraría las recomendaciones internacionales del GAFI

Basta analizar el régimen vigente para poder afirmar, sin mayores dudas, en la conclusión que he realizado.

2.1. El artículo 14 y 15 de la Ley Integral

La primera norma que debe considerarse es el artículo 14 de la Ley Integral.

La misma dispone los siguientes:

“Los sujetos obligados mencionados en los artículos 12 y 13 de la presente ley deberán definir e implementar políticas y procedimientos de debida diligencia para todos sus clientes, que les permitan obtener una adecuada identificación y conocimiento de los mismos -incluyendo el beneficiario final de las transacciones si correspondiere-, y prestando atención al volumen y a la índole de los negocios u otras actividades que estos desarrollen.”

“En ningún caso los sujetos obligados podrán mantener cuentas anónimas o cuentas con nombres ficticios.”

“Los procedimientos de debida diligencia se deberán aplicar a todos los nuevos clientes, al establecer relaciones comerciales o cuando realicen transacciones ocasionales por encima de los umbrales designados para cada actividad. Cuando existan sospechas de lavado de activos o financiamiento del terrorismo o cuando el sujeto obligado tenga dudas sobre la veracidad o suficiencia de los datos de conocimiento del cliente obtenidos previamente, también se deberán aplicar los procedimientos previstos en el artículo siguiente, con independencia de cualquier excepción, exención o umbral establecido.” (los resaltados me corresponden).

La norma bajo análisis establece la regla general en materia de debida diligencia para todos los sujetos obligados, tanto para los financieros como para los no financieros.

La misma siente un **principio básico**, si el sujeto obligado tiene: a) sospechas de lavado de activos o de financiamiento al terrorismo o, b) dudas sobre la veracidad o la suficiencia de la información obtenida por el cliente, **debe desconocer y no aplicar** cualquier excepción, exención o umbral establecido en las normas que así lo dispongan. Agrega la norma bajo análisis que, en dichos casos, el sujeto obligado debe aplicar las disposiciones del art. 15.

Siendo ello así, si un sujeto obligado se enfrenta a la actuación de un cliente que encuadre exactamente en las características específicas de la modificación propuesta, no podrá hacer debida diligencia simplificada, si tiene sospechas de lavado o financiamiento del terrorismo, o dudas sobre la veracidad o el alcance de la información que le ha presentado.

La modificación propuesta es una excepción y, como hemos visto, frente a las circunstancias indicadas las excepciones no pueden aplicarse.

¿Y qué es lo que establece el artículo 15 de la Ley Integral?

- Identificar y verificar la información sobre los clientes, utilizando datos e información confiable de fuentes independientes.
- Identificar al beneficiario final y tomar medidas razonables para verificar su identidad.
- *“Obtener información sobre el propósito de la relación comercial y la naturaleza de los negocios a desarrollar, con la extensión y profundidad que el sujeto obligado considere necesaria en función del riesgo que le asigne al cliente, relación comercial o tipo de transacción a realizar.”* (el resaltado me corresponde)
- *“Realizar, cuando corresponda, un seguimiento continuo de la relación comercial y examinar las transacciones para asegurarse que sean consistentes con la información disponible de conocimiento del cliente y el perfil de riesgo asignado al mismo, incluyendo el origen de los fondos cuando sea necesario.”* (el resaltado me corresponde)

La simple lectura de las normas indicadas confirma el principio básico que deben contemplar todos los sujetos obligados sin excepción, exención o umbral en caso de sospecha o ausencia de información adecuada.

En base a los mismos, no puede afirmarse que la modificación propuesta del artículo 17, por si misma viole el enfoque basado en riesgos que establecen las Recomendaciones del GAFI. Por el contrario, por más que un sujeto obligado se encuentra frente a una operación correspondiente a dinero depositado en una institución financiera y que ha sido acreditado a su nombre, si el sujeto obligado sospecha o la información brindada es insuficiente no puede proceder a realizar debida diligencia simplificada y deberá aplicar las disposiciones del art. 15 indicado, que incluye, asignación de riesgos e, incluso, información del origen de fondo.

2.2. El artículo 16 de la Ley Integral

Dispone el artículo bajo análisis:

“Los sujetos obligados implementarán cada una de las medidas de debida diligencia previstas en los artículos 14 y 15 de la presente ley, pero podrán determinar el grado de aplicación de dichas medidas en función del riesgo y dependiendo del tipo de cliente, relación de negocios, producto u operación. En todos los casos, los sujetos obligados deberán estar en condiciones de demostrar a las autoridades competentes que las medidas adoptadas tienen un alcance adecuado en relación con el riesgo de lavado de activos o financiamiento del terrorismo que representan mediante la presentación de un análisis de riesgo que deberá constar por escrito.” (el resaltado me pertenece)

El artículo indicado es otra norma de carácter general que regula el contenido y alcance de la debida diligencia para todos los sujetos obligados.

Las misma dispone claramente el enfoque basado en riesgos en claro cumplimiento de las Recomendaciones analizadas.

Tanto así, que exige, a todos los sujetos obligados que puedan acreditar ante los organismos de control la realización de un análisis de riesgos de todos sus clientes, que debe constar por escrito (habitualmente dentro de sus manuales y fichas internas) y debe tener adecuación y razonabilidad.

Reiteramos, la norma indicada, que no se modifica por la reforma proyectada, establece la obligación de todos los sujetos de analizar el riesgo de todos sus clientes, sin excepción, como regla general.

2.3. El artículo 17 y 18 de la Ley Integral. La regulación de la debida diligencia simplificada en la Ley Integral

La regulación de la debida diligencia simplificada se encuentra en dos artículos concretos de la Ley Integral, el art. 17 y el art. 18 que deben ser analizados en conjunto.

El artículo 17 ya ha sido transcripto con inclusión de la modificación proyectada.

Por su parte el art. 18 establece los siguiente:

“La aplicación de medidas simplificadas de debida diligencia será graduada en función del riesgo, con arreglo a los siguientes criterios:”

A) *Con carácter previo a la aplicación de medidas simplificadas de debida diligencia respecto de un determinado cliente, producto u operación, de acuerdo con lo que determine la reglamentación, los sujetos obligados verificarán que comporta efectivamente un riesgo reducido de lavado de activos o financiamiento del terrorismo.*

B) *La aplicación de las medidas simplificadas de debida diligencia serán en todo caso congruentes con el riesgo. Los sujetos obligados no aplicarán o cesarán de aplicar medidas simplificadas de debida diligencia tan pronto como aprecien que un cliente, producto u operación no comporta riesgos reducidos de lavado de activos o financiamiento del terrorismo.*

C) *Sin perjuicio de lo señalado en los literales anteriores, los sujetos obligados mantendrán en todo caso un seguimiento continuo suficiente para detectar operaciones susceptibles de examen especial de conformidad con el capítulo de sanciones financieras relativas a la prevención y represión del terrorismo y su financiación y a la prevención, supresión e interrupción de la proliferación de armas de destrucción masiva previstas en la Ley Integral Antiterrorismo.” (el resaltado me corresponde)*

La interpretación de la regulación de la debida diligencia incluyendo la modificación propuesta del art. 17 debe ser interpretada, a mi criterio, del modo que es expone en los párrafos siguientes.

En caso de que un sujeto obligado (supongamos una inmobiliaria o un Escribano) se encuentra frente a una operación correspondiente a su cliente que se vincula a dinero depositado en una institución financiera y que ha sido acreditado a su nombre solamente podrá aplicar debida diligencia simplificada en caso de que, en base a su enfoque basado en riesgos, realizado por escrito y con claramente fundamentación del mismo, surja que su cliente es de bajo riesgo.

No obstante, si el sujeto obligado confirma o tiene sospechas o dudas que el cliente no corresponde a un riesgo bajo, el sujeto obligado está inhibido de aplicar debida diligencia simplificada.

Nuevamente la normativa claramente contempla la Recomendación indicada, y solo puede afirmarse que el enfoque basado en riesgo se encuentra plenamente vigente y corresponde su realización, incluso ante el supuesto abarcado por la modificación propuesta.

Podrá argumentarse que la modificación propuesta permite distender el análisis de riesgos en caso de que la operación se adecué a la situación de hechos propuesta y que ello implica una atenuación del enfoque basado en riesgos.

Contrariamente, a mi criterio, y en atención a la regulación general analizada y a la argumentación que he expuesto, no es posible concluir en tal afirmación.

2.4. La regulación del Decreto Reglamentario No. 379/2018 en sus artículos 32, literal C, numeral 5 y 44, literal C, numeral 5

Si lo anterior no fuera suficiente para concluir en la afirmación que he sostenido en este informe cabe indicar que el Decreto Reglamentario de la Ley Integral ya establece normas que, en esencia, son idénticas a las que se proyectan incorporar al art. 17 de la Ley Integral y que no han sido objeto de objeciones o cuestionamientos por la evaluación mutua de GAFILET recientemente realizada.

En efecto, en sede de sujetos del sector inmobiliario (art. 32, C, 5) y escribanos (art. 44, C, 5) hay una norma que establece lo siguiente:

"Para el caso de operaciones de compraventa de bienes inmuebles en donde **el comprador abone todo o parte del precio mediante un crédito con garantía hipotecaria otorgado por una institución de intermediación financiera, a los efectos del presente numeral bastará con que se acrediten tales extremos**, aplicándosele los restantes controles únicamente respecto del saldo de precio no cubierto por el referido crédito, si corresponda."

La norma transcripta, en esencia, indica que un sujeto inmobiliario o un escribano, en caso de una compraventa de inmuebles no debe analizar el origen de fondos del dinero otorgado por una institución de intermediación financiera a través de un préstamo hipotecario. Reitero, la inmobiliaria no debe solicitar la justificación de origen de fondos de ese dinero, solo debe realizarla por el saldo del mismo, si existiere.

La explicación lógica de la norma es que si el dinero es otorgado por un Banco el dinero está justificado, entonces al sujeto obligado inmobiliario o el escribano no se le impone la carga de analizar y comprobar el origen de fondos.

Ahora bien, se podrán argumentar que esta situación no tiene nada que ver con la modificación introducida por la LUC, en tanto, aquí el dinero es de un Banco que se lo presta al cliente. Ese argumento puede parecer atractivo, pero, a nivel de análisis de riesgo y de prevención en PLAFT, no es correcto.

En efecto, la norma en esencia, al igual que la modificación proyectada por la LUC, distiende esta obligación en caso de que una institución financiera intervenga de alguna forma vinculada al pago de una operación de compraventa de inmuebles.

El riesgo de que el cliente utilice al Banco para lavar activos se mantiene igual, dado que el Banco deberá analizar si el cliente justifica los fondos para repagar el préstamo hipotecario, si tiene actividad que justifique la compra del inmueble, si tiene capacidad de pago, etc.

Una vez más, si interviene una institución de intermediación financiera que analice el riesgo del cliente, sea para realizar depósito de dinero o valores, o para otorgarle un

préstamo bancario (modalidad muy conocida para lavar activos) se distiende la debida diligencia de los sujetos inmobiliarios o de los escribanos.

La esencia de la norma proyectada es la misma.

La norma indicada jamás ha sido cuestionada ni por GAFILAT, ni por la doctrina ni por la jurisprudencia.

2.5. La jurisprudencia también valida el contenido de la norma proyectada

Si bien no existe jurisprudencia específica sobre si la Ley Integral cumple con los tratados internacionales que nos vinculan con GAFILAT si existe jurisprudencia que ha analizado el alcance de la actividad de un Escribano ante una operación inmobiliaria que incluía pagos mediante dinero acreditado en instituciones de intermediación financiera.

Resulta importante en este aspecto Basta referir a lo decisión adoptada el Juzgado de Crimen Organizado de la Dra. Beatriz Larrieu. Sobre el punto expresó la magistrada:

"Por lo cual, a juicio de la suscrita, no puede exigírselle a la escribana mayores contralores que los que en su momento cumplieron organismos tales como la Dirección Nacional de Migración y la Dirección Nacional de Identificación Civil y entidades bancarias como el HSBC Bank y el Banco Central." (el destacado me pertenece)

Si bien no es posible extraer de este fallo jurisprudencial, que no fue apelado por el Sr. Fiscal de la causa, una posición específica sobre la adecuación de nuestra normativa con las Recomendaciones del GAFI, si resulta ilustrativa del alcance que, a nivel jurisprudencial, se la ha otorgado a la obligación de debida diligencia de los Escribanos (trasladable, en general a los restantes sujetos obligados del sector inmobiliario) ante operaciones bancarizadas.

También hay que recordar que la sentencia indicada fue dictada con anterioridad a la aprobación de la evaluación mutua de nuestro país por parte de GAFILAT y que no se realizaron consideraciones al respecto en la misma.

VIII. OTRAS MODIFICACIONES DE LA LUC CON INCIDENCIA EN EL TEMA BAJO ANÁLISIS

1. La modificación introducida por el art. 219de la LUC

La LUC introduce varios cambios al sistema establecido por la Ley de Inclusión Financiera (en adelante “LIF”).

A efectos de este análisis resulta relevante la modificación introducida por su artículo 219 en tanto dispone:

"Artículo 35 (Restricción al uso del efectivo para ciertos pagos). A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, el pago de toda operación o negocio jurídico cuyo importe total sea igual o superior al

equivalente a US\$ 100.000 (cien mil dólares estadounidenses), cualesquiera sean los sujetos contratantes, no podrá realizarse a través de medio de pago en efectivo...”

La norma proyectada incide en el análisis que he realizado de la modificación proyectada del art. 17 de la Ley Integral.

En efecto, el supuesto del art. 17 jamás aplicará para operaciones en efectivo inferiores a US\$ 99.999.

Para todo este tipo de operaciones el sujeto obligado no podrá aplicar la debida diligencia simplificada dado que el supuesto no encaja en el supuesto analizado.

Ello implica que, si el cambio sobre la LIF prospera, un gran número de operaciones no se verán incluidas en la modificación del art. 17 de la Ley Integral, lo que adicionalmente coadyuva a considerar que la modificación violenta las recomendaciones internacionales.

2. La modificación introducida por el art. 35 de la LUC

La modificación propuesta modifica el régimen general del instituto de la prisión preventiva establecido en nuestro Código de Proceso Penal, eliminando la necesidad de que, para que opere la prisión preventiva, el imputado posea la calidad de reiterante o reincidente.

Por el contrario, presume que habrá peligro de fuga, ocultamiento, entorpecimiento o peligro para la seguridad de la víctima o la sociedad en caso de que la imputación corresponda a un listado taxativo de delitos.

También obliga al Fiscal a pedir la prisión preventiva del imputado.

La norma también incluye dentro del listado taxativo de delitos como literal M “*Los delitos previstos en la Ley No 19.574, de 20 de diciembre de 2017, que tuvieran pena mínima de penitenciaría*”.¹⁷

De esta forma, se incluyen, dentro del listado de delitos que no imponen la prisión preventiva a los delitos establecidos en los arts. 30, 31 y 35 (autolavado en modalidad conversión o transferencia o posesión o tenencia).

Como puede apreciarse, en este aspecto, la LUC endurece el régimen represivo nacional y posiciona al país, a la luz de las evaluaciones realizadas por GAFILAT, de mejor forma, lo que de cierta forma influirá positivamente en una futura evaluación mutua del país.

En el sistema de contrapesos o de evaluación de posibles avances y retrocesos técnicos en el cumplimiento de las Recomendaciones indicadas por parte de las evaluaciones mutuas, este aspecto, no puede ser desconsiderado.

¹⁷ Creo que por error no se ha incluido, dentro del mismo régimen, el delito de Financiamiento del Terrorismo regulado en el art. 14 de la Ley 17.835, en la redacción dada por el art. 18 de la Ley No. 19.749. La falta de incorporación no tiene ninguna razonabilidad técnica.

IX. EL CONTROL DE EFECTIVIDAD DEL SISTEMA PREVENTIVO

La evaluación país de Uruguay, implica el cumplimiento técnico de las Recomendaciones (básicamente que las normas uruguayas cumplan con las recomendaciones desde un punto de vista teórico) como el cumplimiento de efectividad de las mismas (que, en los hechos, las normas dictadas se cumplan y se obtengan los resultados buscados).

Como he indicado en el numeral IV precedente sobre la Recomendación 1, la evaluación mutua sostuvo: “*Se advierten ciertas limitaciones en la implementación del EBR por parte de sectores de APNFD.*”

La forma que existirá de salvar esta observación realizada en la evaluación será el control por parte de la SENACLAFT de estos aspectos, en vía administrativa y de acuerdo a resultados demostrables.

Esa tarea no tiene que ver con la incorrección de marco legal, incluida la modificación proyectada, sino con la actuación y efectividad de la SENACLAFT en tal aspecto.

Cabe recordar también esta tarea la observación realizada por la evaluación mutua respecto de “*las APNFD deben intensificar los procedimientos de DDC prestando atención en las amenazas que puedan surgir de la utilización de tecnologías nuevas o en desarrollo.*”

X. CONCLUSIONES

En base al análisis precedentemente realizado cabe concluir lo siguiente:

- La modificación del art. 17 de la Ley Integral propuesta por la LUC por la cual “*Se considerarán aplicables las medidas simplificadas de debida diligencia, cuando la operación se efectúe con instrumentos de pago relativos a dinero u otros valores depositados en instituciones financieras supervisadas por el Banco Central del Uruguay, emitidos o acreditados a nombre de la parte que propone el instrumento de pago*” no violenta la Recomendaciones del GAFI respecto de la debida diligencia ni del enfoque basado en riesgos.
- El sistema nacional vigente, en su totalidad, respeta desde el punto de vista técnico las Recomendaciones del GAFI y ello a mi juicio se mantendría aun con las modificaciones propuestas.
- Las operaciones abarcadas por la modificación propuesta deben ser interpretados de forma restringida lo que limita el universo de operaciones incluidas.
- Conforme a los dispuesto en los arts. 14, 15, 16 y 18 de la Ley Integral, en caso de que el sujeto obligado sospeche que la operación o el cliente pueda estar incurriendo en actividades de lavado de activos o de financiamiento del terrorismo está imposibilitado de realizar debida diligencia simplificada.
- Conforme las mismas normas descritas en el párrafo precedente, en el caso que el sujeto obligado dude de la veracidad de la información provista por el cliente o no se conforme con el alcance de dicha información se encuentra imposibilitado de realizar debida diligencia simplificada.

- Las operaciones en efectivo, en caso de prosperar las modificaciones propuestas por la LUC en materia de LIF, impiden al sujeto obligado realizar debida diligencia simplificada operando de esta forma el sistema propuesto en forma armonizada: si se opta por la bancarización se expondrá probablemente a un menor rigor en materia de debida diligencia y viceversa.
- Existen normas en el Decreto No. 379/2018 que regulan situaciones esencialmente iguales a las proyectadas que no han sido observadas en la evaluación mutua realizada a nuestro país.
- Las evaluaciones mutuas del país observan el cumplimiento del enfoque basado en riesgos de las APNFD. Este aspecto es resorte de contralor mediante la actividad administrativa de la SENACLAFT y no puede afirmarse que la modificación propuesta incidirá negativamente en la misma.
- La propia LUC establece normas más rigurosas en materia del sistema represivo de lavado de activos volviendo obligatoria la prisión preventiva en ciertos casos. De esta forma la propia LUC mejora, en este aspecto, una futura evaluación mutual, en tanto se desalienta la comisión de estos ilícitos con una medida procesal penal mucho más rigurosa que la actual.



Dr. Rafael García

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

Certificado en Especialización en Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento al Terrorismo
UCUDAL

Autor de los libros “Lavado de Activos en Uruguay Manual Teórico Práctico. Vol. 1”, “Debida Diligencia en Uruguay” y “Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo en Uruguay. Sistema Preventivo Nacional”

Director del Blog “Lavado de Activos en Uruguay” <https://lavadodeactivosenuruguay.com/>

Docente en la Universidad ORT Uruguay