



Posición institucional

1. *Antecedentes*

La Superintendencia del Sistema Financiero (SSF) ha enviado a los bancos, bancos cooperativos y sociedades de ahorro y crédito, una circular que contiene las “Instrucciones para el inicio o terminación de relaciones comerciales con clientes, socios o asociados” (No. DS-20497, del 9 de diciembre de 2020). Dicha circular incorpora y parte de dos aseveraciones importantes: que el acceso a los servicios financieros es un derecho fundamental, y que la actividad bancaria es un servicio público, las cuales usan como sustento para buscar limitar la libertad de contratación, en el sentido de que los bancos pueden ser obligados a hacerlo. Como estas aseveraciones son debatibles y tienen distintos puntos de vista, se esperarían argumentos sólidos, pero los que brinda la SSF son más bien débiles, pues, por ejemplo, como sustento jurídica se remite al art. 111 Cn. que nada dice sobre el tema, y a cuerpos jurídicos internacionales sobre los que no se señalan disposiciones específicas.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, las instrucciones solo autorizan a los supervisados a terminar relaciones comerciales o a no iniciarlas en dos caso: a) cuando el cliente, socio o asociado no complete la información para la debida diligencia y origen de los fondos; y b) cuando existan condenas por delitos relativos al lavado de dinero. Además, deberán atender las medidas administrativas de la FGR o resoluciones judiciales relativas a embargo, cierre, apertura o congelamiento de cuentas, pero esto es un tema diferente. De este modo, los entes supervisados no podrán terminar o negarse a iniciar relaciones comerciales con sus clientes, con fundamento

Riesgos de las instrucciones de la SSF sobre terminación unilateral de relaciones comerciales

en que los medios de comunicación los relacionen con actividades ilícitas; tampoco en razón del inc. 2º de la disposición especial del art. 9 del Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y Financiamiento al Terrorismo, que autoriza la cancelación de cuentas o cierre de relaciones comerciales con clientes que se presume que están vinculados, directa o indirectamente, con delitos relativos a lavado de dinero; y tampoco podrán hacerlo por el hecho de que el cliente, socio o asociado sea una persona expuesta políticamente (PEP).

La SSF instruye, además, que los supervisados solo podrán solicitar actualización de información de manera justificada, como cuando se ha cumplido el plazo para actualizarla, conforme con el nivel de riesgo del cliente, socio o asociado, y cuando haya alguna operación inconsistente, siempre concediendo un plazo prudencial, que no podrá ser menor de 8 días.

Finalmente, las instrucciones obligan a los supervisados a informarle a la SSF el fin de relaciones comerciales, anticipando que no pueden negarse a hacerlo bajo el secreto bancario (232 L. de Bancos) o con el argumento de que la SSF tiene prohibido acceder a los ROS, (art. 76 Ley Orgánica de la FGR). Cuando se finalice la relación comercial, no pueden enviarse a los clientes, socios o asociados comunicaciones sin firma, sino que deben estar firmadas por un ejecutivo designado para ello, y debe señalarse el cargo de este.

Las instrucciones se refieren a un problema práctico relevante: balancear las acciones que los entes obligados pueden y deben tomar en vistas a prevenir el lavado de activos, con la privación de acceso a servicios financieros que pudiera ser injustificada. **Aunque el tema es importante, la nota de la SSF contiene graves deficiencias en sus argumentos jurídicos y puede causar problemas, como se muestra en el apartado de “análisis” de esta posición institucional. Una solución mejor balanceada es la que se encuentra actualmente en el Proyecto de Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, que la Asamblea Legislativa tiene bajo su conocimiento desde octubre de 2019 y que fue presentada por el Fiscal General de la República, cuya discusión debe retomarse e impulsarse.**

2. Disposiciones jurídicas

Ley de Lavado de Dinero y Activos

Art. 10.- los sujetos obligados además de las obligaciones señaladas en el artículo anterior, tendrán las siguientes:

E) adoptar, bajo los términos previstos en el art. 9-b de la presente ley y de acuerdo al reglamento de esta ley, políticas, reglas y mecanismos de conducta que observarán sus administradores, funcionarios y empleados, consistentes en:

II) en caso que el cliente no proporcione la información o documentación requerida por los sujetos obligados, estos podrán dar por terminadas las relaciones contractuales con dicho cliente, lo que deberán informar a la UIF;

Disposición especial del art. 9 del Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y Financiamiento al Terrorismo, inciso segundo

“Asimismo, las instituciones deberán informar previamente a la UIF sobre la decisión de cerrar o cancelar las relaciones comerciales o cuentas de aquellos clientes, de los que se

presuma que están vinculados o relacionados directa o indirectamente en los delitos referidos en el párrafo anterior, a fin de que la UIF pueda intervenir oportunamente y evitar así la pérdida de evidencias y la imposibilidad de la imposición de medidas cautelares y/o del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público”.

Código de Comercio

“Art. 965.- Nadie puede ser obligado a contratar, sino cuando rehusarse constituya un acto ilícito.

Se considerará ilícita la renuencia cuando provenga de empresas que gocen de concesiones, autorizaciones o permisos para operar con el público, o se encuentren en situación de imponer precios a las mercancías o a los servicios que proporcionen, siempre que no mediare justo motivo para la negativa, a juicio prudencial del Juez que conozca del asunto. Quien se negare a contratar en los casos del inciso anterior, podrá ser obligado a celebrar el contrato, en igualdad de condiciones con las que acostumbre pactar con sus demás clientes, sin perjuicio de responder de los daños y perjuicios que hubiere ocasionado. El silencio de la empresa requerida para contratar se considerará como negativa a hacerlo”.

“Art. 1195.- Los bancos podrán dar por concluido el depósito en cuenta corriente, mediante aviso dado al depositante. El depositante podrá retirar el saldo, pero dejará los fondos necesarios para cubrir los cheques que no hayan sido cobrados a la fecha de la liquidación siempre que no hayan transcurrido los plazos establecidos por la ley para su cobro. Transcurridos los plazos legales para el cobro de los cheques, el depositante podrá retirar cualquier otro saldo que resulte a su favor”.

3. Análisis

Las instrucciones de la SSF tienen varios problemas. En primer lugar, **la obligación impuesta a los supervisados de contratar salvo en dos supuestos taxativos, puede afectar el principio de que la obligación de prevenir**

y mitigar el lavado de dinero se basa en un análisis de riesgo, tal como lo establece la primera recomendación del GAFI, que inicia diciendo que: “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.”

Las instrucciones de la SSF entonces, por un lado, afectan la prevención basada en riesgo, pero por otro, los requerimientos de información que contienen y que normalmente se reportan a la UIF, pueden afectar el carácter centralizado de esta, que es un estándar internacional. Además, vuelven más laxos algunos controles, como las restricciones para que los entes obligados puedan requerir información solo bajo ciertos supuestos. En el primer semestre de 2022, El Salvador será evaluado por el Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC)¹, el organismo regional del GAFI, y las medidas anteriores pueden provocar una mala calificación, lo que traería consecuencias negativas para el país.

Por un lado, una mala evaluación podría hacer entrar al país en las comúnmente llamadas “listas negras internacionales”, cuyo significado es que un país o territorio es de alto riesgo de delitos relacionados con el lavado de dinero y financiamiento del terrorismo, lo cual dificulta o impide todo tipo de transacciones financieras; por ejemplo, el financiamiento de organismos internacionales, pero también las relaciones financieras internacionales de las empresas privadas. Por otro lado, también puede acarrear consecuencias negativas en la lucha contra la corrupción

1 Grupo de Acción Financiera del Caribe (2019). Calendario de 4ta. Ronda de Evaluaciones Mutuas ALD/CFT del GAFIC. [En Línea] Disponible en: <https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos-del-gafic/recursos-del-gafic/7577-calendario-de-la-4-ronda-de-evaluaciones/file> [Consultado el 18 de enero de 2020]

y el lavado de activos, pues el incumplimiento de estándares internacionales puede excluir al país del Grupo Egmont, el cual fomenta la cooperación y el intercambio internacional de información entre las Unidades de Investigación Financiera de los Estados, a fin de luchar de manera coordinada contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, algo que, de hecho, ocurrió con la suspensión del país por un lapso en 2018².

En segundo lugar, las instrucciones pueden ser cuestionadas en cuanto a su legalidad y constitucionalidad, ya que su alcance contradice el art. 1,195 del Código de Comercio, el cual establece que los bancos podrán dar por concluido el depósito en cuenta corriente, mediante aviso dado al depositante. En el amparo 637-2016, con sentencia del 29-6-2018, la Sala de lo Constitucional estableció que: “[...] ambos contratantes tienen la facultad de proceder al cierre unilateral de la cuenta, independientemente de los motivos que den lugar a ello. Incluso, las citadas disposiciones legales no exigen que la parte que desea dar por finalizado el contrato justifique frente a la otra parte su decisión, ni que el cierre sea aceptado por esta”, pues en dicha sentencia se toma en cuenta que este tipo de contrato no tiene un plazo definido. Siendo así, la aplicación de las instrucciones por la SSF limitarían, sin sustento legal, el derecho fundamental a la libre contratación en lo que se refiere a las cuentas corrientes.

Con respecto a otras relaciones comerciales, si bien es cierto que el art. 965 del Código de Comercio establece supuestos en los que ciertas empresas no pueden negarse a contratar, se debe tener en cuenta que cuando lo hacen por sospechas de lavado de activos, no se trata de una negativa arbitraria, sino de una medida de prevención, por lo que la obligación de hacerlo también puede ser cuestionada

2 FGR (2018). Grupo Egmont Suspende a la Unidad de Investigación Financiera. [En línea] Disponible en: <https://www.fiscalia.gob.sv/grupo-egmont-suspende-a-la-unidad-de-investigacion-financiera/> [Consultado el 18 de enero de 2021].

por **contradecir la libertad de contratación**. Desde luego, debieran existir criterios para que las negativas de prestar servicios financieros sean justificadas, pero una regulación rígida que solo permite la negación de contratar o la posibilidad de terminar la relación comercial en dos supuestos taxativos –cuando el cliente, socio o asociado no complete la información para la debida diligencia y origen de los fondos, y el caso de condenas por delitos relativos al lavado de dinero–, además de que podría contradecir el art. 965 del C. Com., también podría afectar la lucha contra este tipo de delitos.

En tercer lugar, las instrucciones pueden afectar el principio de legalidad de la Administración Pública, pues sin tener facultades para ello, dejan sin efecto el inc. 2° de la disposición especial del art. 9 del Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y Financiamiento al Terrorismo, emitida por la FGR, institución con autonomía constitucional y facultades para emitir dicho instructivo. Más allá de si la mencionada disposición es jurídicamente correcta o no, lo cierto es que la SSF no tiene facultades para dejarla sin efectos. Lo que sucede en realidad es que bajo el nombre de instrucciones se han emitido normas que contradicen las disposiciones contenidas en ley formal y se dejan sin efecto normas emitidas por otras instituciones, cuando de hecho, la SSF ni siquiera tiene facultades normativas dentro del sistema financiero, en cuanto que las facultades reguladoras han sido otorgadas al Banco Central de Reserva (arts. 1 y 99 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero).

Finalmente, la forma en la que se han adoptado tiene dos deficiencias: por un lado, **no parece que las instrucciones hayan tomado en cuenta un análisis sistemático de las diversas normativas aplicables a la materia, incluidos aspectos como investigación del delito, o los efectos que podrían tener en la prevención de este, especialmente en los ilícitos relativos a lavado de activos; por el otro, no se conoce que se haya discutido con las diferentes**

partes involucradas, como los sujetos obligados y la FGR, lo que hace que la normativa no contenga la visión de estos sectores relevantes.

4. Conclusiones y recomendaciones

Existe una situación real que atender: balancear las acciones que los entes obligados pueden y deben tomar en vistas a prevenir el lavado de activos, con la privación de acceso a servicios financieros que pudiera ser injustificada.

La nota de la SSF contiene inconsistencias y deficiencias significativas en sus fundamentos jurídicos.

Deben prevenirse malas evaluaciones por el GAFI, pues pueden llevar a que se califique de no cumplir con los estándares internacionales, y resultar excluidos del Grupo Egmont, y con ello detener el intercambio de información, y debilitar la lucha contra la corrupción y el lavado de activos.

Una solución mejor balanceada, que, por un lado permite a los supervisados hacer su análisis de riesgo y actuar conforme a ello, pero por el otro protege a los usuarios de decisiones arbitrarias, podría ser la que se considera en el art. 29 del Proyecto de Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, que se presentó por el FGR en octubre de 2019, ya que, a grandes rasgos, mantiene la posibilidad de que los sujetos obligados cierren las cuentas basados en un análisis de riesgo documentado y solo después de haber vencido una serie de plazos en los que ponen a disposición de la UAF (en la ley actual UIF), la información de que cerrarán la cuenta para que esta tenga tiempo de tomar las medidas que considere pertinentes. Sería oportuno aprobar esta nueva ley que modernizaría la regulación sobre lavado de activos.