

Trabajo recibido el 23 de marzo de 2015 y aprobado el 15 de enero de 2016

La regulación de prevención del lavado de activos
relativa al momento en que se debe conocer a los clientes.
Reflexiones derivadas de su aplicación por el banco
emisor de un crédito documentario*

REGULATION OF PREVENTION MONEY LAUNDERING RELATING
TO TIME MUST BE NOW TO CUSTOMERS. REFLECTIONS FROM
HIS APPLICATION BY THE ISSUING BANK A DOCUMENTARY CREDIT

ÁNGELA TOSO MILOS**

RESUMEN

En este trabajo se analiza la regulación de prevención del lavado de activos relativa al momento en que un banco debe *conocer* a sus clientes y, particularmente, su aplicación por la entidad emisora de un crédito documentario. Las reflexiones que se formulan buscan fortalecer la función preventiva de la normativa, en el marco de las relaciones jurídico-privadas presentes en la operativa de este medio de pago.

ABSTRACT

This paper analyzes the anti-money laundering regulation about the moment in which a bank has to know his customers. It is particularly focused in the role of an issuing bank in a documentary credit operation. The thoughts mentioned are aimed to strengthen the preventive role of the anti-money laundering provisions, taking into account how this international means of payment is conducted according to the Private Law.

PALABRAS CLAVE

Crédito documentario, Lavado de activos,
Debida diligencia del banco emisor con respecto a los clientes

KEYWORDS

Documentary credit, Money laundering, Due diligence on customers

* Este trabajo forma parte del proyecto Fondecyt de Iniciación en Investigación N° 11121521, titulado "Injerencia de la regulación económica de prevención del lavado de activos en la dinámica jurídico-privada del crédito documentario. Alternativas integradoras de solución al problema del 'conocimiento del cliente'" y constituye una versión extendida de la ponencia presentada en las V Jornadas Chilenas de Derecho Comercial por la autora, quien es investigadora responsable de dicho proyecto. El texto de la exposición, publicado recientemente, puede consultarse en Toso (2015).

** Profesora de Derecho Comercial, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo, Chile. Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca. Correo electrónico: antoso@ucn.cl.

Introducción

El crédito documentario resulta particularmente atractivo para el lavado de activos o blanqueo de capitales debido a la complejidad que muestra, permitiendo transferir valor desde y hacia territorios distantes geográficamente, por ejemplo, a través de la realización de exportaciones o importaciones de bienes¹. En estos casos, para instrumentar el pago del precio de la mercancía, el comprador (ordenante) puede acudir a un banco (emisor), a fin de que éste se comprometa irrevocablemente a realizarlo frente a la presentación, por el vendedor (beneficiario), de una serie de documentos señalados en la carta de crédito². Sea que dicho pago se realice con fondos proporcionados directamente por el ordenante o que provengan de un crédito concedido por el propio banco emisor, esta entidad es la que se expone, en primer lugar, al ingreso de dinero sucio al sistema financiero³.

Para impedir su utilización patológica con fines criminales, los bancos, en tanto *sujetos obligados* por el régimen nacional de prevención del lavado de

¹ De este modo, se podría celebrar una compraventa por un importe superior que aquel que las mercancías representan, es decir, sobrevalorando los bienes, si lo que se desea es transferir valor desde el país del comprador hacia el del vendedor. Por otro lado, si se persigue traspasar un importe mayor al comprador, se podría realizar el envío de una mercancía con un valor superior al declarado. Por último, también es factible blanquear capitales a través de una exportación en la que los bienes, finalmente, nunca salen del país del vendedor. Respecto de las tipologías de lavado de activos asociadas al crédito documentario puede consultarse FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY (2013), p. 9; UNIDAD DE INFORMACIÓN Y ANÁLISIS FINANCIERO DE COLOMBIA, UIAF (2004), p. 18; FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF) (2006), pp.10-11; ASIA/PACIFIC GROUP ON MONEY LAUNDERING (2012), p. 18, y ZDANOWICZ (2013), p. 253. A fin de evitar este tipo de operaciones, se ha puesto énfasis en la creación de mecanismos fiables para la determinación del precio de las mercancías que son objeto de intercambio en el comercio internacional. Un ejemplo de ello puede consultarse en HONG, PAK y PAK (2014), pp. 203-218. Sin embargo, en SOUJIN (2014), pp. 230-242, se destaca que el lavado de activos en el comercio exterior puede realizarse también sin que, necesariamente, se infra o sobrevalore la mercadería objeto del contrato subyacente.

² El crédito documentario se define en el artículo 2º de las Reglas y Usos Uniformes para Créditos Documentarios de la Cámara de Comercio Internacional (“RUU”) como “... *todo acuerdo, como quiera que se denomine o describa, que es irrevocable y por el que se constituye un compromiso firme cierto del banco emisor para honrar una presentación conforme*”.

³ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7º a) RUU, el banco emisor es el primer obligado frente al beneficiario. Si el ordenante ha solicitado fondos al banco para cubrir una operación de crédito documentario con la finalidad de lavar activos, probablemente estará interesado en prepagar el crédito y luego desaparecer, sin dejar rastros. De este modo, el blanqueador de capitales habrá logrado ingresar fondos ilícitos al sistema financiero. Así, cuando se le inquiera sobre la procedencia de su dinero, podrá argüir que ésta corresponde al importe de un crédito que el banco le ha concedido. Si bien este mecanismo de lavado de activos podrá darse en todos los supuestos en que una entidad concede crédito a un cliente, desde el momento en que este medio de pago puede contemplar una “función de crédito”, también es factible que se configure en este caso.

activos y financiamiento del terrorismo⁴, deben cumplir con lo dispuesto en la ley N° 19.913, de 2003, así como con lo indicado en las circulares de la Unidad de Análisis Financiero (en adelante “UAF”)⁵ y en el Capítulo 1-14 de la Recopilación Actualizada de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (en adelante “RAN SBIF”).

Dentro de las medidas establecidas en esta normativa se cuentan aquellas denominadas de “diligencia debida” o de “debida diligencia” (*Due Diligence*), que están estructuradas sobre la base de la política denominada “conozca a su cliente” (*Know your Customer-KYC*). Conforme con esta política, los bancos deben tener un conocimiento adecuado, y debidamente documentado, de la identificación, actividad, montos usuales de las transacciones, entre otros extremos de sus clientes.

En los créditos documentarios es posible distinguir, al menos, tres relaciones jurídicas coexistentes. La primera es aquella emanada del contrato subyacente, celebrado entre el ordenante del crédito y el beneficiario del mismo, que suele corresponder a una compraventa internacional de mercaderías, en que las partes son el comprador y el vendedor, respectivamente. La segunda es aquella establecida entre el ordenante y el banco emisor. La tercera relación es la que existe entre el banco emisor y el beneficiario del crédito documentario⁶. La relación subyacente entre ordenante y beneficiario es independiente de las

⁴ A través de la reciente ley N° 20.818 se agrega un nuevo artículo 38 a la ley N° 19.913, que establece el deber, para los sujetos obligados, de “... *informar todos los actos, transacciones u operaciones realizadas o que intente realizar alguna de las personas naturales o jurídicas individualizadas en las listas confeccionadas por el Comité establecido en las resoluciones números 1.267, de 1999; 1.333, de 2000, y 1.390, de 2002, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y sus subsecuentes resoluciones o cualquiera otra que las adicione o reemplace, y que estén contenidas en decretos supremos publicados en el Diario Oficial.*

Igualmente, estarán obligadas a informar de todos los actos, transacciones u operaciones realizadas o que intente realizar alguna persona natural o jurídica que haya cometido, cometa o intente cometer actos de terrorismo o participar en ellos o facilitar su comisión...”. Por lo tanto, en la ley N° 19.913 se plasma una estrategia conjunta para la prevención del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, cumpliéndose así con las exigencias internacionales en esta materia. Al respecto, véase GAFISUD (2012). Si bien en este trabajo se hará referencia constante al blanqueo de capitales o lavado de activos, se debe entender que las reflexiones realizadas también son aplicables a la prevención del financiamiento del terrorismo.

⁵ Especialmente, las circulares UAF N° 0006, de 29.07.2005; N° 0011, de 6.09.2006; N° 0012, de 7.09.2006; N° 0016, de 28.12.2006; N° 0035, de 19.11.2007; N° 049/2012, de 3.12.2012; N° 51/2014, de 31.12.2014; N° 52/2015, de 25.02.2015; N° 53/2015, de 10.03.2015; N° 54/2015, de 28.05.2015; y, N° 55/2016, de 4.02.2016, dictadas en virtud de lo dispuesto en el artículo 2° f) de la ley N° 19.913.

⁶ El ordenante se encuentra definido en el art. 2° RUU como “... *la parte a petición de la que se emite el crédito*”; el beneficiario como “... *la parte a favor de la que se emite el crédito*”, y el banco emisor como aquel “...*que emite un crédito a petición de un ordenante o por cuenta propia*”.

que se establecen entre el banco emisor y las restantes partes que concurren⁷. A fin de prevenir efectivamente el lavado de activos, el banco emisor debiera “conocer” tanto al ordenante como al beneficiario del crédito⁸.

Si un banco aplica las medidas de debida diligencia de forma correcta, podrá contar con antecedentes suficientes para elaborar los reportes que se dirijan a la UAF sobre aquellas operaciones consideradas sospechosas de lavado de activos, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 3° de la ley N° 19.913. Pero, lo más importante, es que un buen procedimiento de diligencia debida con respecto a los clientes podrá servir para determinar, precisamente, si una operación debe o no ser considerada como sospechosa de blanqueo. En consecuencia, esta medida es esencial para satisfacer el objetivo de prevenir efectivamente el lavado de activos⁹.

Pese a ello, hasta ahora, no se ha puesto suficiente énfasis en el *cumplimiento oportuno* de las medidas de debida diligencia. Resulta evidente que si los bancos aplican estas medidas en el momento apropiado, estarán en una mejor posición también para satisfacer la obligación de comunicar a tiempo sus eventuales sospechas de blanqueo de capitales a la UAF y así prevenir efectivamente este delito. A la vez, evitarán verse expuestos a eventuales sanciones administrativas y/o penales derivadas del incumplimiento de sus deberes de prevención del lavado de activos, con lo que disminuirán los riesgos asociados a su intervención en estas operaciones¹⁰.

⁷ Toso (2015), p. 508. Además, como bien apunta SIMSER (2013), pp. 49-50, en este medio de pago los bancos trabajan sólo con documentos (artículo 5° RUU), de modo que no tienen acceso a los bienes objeto de la compraventa, lo que implica una dificultad importante desde la perspectiva de una adecuada prevención del lavado de activos, ya que ello hace más complejo determinar si, eventualmente, han sido infra o sobrevalorados.

⁸ Al respecto, véase TOSO (2014), pp. 415-429. En dicho artículo se analiza con detalle la naturaleza jurídica que cabe atribuir a las relaciones que se gestan entre el banco emisor y los demás intervinientes en la operación de crédito documentario, particularmente, con el ordenante y el beneficiario. Sobre la base de esta calificación jurídica se pretende determinar a quién debe “conocer” la entidad emisora, a la luz del concepto de cliente bancario aplicable en materia de prevención del lavado de activos. Este concepto ha sido elaborado por la SBIF y se recoge en la nota n° 48 de este trabajo.

⁹ COX (2011), p. 132, y BLANCO (2012), p. 139. Conviene recordar que el artículo 3° de la ley N° 19.913 establece que: “Se entiende por operación sospechosa todo acto, operación o transacción que, de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad de que se trate, resulte inusual o carente de justificación económica o jurídica aparente, sea que se realice en forma aislada o reiterada”. Por lo tanto, la mejor manera de determinar si una operación es sospechosa de lavado consiste en contar con antecedentes del cliente que permitan comprender la actividad que desarrolla y así dilucidar si el negocio que desea realizar tiene un fundamento suficiente a la luz de su giro, tipo de transacciones que suele efectuar, etc.

¹⁰ Se trata del denominado riesgo legal, y según se señala en COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA (2001), p. 10, estaría dado por “... la posibilidad de que procesos, sentencias adversas o contratos que

En este trabajo se analiza la regulación de prevención del lavado de activos relativa al momento en que un banco debe conocer a sus clientes o, lo que es lo mismo, aquella que determina cuándo han de cumplirse las medidas de diligencia debida. En particular, se pretende formular algunas reflexiones derivadas de la aplicación de dicha normativa por el banco emisor de un crédito documentario, tanto respecto del ordenante como del beneficiario de este medio de pago. Estas reflexiones están orientadas al fortalecimiento de la función que cumple la regulación de prevención del lavado de activos, en el marco de la dinámica jurídico-privada del crédito documentario establecida, fundamentalmente, a través de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios de la Cámara de Comercio Internacional, N° 600, del año 2007 (en adelante “RUU”)¹¹.

Se trata, entonces, de incorporar la regulación de prevención del blanqueo en la operativa del crédito documentario construida, tradicionalmente, desde el Derecho Privado. De este modo, se busca contribuir a la armonización de las exigencias de prevención del lavado con las del tráfico mercantil internacional. Si se compatibilizan estos extremos, el banco emisor estará en una mejor posición para evitar su instrumentalización para el blanqueo de capitales, al tiempo que se conseguirá que el cumplimiento de las medidas de diligencia debida no entorpezca el normal desarrollo del crédito documentario¹².

Para alcanzar el objetivo planteado, este artículo se divide en tres apartados. En el primero se resalta la importancia que reviste el momento en que han de satisfacerse las medidas de diligencia debida para la efectiva prevención del lavado de activos. Además, se presenta un panorama general de las normas que abordan este tema, así como del desafío que plantea su incorporación en la operativa del crédito documentario. En los apartados segundo y tercero se analiza dicha regulación, a partir de su aplicación por parte del banco emisor de este medio de pago, tanto respecto del ordenante como del beneficiario del crédito documentario.

resulten ser inaplicables puedan perturbar o perjudicar las operaciones o la situación de un banco”. Las sanciones que podrían aplicarse se recogen en el artículo 20 N° 1 de la ley N° 19.913 y en el artículo 19 de la Ley General de Bancos, D.F.L N° 3, de 1997. Desde un punto de vista penal, véase el Título II de la ley N° 20.393, de 2009.

¹¹ Acerca de la naturaleza jurídica de este instrumento puede consultarse Toso (2014a). En cuanto al éxito atribuido a las RUU, la Cámara de Comercio Internacional las ha calificado como “... *the most successful privately drafted rules for trade ever developed, serving as the basis of US \$ 2 trillion worth of trade transactions a year*”, información disponible en: <http://www.iccwbo.org/about-icc/policy-commissions/banking/>.

¹² Toso (2015), p. 509.

1. Normativa acerca del momento en que un banco debe conocer a sus clientes: su importancia e incorporación en la dinámica del crédito documentario

1.1. Relevancia del momento en que un banco ha de aplicar las medidas de diligencia debida y su regulación en Chile a la luz de los estándares internacionales

La efectividad de los sistemas nacionales de prevención del blanqueo de capitales constituye una de las principales preocupaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)¹³, de modo que dicho organismo está poniendo especial énfasis en este punto durante la cuarta ronda periódica de evaluaciones acerca del cumplimiento de sus recomendaciones, que se practica desde mediados de 2014¹⁴. En el caso de Chile, este examen será realizado en su oportunidad por el Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (Gafilat)¹⁵.

Con la finalidad de potenciar la efectividad del régimen chileno de prevención de lavado de activos, se ha puesto de relieve la importancia que reviste la detección y reporte tempestivo a la UAF de aquellas operaciones que puedan calificarse como sospechosas de blanqueo de capitales. Así, el director de este servicio ha señalado que "... ningún sistema preventivo es eficiente si no detecta e informa de manera oportuna las operaciones que pueden conducir a detectar transacciones sospechosas de lavado de activos"¹⁶.

¹³ El GAFI o Financial Action Task Force (FATF) es un organismo intergubernamental cuyo objetivo es establecer estándares así como desarrollar y promover políticas orientadas al combate contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y la no proliferación. Constituye el principal referente para los Estados en materia de prevención del blanqueo. Al respecto, véase <http://www.fatf-gafi.org>. Este organismo elabora las denominadas *Recomendaciones del GAFI* que constituyen los estándares más reconocidos en materia de prevención del lavado de activos, financiamiento del terrorismo y no proliferación a nivel mundial. Las medidas de diligencia debida se contienen en la Recomendación N° 10. Al respecto, véase GAFISUD (2012), pp. 14 y 15. La eficacia de los sistemas de prevención a la luz de las Recomendaciones del GAFI ha sido cuestionada por algunos autores durante los últimos años. A modo de ejemplo pueden consultarse BLANCO (2009), p. 118; JOHNSON (2008), pp. 47-66, y JENSEN y CHEONG-ANN (2011), pp. 110-120.

¹⁴ FATF (2014).

¹⁵ Hasta octubre de 2014 este organismo se denominó Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (Gafisud). Su cambio de nombre obedeció a la integración de nuevos Estados miembros, no pertenecientes a Sudamérica, como es el caso de Nicaragua y México. El Gafilat es un organismo intergubernamental con base regional, creado en el año 2000, a semejanza del Grupo de Acción Financiera Internacional y que participa en calidad de asociado en éste. Gafilat cuenta con 16 Estados miembros y con más de una veintena de países y organismos observadores, dentro de los que está el propio Grupo de Acción Financiera Internacional. Información disponible en <http://www.gafilat.org>. Gafilat ha conducido tres evaluaciones de Chile en torno al cumplimiento de las Recomendaciones del GAFI. La primera evaluación se realizó en 2003, la segunda en 2006 y la tercera en diciembre de 2010. Respecto de las dos últimas, véase GAFISUD (2006) y GAFISUD (2010).

¹⁶ UAF (2014). Aunque todavía de forma incipiente, se está sancionando a los sujetos obligados por no haber reportado una operación sospechosa de blanqueo de manera oportuna. Dichas sanciones

Desde esta perspectiva, la obligación de conocer a los clientes constituye el pilar básico sobre el cual descansa la efectividad de todo régimen de prevención del lavado de activos¹⁷, ya que su adecuado cumplimiento permite identificar aquellas operaciones inusuales para su posterior análisis y eventual reporte a la UAF, si se consideran sospechosas de blanqueo de capitales¹⁸. Para cumplir con esta finalidad, la obligación que tienen los bancos de aplicar medidas de diligencia debida respecto de sus clientes ha evolucionado a lo largo del tiempo, transitando desde una rutina formal de documentación de su identidad hacia el proceso de comprender la actividad que realizan. Así, a la identificación formal se añade la material, consistente en obtener un verdadero conocimiento del cliente que permita justificar el origen de sus fondos y así dar sentido a sus operaciones¹⁹. Recogiendo esta tendencia, tanto la UAF como la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras establecen que los bancos deben "... interiorizarse acerca de las actividades que llevan a cabo sus clientes, las características más relevantes de las operaciones que realizan y los fundamentos en que éstas se apoyan"²⁰.

Para cumplir con esta finalidad, los bancos deben elaborar perfiles de sus clientes. Crear un perfil de cliente significa adoptar una definición respecto de lo que se espera de él y de su actuación, esto es, qué va a hacer dicho cliente

pueden consultarse en <http://www.uaf.cl>. Es lo que ocurrió en el caso de BCI Corredor de Bolsa S.A. con relación a transacciones vinculadas al caso "La Polar". Al respecto, puede consultarse UAF, res. exenta DJ N° 107-038-2013, de 31 de enero de 2013, considerando décimo sexto, III.D. Por otro lado, la res. exenta DJ N° 107-597-2013, de 26 de agosto de 2013, elaborada por la UAF a propósito de una sanción aplicada a un casino de juego (San Francisco Investment S.A.), indica que: "[...] el rol que le ha atribuido la ley N° 19.913 a los sujetos obligados resulta fundamental, constituyendo el primer eslabón en la cadena de recolección de información para la detección de la comisión de los delitos de lavado de activos (...). En consecuencia, tanto la integridad de dicha información como la oportunidad de su reporte es esencial para evitar la comisión de los delitos de lavado de activos..." (considerando décimo, III.a).

¹⁷ No se puede desconocer que se trata de una medida de prevención que ha sido objeto de críticas como, por ejemplo, que implica convertir a los sujetos obligados en verdaderos policías, cuando ésa no es su función; que atentaría contra la intimidad de los clientes o, incluso, que podría resultar discriminatoria con aquellos sujetos que, por razones ajenas a su voluntad, no pueden contar con los antecedentes suficientes para cumplir con los requerimientos de prevención (por ejemplo, inmigrantes), aislándolos del sistema financiero. Al respecto, puede consultarse GÓMEZ (1996), p. 86; STESENS (2000), p. 144, y MUGARURA (2014), p. 89.

¹⁸ De hecho, la UAF ha señalado que la principal "señal de alerta" de blanqueo identificada en las condenas por lavado de activos en Chile dictadas entre 2007 y 2013 es, precisamente, la existencia de operaciones que no se condicen con la capacidad económica y el perfil del cliente. Al respecto, véase UAF (2014a), p. 11.

¹⁹ PIETH y AIOLFI (2004), p. 27, y ALIAGA (2010), p. 53.

²⁰ Circular UAF N° 049/2012, apartado II; Capítulo 1-14 RAN SBIF, apartado I, y Toso (2015), p. 510.

con relación a las operaciones, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. En función del análisis que se efectúe sobre su actividad, participación en el mercado, capacidad económico-financiera, facturación, capital de trabajo y/u otros elementos de juicio, se podrá comparar su actividad y así estar atentos a los desvíos o situaciones no habituales que puedan configurar una operación sospechosa de blanqueo de capitales²¹.

La determinación del momento en que un banco ha de crear o actualizar los perfiles de sus clientes es relevante para que el sistema o modelo antiblanqueo de capitales funcione adecuadamente, ya que no sirve contar con un nutrido elenco de medidas de prevención si no hay claridad acerca de cuándo deben aplicarse. Es necesario adoptar una actitud proactiva a este respecto debido, precisamente, a la capacidad que tienen los lavadores de activos de detectar los vacíos o inconsistencias de un régimen de prevención del blanqueo de capitales débil o incompleto²².

Por otro lado, si existe certeza en torno al momento en que un banco ha de aplicar las medidas de diligencia debida, ello contribuirá a fijar los límites de las obligaciones que estas entidades deben asumir en el contexto actual, en el que se ha de invertir una gran cantidad de recursos en los sistemas de prevención del lavado de activos, especialmente en materia de conocimiento de los clientes²³, al tiempo que se observa un incremento en la actividad de fiscalización y sancionadora de la UAF²⁴.

²¹ COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA (2001), p. 19. De acuerdo con lo que se indica en BLANCO (1999), p. 37: *“El perfil del cliente realizado por el banco sólo cumple con su finalidad cuando durante la relación de negocios vigente se examinan los hechos que supongan discrepancias y contradicciones con las informaciones obtenidas acerca del cliente”*. Ahora, según PÉREZ (2006), p. 27, la creación de dicho perfil persigue dos objetivos: conocer *a priori* una valoración del cliente y los niveles de actividad a desarrollar y, en segunda instancia, contar con un método de seguimiento, puesto que en caso de excederse de los valores establecidos se activan señales que indicarán medidas preventivas. Una vez detectados los desvíos, se les analizará y se establecerán las acciones correctivas que correspondan, despejando las dudas con respecto al cliente o reportando la operación a las autoridades competentes.

²² MUGARURA (2012), p. 111. Así, de acuerdo con lo señalado por TURNER (2011), p. 109: *“Anti-money laundering (AML) professionals have long known that is not enough to respond to events (...). Adding value requires that AML programs (...) find ways to stop fires before they begin and take active steps to identify high-risk areas to mitigate the risks”*. Ello es coherente con lo señalado por BLASCO (2015), p. 45, quien también destaca la actitud proactiva y dinámica que los sujetos obligados han de observar para cumplir con las medidas de debida diligencia en el marco de la prevención del blanqueo.

²³ FRUTOS (2013), p. 25. Según GARCÍA (2010), p. 331: *“Para la banca, la diligencia debida se plasma en un complejísimo catálogo de obligaciones, que ha dado origen, en pocos años, a una lucrativa industria auxiliar de informática y de consultoría cuyo objeto es dar a conocer, organizar y facilitar a los bancos el cumplimiento de protocolos de diligencia que les requieren los Estados...”*.

²⁴ BLANCO (2014), p. 97, y GOBIERNO DE CHILE (2013), p. 43. Para consultar estadísticas sobre las fiscalizaciones practicadas y sanciones aplicadas por la UAF en los últimos años, véase <http://www.uaf>.

La circular UAF N° 049/2012 y el Capítulo 1-14 RAN SBIF establecen que las medidas de diligencia debida han de aplicarse por los bancos tanto respecto de los clientes nuevos como de los antiguos²⁵. Sin embargo, la UAF no se refiere en detalle a la oportunidad en que una entidad bancaria debe conocer a sus clientes en todos los casos.

Respecto de los *clientes nuevos*, la SBIF aborda este tema en el apartado II.2 del Capítulo 1-14 RAN SBIF, indicando que: “*El conocimiento del cliente comienza desde el momento en que, con motivo de una operación, éste se vincula con la entidad bancaria*”. Al contrastar la normativa nacional con los estándares internacionales en esta materia es posible dar cuenta de algunas diferencias. De acuerdo con lo señalado por el GAFI en sus recomendaciones, los Estados debieran exigir a los bancos que identifiquen a sus clientes nuevos antes o durante el curso de la relación comercial o al realizar una transacción, cuando se trate de clientes ocasionales²⁶. Según se puede apreciar, la regulación vigente en Chile establece que los clientes bancarios deben conocerse *desde el momento* en que se vinculan con la entidad bancaria y no antes del establecimiento de este nexo. Luego, la normativa nacional no realiza una distinción entre clientes habituales y ocasionales respecto del momento en que se deben aplicar las medidas de diligencia debida, de modo que se ha de estar al instante en que se establece el vínculo entre el cliente y el banco en todo caso.

Además, el GAFI introduce un cierto grado de flexibilidad respecto del momento en que se debe conocer a los clientes nuevos, al señalar que los Estados pueden permitir a las instituciones financieras que completen la verificación de sus antecedentes tan pronto como sea razonablemente práctico luego del establecimiento de la relación con el cliente cuando, por ejemplo, los riesgos de lavado sean bajos, se manejen eficazmente y cuando resulte esencial para no interrumpir el curso normal de la operación de la que se trata²⁷. No existe una norma de este tipo en el ordenamiento jurídico nacional, por lo que pareciera que en Chile se contemplan estándares más elevados que aquellos formulados por el GAFI en este punto.

Finalmente, con relación a los *clientes antiguos*, la circular UAF N° 049/2012 establece que sus perfiles o fichas “... *deben mantenerse actualizadas luego de*

cl/estadísticas/. Luego, si se desea conocer las características más importantes de los procesos con sentencias condenatorias en materia de lavado de activos en Chile entre 2007 y 2013, véase UAF (2014a), pp. 22-169.

²⁵ Apartado III, circular N° 049/2012 UAF, y Apartado II. 2, Capítulo 1-14 RAN SBIF. Ello en armonía con lo recomendado en GAFISUD (2012), p. 15.

²⁶ GAFISUD (2012), p. 15.

²⁷ GAFISUD (2012), p. 15.

cada transacción efectuada...". Por su parte, el Capítulo 1-14 RAN SBIF, en su apartado II.2., dispone que: "*La entidad financiera deberá mantener actualizados los antecedentes de sus clientes en el curso de su relación comercial, de modo de asegurarse que los datos de identificación y financieros estén siempre al día*"²⁸. Según se puede apreciar, existen diferencias en la forma en que los instrumentos mencionados regulan este tema, cuestión que será analizada con mayor detalle al estudiar la aplicación por parte del banco emisor de estas normas, tanto respecto del ordenante como del beneficiario del crédito documentario.

El GAFI señala que la información de los clientes debe "mantenerse actualizada", aunque no hace alusión a un momento concreto en que dichos antecedentes deben renovarse para su análisis²⁹. Desde esta perspectiva, la normativa chilena de prevención, en general, parece ajustarse a lo señalado por GAFI acerca del momento en que deben aplicarse las medidas de diligencia debida a los clientes antiguos³⁰.

1.2. El desafío de incorporar las normas relativas al momento en que el banco emisor debe conocer a sus clientes en la dinámica jurídico-privada del crédito documentario

La determinación del instante en que un banco debe conocer a sus clientes tiene particular trascendencia en aquellos supuestos de operaciones complejas, en las que participan varios sujetos, como es el caso del crédito documentario. Puede ocurrir que todos o algunos de los intervinientes estén ubicados en un lugar distante de aquel en que funciona la entidad, lo que puede implicar dificultades para esta última a la hora de cumplir con sus deberes de debida diligencia de forma oportuna. En este contexto, es necesario dotar de seguridad jurídica a la actividad del banco emisor que es aquel que, en primer término, es responsable en la operación³¹.

²⁸ Apartado III, circular N° 049/2012 UAF. En todo caso, esta información debe actualizarse, al menos, anualmente (Apartado II.2, Capítulo 1-14 RAN SBIF, y Apartado III, circular N° 049/2012 UAF). Esta medida parece pretender evitar también los riesgos de blanqueo asociados a las cuentas o relaciones inactivas.

²⁹ GAFISUD (2012), p. 66.

³⁰ Se debe considerar que las recomendaciones del GAFI no tienen una aplicación directa en los diversos ordenamientos, lo que explica su carácter general y "de mínimos". Están dirigidas a los Estados, con la finalidad de que estos elaboren la regulación local de prevención del lavado de activos que corresponda.

³¹ TOSO (2015), p. 514. El artículo 2° de las Reglas y Usos Uniformes para Créditos Documentarios señala que este banco es el que emite el crédito documentario. Por lo tanto, es aquel que podrá recibir, eventualmente, dinero proveniente de alguno de los ilícitos contemplados en el artículo 27 de la ley N° 19.913, que constituyen los delitos base del lavado de activos.

El crédito documentario se encuentra disciplinado por normas de naturaleza contractual (las RUU) que forman parte del Derecho uniforme del comercio internacional, específicamente de la denominada nueva *lex mercatoria*, con un carácter eminentemente privado³². El problema que puede plantearse está dado por el hecho de que la normativa de prevención del lavado de activos, en su carácter público, se alimenta de una valoración de los intereses colectivos, sin atender de una manera expresa a la articulación de los mismos con los intereses privados³³. De este modo, las exigencias derivadas de la aplicación de la normativa de prevención del blanqueo de capitales prevalecen sobre las disposiciones establecidas por la autonomía de la voluntad de las partes a propósito de la emisión de un crédito documentario.

La ordenación actual de este medio de pago, sustentada sobre la base de la voluntad de las partes en combinación con ciertos usos comerciales plasmados en las RUU, permite un grado de seguridad jurídica notable que se vería afectada por una interpretación demasiado rígida de la normativa orientada a evitar el blanqueo de capitales. En consecuencia, se debe procurar respetar la dinámica del crédito documentario al momento de diseñar e interpretar la regulación de prevención del lavado de activos. De lo contrario se podrá provocar un desincentivo en su empleo en el tráfico mercantil.

Pero lo más importante es que, si no se tiene en consideración la dinámica jurídico-privada del crédito documentario al momento de elaborar y determinar el sentido de la normativa de prevención del lavado de activos, podrán reducirse las posibilidades de evitar, de manera efectiva, el blanqueo de capitales. Ello puede provocarse por el propio rechazo de los sujetos obligados a cumplir con una regulación que, por ejemplo, ralentiza las transacciones que comúnmente efectúan. Además, si no se comprenden suficientemente los negocios a los que habrán de aplicarse las medidas de diligencia debida, será imposible saber, en definitiva, cuándo se corre peligro de que ingrese o circule dinero ilícito en el sistema financiero.

Teniendo en vista evitar estas negativas consecuencias, a continuación se analizará la regulación nacional relativa al momento en que un banco emisor

³² CARRRASCOSA (1997), p. 776; ILLESCAS y PERALES (2003), p. 36; GARCÍA-PITA, p. 259; MEGRAH (1971), p. 503, y BROSETA y MARTÍNEZ (2012), p. 282. En Chile, PIZARRO y BARROILHET (2008), p. 155. Ahora, como bien apunta VÁSQUEZ (2012), p. 375, la *lex mercatoria* presenta claras diferencias con la legislación comercial internacional. Ambas dan cuenta de prácticas de los comerciantes generadoras de normas materiales comunes. Sin embargo, en la legislación comercial internacional, estas prácticas son integradas por los Estados a su orden jurídico interno, a través de tratados internacionales y la adopción de leyes modelo. En cambio, la obligatoriedad de las RUU deriva, fundamentalmente, de la voluntad de las partes a través de su incorporación al texto del crédito documentario (artículo 1º RUU).

³³ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (1991), p. 38.

debe cumplir con las medidas de diligencia debida, tanto respecto del ordenante como del beneficiario del crédito documentario³⁴. Se estudiará, de manera separada, la situación de estos sujetos, considerando que, desde el punto de vista del Derecho Privado y de las RUU, la intervención de cada uno de ellos tiene una naturaleza jurídica diversa y se produce en un momento distinto de la operación.

2. Reflexiones derivadas de la aplicación de las normas relativas al momento en que el banco emisor debe *conocer* al ordenante del crédito documentario

Para examinar la normativa referida a la oportunidad en que el banco emisor ha de aplicar las medidas de diligencia debida respecto del ordenante del crédito documentario, se distinguirá entre aquel supuesto que se da cuando este último ya es cliente de la entidad bancaria al momento de solicitar la emisión de la carta de crédito, y aquella otra situación que puede presentarse cuando el ordenante, al pedir la apertura del crédito, está requiriendo los servicios de la entidad emisora por primera vez.

La distinción que se propone permitirá identificar y diferenciar, de forma más clara, cuáles son las principales cuestiones que pueden suscitarse en uno y otro caso.

2.1. Primer supuesto: el ordenante es cliente del banco emisor con anterioridad a la apertura del crédito documentario

En el crédito documentario el ordenante, generalmente, puede escoger al banco emisor con total libertad, por lo que usualmente acude a su banco³⁵. De esta manera, quien requiere la apertura de este medio de pago suele ser cliente de la entidad emisora (es titular de una cuenta corriente, ha solicitado créditos convencionales o documentarios, etc.) con anterioridad a la presentación de la solicitud de apertura del crédito. Siendo así, el ordenante debiera encontrarse identificado por el banco antes de su intervención en el crédito documentario³⁶.

En estos casos, el banco emisor debiera actualizar los registros que posee respecto del ordenante, de ser necesario, y contrastar los antecedentes contenidos en su ficha de cliente sobre la actividad que éste ha declarado realizar

³⁴ La calificación de ambos como clientes del banco emisor supone que este último, de acuerdo con lo establecido en el apartado III de la circular UAF N° 049/2012, deberá satisfacer todas las medidas de debida diligencia a su respecto, salvo que la operación no supere los USD \$ 1.000 o su equivalente en otras monedas, cuestión que no será frecuente en el crédito documentario.

³⁵ ADODO (2014), p. 61.

³⁶ Toso (2015), p. 514.

con aquella correspondiente a la solicitud de emisión de la carta de crédito. De esta manera, el banco podrá determinar si hay o no contradicciones entre la información contenida en dicha solicitud y aquella previamente entregada por el cliente respecto de su actividad, que pudiere dar lugar a un examen especial con la finalidad de determinar si la operación debe o no ser calificada como sospechosa de lavado de activos. La entidad también ha de tener en cuenta el nivel de riesgo que, desde la perspectiva del blanqueo de capitales, involucra el negocio en el que el cliente requiere la participación del banco³⁷. Desde esta perspectiva, la actualización oportuna de la ficha del cliente y su revisión constituye un paso importante para que el banco emisor pueda evitar ser utilizado como vehículo para el lavado de activos a través del crédito documentario³⁸.

GAFI no aborda en detalle este tema en sus recomendaciones, indicando únicamente que las instituciones financieras han de procurar que los documentos y otros datos recabados en el marco de los procedimientos de diligencia debida se encuentren actualizados, sin señalar un momento concreto en que ello debe llevarse a cabo³⁹. Por otra parte, en Chile, el Capítulo 1-14 RAN SBIF, en su apartado II.2., dispone que: “La entidad financiera deberá mantener actualizados los antecedentes de sus clientes en el curso de su relación comercial, de modo de asegurarse que los datos de identificación y financieros estén siempre al día”. Finalmente, la UAF establece que las fichas de los clientes “...deben mantenerse actualizadas luego de cada transacción efectuada...”⁴⁰. Según se puede apreciar, existen diferencias entre lo señalado por la SBIF y la UAF acerca del momento en que se deben actualizar los antecedentes de los clientes. Las

³⁷ Ello en concordancia con lo que se apunta en GAFISUD (2012), p. 14, y HINTERSEER (2002), p. 314, en el sentido que: “An institution should not be satisfied with merely collecting information and documents, but must adopt a proactive stance that involves monitoring a client relationship and gathering, analysing, and verifying relevant information to identify suspicious activity”. Además, el COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA (2003), pp. 19-20, establece que la extensión del monitoreo que se realice de las operaciones del cliente dependerá del riesgo que su actividad represente para el banco, por lo que éste ha de contar con sistemas para detectar patrones de actividad anómalos o sospechosos para todas las cuentas. Esto es posible mediante la fijación de límites para toda clase o categoría especial de cuentas. Las transacciones que sobrepasen esos límites han de ser objeto de una atención especial.

³⁸ GAFI también destaca la importancia de actualizar los registros o fichas de los clientes de manera oportuna. A propósito de las medidas de debida diligencia reforzadas que deben cumplirse respecto de aquellos clientes u operaciones de mayor riesgo de lavado de activos, dicho organismo ha señalado que la información sobre la identificación de estos clientes debe actualizarse “... con más sistematicidad”. Por el contrario, en aquellos supuestos de menor riesgo de blanqueo se contempla la posibilidad de actualizar los antecedentes de los clientes con menor frecuencia. Al respecto, véase GAFISUD (2012), p. 69.

³⁹ GAFISUD (2012), p. 66.

⁴⁰ Apartado III, circular UAF N° 049/2012. En todo caso, esta información debe actualizarse, al menos, anualmente (Apartado II.2, Capítulo 1-14 RAN SBIF, y Apartado III, circular UAF N° 049/2012).

exigencias de la SBIF parecen bastante más estrictas (“mantener siempre al día”) que aquellas establecidas por la UAF (“luego de cada transacción efectuada”)⁴¹.

En este contexto, cabe preguntarse en qué instante se entiende que se efectúa o ejecuta el crédito documentario o, lo que es lo mismo, cuándo se cumple o hace efectivo. La respuesta a esta interrogante permitirá determinar el momento en el banco emisor debe actualizar la ficha del ordenante para su análisis, de acuerdo con lo señalado por la UAF.

En la operativa de este medio de pago pueden reconocerse, en general, tres fases, que suelen denominarse preliminar, de emisión y de ejecución. La *fase preliminar* abarca desde el momento en que se estipula que el pago de la compraventa habrá de realizarse a través de un crédito documentario, hasta que el ordenante presenta la solicitud de apertura del crédito al banco emisor. Por su parte, la *fase de emisión* comprende desde el instante en que la entidad emisora abre el crédito hasta aquel en que éste es notificado al beneficiario. La *fase de ejecución* comienza cuando el beneficiario procede a consignar las mercancías a nombre del ordenante, realizando una presentación ante el banco a fin de obtener el importe del crédito. La entidad comprueba si, en apariencia, la presentación es conforme y efectúa, en su caso, el pago. Finalmente, el emisor entregará los documentos recibidos al ordenante y reclamará de éste el reembolso del importe satisfecho, a no ser que haya recibido una previa provisión de fondos. Con los documentos de tradición en su poder, el ordenante puede, finalmente, rescatar las mercancías en el puerto de destino⁴².

En consecuencia, y de acuerdo con lo que señala la UAF, el banco emisor parece contar con un amplio período de tiempo para aplicar las medidas de diligencia debida al ordenante, en aquellos casos en que haya sido su cliente de forma previa. Esta solución, si bien no afectará la dinámica del crédito documentario, puede no ser la más adecuada desde la perspectiva de la prevención del lavado de activos⁴³. La exigencia de actualizar los antecedentes del ordenante después de realizada la operación puede ser difícil de cumplir, porque, una vez que se efectúa la transacción, el cliente no tendrá una motivación real para presentar información al banco. Es más, si el ordenante es un blanqueador de capitales, hay probabilidades de que desaparezca una vez que reciba los documentos indicados en la carta de crédito o incluso antes, si el importe del crédito documentario ha sido pagado al beneficiario y las mercaderías vendidas realmente no existen.

⁴¹ TOSO (2015), p. 515.

⁴² MARIMÓN (2002), pp. 409-410, y TOSO (2015), p. 515.

⁴³ TOSO (2015), p. 515.

Para que las medidas de debida diligencia constituyan un mecanismo efectivo de prevención es necesario que sean aplicadas, de todas maneras, con anterioridad al pago del crédito al beneficiario. De lo contrario, se habrá frustrado su finalidad, ya que, a esas alturas, el eventual dinero ilícito podrá haber circulado por el sistema financiero, desde el ordenante hasta el beneficiario de este medio de pago⁴⁴. Esto es importante, incluso en el caso en que el ordenante haya sido cliente del banco emisor con anterioridad a la emisión de la carta de crédito. En este supuesto, si bien la entidad bancaria contará previamente con información respecto de dicho ordenante, es relevante que estos antecedentes se actualicen y analicen oportunamente. De esa manera, el banco emisor podrá estar en condiciones de detectar a tiempo posibles indicios o sospechas de lavado de activos generadas en el crédito documentario en que se requiere su intervención. En todo caso, esta actividad no debiera afectar sustancialmente la celeridad de la operación, ya que se trata de actualizar la documentación del cliente, no de recopilar y analizar por primera vez sus antecedentes.

Por otro lado, las previsiones de la SBIF en materia de actualización de los antecedentes de los clientes son más estrictas, ya que requieren “mantenerlos siempre al día”. Sin embargo, se ajustan de mejor manera a los objetivos de prevención del lavado de activos. Ahora, con la finalidad de que los bancos puedan administrar de manera eficiente los recursos que destinan a la prevención del lavado de activos, conviene orientar esta exigencia en función del riesgo de blanqueo de capitales presente en cada operación en que estas entidades intervienen⁴⁵. En el caso del crédito documentario, el límite temporal máximo para la actualización de los antecedentes del ordenante debiera situarse antes que el banco emisor realice el pago al beneficiario.

2.2. Segundo supuesto: el ordenante, al solicitar la apertura del crédito, requiere los servicios del banco emisor por primera vez

Si el ordenante no ha sido cliente del banco emisor con anterioridad a la solicitud de apertura del crédito documentario, al encontrarse aquel, por lo general, en la misma plaza de la entidad emisora, no se generarán otros inconvenientes que aquellos a los cuales se enfrentan comúnmente los bancos para cumplir con sus obligaciones de debida diligencia⁴⁶. En este caso, recibe aplicación lo señalado en el apartado II.2 del Capítulo 1-14 RAN SBIF, conforme al cual: “*E*

⁴⁴ TOSO (2015), p. 516.

⁴⁵ GAFISUD (2012), p. 69, y TOSO (2015), p. 517.

⁴⁶ TOSO (2015), p. 517.

conocimiento del cliente comienza desde el momento en que, con motivo de una operación, éste se vincula con la entidad bancaria”.

De acuerdo con lo establecido en la normativa nacional de prevención del lavado de activos, el ordenante del crédito documentario debiera considerarse un cliente del banco emisor, ya que, cuando dicha entidad accede a abrir el crédito, entre ambos se celebra un contrato de comisión⁴⁷. El banco emisor habrá de aplicar las medidas de debida diligencia respecto del ordenante, toda vez que entre ellos existe una relación *de origen contractual*⁴⁸.

Lo precedentemente indicado coincide con lo señalado por el GAFI en sus recomendaciones. Si bien este organismo no formula una definición de cliente, sí establece ciertos parámetros que sirven de guía para determinar quién ha de tener esta condición. De los supuestos contemplados por el GAFI, se desprende que es cliente aquel con el que se inician *relaciones comerciales*⁴⁹. Según se ha apuntado, cuando el banco emisor acepta la solicitud del ordenante de abrir el crédito, entre ambos sujetos se perfecciona un contrato de comisión mercantil. En consecuencia, no cabe duda que la entidad emisora inicia una relación de tipo comercial con el ordenante, por lo que es su cliente y deberá conocerlo.

⁴⁷ Entre los partidarios de esta postura se cuentan CHULIÁ y BELTRÁN (1999), pp. 592-593; GUERRERO (1998), p. 160; GARCÍA-PITA (2006), pp. 222-223; SÁNCHEZ y SÁNCHEZ-CALERO (2012), p. 463; PUYO (2001), p. 8; RECALDE (1994), p. 125; CARRASCOSA (1997), p. 755, y DE EIZAGUIRRE (2010), p. 86. En Chile, VARELA (1960), p. 11, señala que el banco emisor concluye un contrato de mandato con el ordenante. Sin embargo, en nuestro país también debiera entenderse que el ordenante y el banco emisor celebran una comisión, ya que el encargo que el primero hace al segundo recae sobre una operación mercantil individualmente determinada (artículo 235, Código de Comercio), que puede incluirse en el artículo 3° N° 11, Código de Comercio. Este tema se aborda detalladamente en TOSO (2014), pp. 415-416.

⁴⁸ Ello atendiendo al Capítulo 1-14, apartado I., de la Recopilación Actualizada de Normas de la SBIF, que dispone lo siguiente: “... *son clientes todas las personas naturales y jurídicas con las cuales la entidad establece o mantiene una relación de origen legal o contractual, como consecuencia de la prestación de un servicio o contratación de un producto, ofrecido en el marco de las actividades propias de su giro y de conformidad a las disposiciones legales y reglamentarias. Esta relación puede ser ocasional o habitual*”.

⁴⁹ El GAFI no define lo que debe entenderse por “relación comercial”. Por su parte, aquellos con quienes el banco inicia “relaciones ocasionales”, sólo habrán de considerarse afectos a las mismas exigencias de conocimiento de los clientes en la medida que las operaciones que realicen superen el umbral de los 15.000 euros o dólares, o cuando se trate de transferencias electrónicas cubiertas por la nota interpretativa de la Recomendación N° 16. Esta nota interpretativa abarca tanto las transferencias transfronterizas (que se verifican cuando ordenante y beneficiario se encuentran en Estados distintos) como las domésticas (que se realizan en el caso que el ordenante y el beneficiario se encuentren ubicados en el mismo Estado). Sobre el particular véase GAFISUD (2012), pp. 74-80. Por último, según lo señalado por GAFI, se habrá de aplicar las mismas medidas, se trate o no de clientes, cuando existan sospechas de blanqueo de capitales o financiamiento del terrorismo o cuando se tenga dudas acerca de la veracidad o congruencia de la información sobre la identificación obtenida anteriormente. Al respecto, véase GAFISUD (2012), p.14.

Para determinar el instante en que el banco emisor de un crédito documentario ha de comenzar a aplicar las medidas de debida diligencia en este caso es necesario preguntarse cuándo se considera que el ordenante se vincula con dicho banco. Por lo tanto, el momento en que la entidad emisora debe iniciar los procedimientos de diligencia debida ha de referirse al de la conclusión del contrato de comisión. Se debe tener en cuenta, en primer lugar, que la comisión es consensual, de manera que su válida conclusión no está sometida a ningún requisito formal. Se perfecciona por el mero consentimiento de las partes que intervienen en la misma, y con ello las obligará, lo hayan manifestado de forma expresa o tácita⁵⁰. De este modo, la relación que une al ordenante con el banco emisor de un crédito documentario puede nacer en distintos momentos, según las circunstancias que concurren en cada caso concreto. Si el banco acepta expresamente la proposición del ordenante, la comisión nace en el momento de la misma aceptación. En el supuesto de que el banco no conteste la solicitud de apertura, pero emita la carta de crédito (aceptación tácita), la comisión se perfecciona en el instante de la citada emisión⁵¹.

En cualquiera de estos escenarios, el banco emisor ha de comenzar a aplicar las medidas de diligencia debida al ordenante *desde el momento* en que se vincula con él. Esta disposición no parece ajustarse a los estándares más elevados en la materia, que recomiendan que el banco emisor aplique las medidas de debida diligencia, idealmente, *antes* de establecer una relación comercial con el ordenante⁵².

Además, surge la interrogante acerca de cómo interpretar las palabras de la SBIF. No queda claro si el cliente debe conocerse completamente cuando se vincula con el banco, o bien “a partir” de ese momento⁵³. En caso de acogerse esta última interpretación, cabría preguntarse entonces hasta qué momento o, lo que es lo mismo, cuándo ha de concluir la aplicación de las medidas de diligencia debida respecto de los clientes nuevos. La normativa emanada de la SBIF no despeja esta duda.

Conviene aclarar o derechamente modificar lo indicado por la SBIF en este punto, en aras de una efectiva prevención del lavado de activos y de la seguridad jurídica que se ha de proporcionar a los bancos en tanto sujetos obligados. Al hacerlo, debieran tenerse en cuenta las Recomendaciones del GAFI referidas

⁵⁰ Artículo 245 del Código de Comercio y URÍA *et al.* (2007), p.165.

⁵¹ MARIMÓN (2001), p. 189, y según lo establecido en los artículos 101 y 103 del Código de Comercio. También en TOSO (2015), p. 517.

⁵² THE WOLFSBERG GROUP (2011), p. 10, y GAFISUD (2012), p. 15.

⁵³ TOSO (2015), p. 518.

a que el banco emisor ha de “conocer” a su cliente, en lo posible, antes de vincularse jurídicamente con él. Podrían considerarse también aquellos supuestos concretos formulados por dicho organismo en que se permite aplicar las medidas de debida diligencia con posterioridad (por ejemplo, cuando el riesgo de blanqueo sea bajo, o bien para no ralentizar una determinada operación)⁵⁴.

Las recomendaciones del GAFI establecen ciertos parámetros o criterios mínimos en materia de prevención del lavado que los Estados, al decidir incorporarlos en sus respectivos ordenamientos, deben materializar. Por lo tanto, para el caso en que se decidiera revisar la normativa chilena antiblanqueo de capitales, puede resultar interesante observar cómo se ha abordado este tema en otros territorios. Teniendo en cuenta la cercanía que tiene la Unión Europea con la actividad del GAFI, así como el hecho de que sus criterios son adoptados por una gran cantidad de Estados (miembros)⁵⁵, conviene consultar lo indicado en este punto por la directiva (UE) N° 2015/849, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015. Esta directiva se refiere, en su artículo 14, al momento en que deben cumplirse las medidas de diligencia debida. Así, el artículo 14.1. señala que: *“Los Estados miembros exigirán que la comprobación de la identidad del cliente (...) se efectúe antes de que se establezca una relación de negocios o de que se realice una transacción”*. El artículo 14.2 indica que los Estados miembros podrán permitir que la comprobación de la identidad del cliente *“... se ultime durante el establecimiento de una relación de negocios, cuando ello sea necesario para no interrumpir el desarrollo normal de las actividades y cuando el riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo sea escaso...”*. En este supuesto, el procedimiento habrá de concluir lo antes posible tras el primer contacto. Así, la directiva considera aquellas operaciones que exigen rapidez, velando por no interrumpir su normal desarrollo.

También podrá ser interesante conocer cómo, en concreto, los diversos Estados han incorporado en sus ordenamientos lo establecido por el GAFI en este punto. Naturalmente, una revisión de la situación de todos ellos es prácticamente imposible. Por ahora, nos referiremos al caso de España, en razón de la presencia que las entidades de crédito de origen hispano tienen en el mercado

⁵⁴ GAFISUD (2012), p. 15.

⁵⁵ De acuerdo con lo indicado por BLANCO (2002), p. 156, la cercanía de la Unión Europea al GAFI queda en evidencia si se examinan las directivas comunitarias sobre prevención del blanqueo, en las que se tiene en cuenta expresamente la labor de este último organismo. Además, BLANCO (2001), p. 15, señala que la justificación de las directivas comunitarias en materia de prevención del lavado de activos se encuentra en la necesidad de uniformar medidas y en evitar las distorsiones de la competencia que se pueden producir entre los bancos ubicados en los Estados miembros, puesto que las medidas de prevención del blanqueo de capitales suponen una carga administrativa que deben compartir todas las entidades de crédito.

bancario local⁵⁶. En el ordenamiento jurídico español, el tema del momento en que han de aplicarse las medidas de diligencia debida se aborda en el artículo 3.2 de la ley N° 10/2010, de 28 de abril, que dispone que: “*Con carácter previo al establecimiento de la relación de negocios o a la ejecución de cualesquiera operaciones, los sujetos obligados comprobarán la identidad de los intervinientes mediante documentos fehacientes*”⁵⁷. Si no es posible cumplir con lo indicado en un primer momento, podrá aplicarse el régimen contemplado para las relaciones de negocio y operaciones no presenciales, recogido en el artículo 12 de la ley N° 10/2010, salvo que existan elementos de riesgo en la operación⁵⁸.

Tanto la directiva comunitaria como la ley española regulan, con bastante más detalle que a nivel local, el tema del instante en que los bancos deben conocer a sus clientes. Ambas normativas dejan claro que, en aras de una adecuada prevención del lavado de activos, se debe intentar identificar al cliente de forma previa a su vinculación con la entidad bancaria⁵⁹. Sin embargo, reconocen que ello no será siempre posible o necesario (por ejemplo, cuando

⁵⁶ A su vez, conviene tener en cuenta que, en aquellos casos en que los bancos españoles establezcan sucursales o filiales con participación mayoritaria en el extranjero, deberán aplicar en estas “... *medidas de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo al menos equivalentes a las establecidas por el derecho comunitario*” (artículo 35, ley N° 10/2010, de 28 de abril).

⁵⁷ Conforme a lo dispuesto en los artículos 9.1 y 10.1 de la ley N° 10/2010, en aquellos casos de bajo riesgo de blanqueo de capitales no será necesario aplicar las medidas de debida diligencia con carácter previo al establecimiento de la relación de negocios.

⁵⁸ Artículo 3.2 de la ley N° 10/2010. En estos supuestos se podrán establecer relaciones de negocio y ejecutar operaciones, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que la identidad del cliente quede acreditada de conformidad con lo dispuesto en la normativa aplicable sobre firma electrónica; b) que el primer ingreso proceda de una cuenta a nombre del mismo cliente abierta en una entidad domiciliada en España, en la Unión Europea o en países terceros equivalentes, o c) que se verifiquen los requisitos que se determinen reglamentariamente. En todo caso, en el plazo de un mes desde el establecimiento de la relación de negocio será necesario obtener de estos clientes una copia de los documentos requeridos para practicar la diligencia debida. Cuando se aprecien discrepancias entre los datos facilitados por el cliente y otra información accesible o en poder del sujeto obligado, se deberá proceder a la identificación presencial. Finalmente, se señala que los sujetos obligados adoptarán medidas de debida diligencia adicionales cuando en el curso de la relación de negocio aprecien riesgos superiores al promedio.

⁵⁹ En similares términos véanse, por ejemplo, para Alemania, el *Abschnitt 2, §4 Absatz 1*, del *Geldwäschegesetz-GwG* y, para Francia, el art. L. 561-5, de la *Ordonnance N° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme*. Por último, respecto de Estados Unidos, puede consultarse el *Title 31 CFR, Subtitle B, Chapter X, §1020.220, Paragraph (a)(2)(i)(A)*, que también se pronuncia en el mismo sentido. En este punto, la Superintendencia Financiera de Colombia es categórica en señalar que: “*Las entidades vigiladas no pueden iniciar relaciones contractuales o legales con el potencial cliente mientras no se haya diligenciado en su integridad el formulario (de identificación del mismo), realizado la entrevista, adjuntado los soportes exigidos y aprobado la vinculación del mismo, como mínimo*” (circular básica jurídica, C.E. 029/2014, Parte I, Título IV, Capítulo IV, 4.2.2.2.1.).

se interrumpa el normal desarrollo de una operación, o bien cuando el riesgo de blanqueo de capitales sea bajo), en cuyo caso se permite que estas medidas sean aplicadas con posterioridad o se contemplan otras alternativas para llevar a cabo el proceso de identificación de los clientes (como es el caso del artículo 12 de la ley N° 10/2010). Por lo tanto, estos instrumentos incorporan elementos que aportan flexibilidad al cumplimiento de los deberes de prevención del blanqueo, al tiempo que procuran evitar que dicha flexibilidad merme el objetivo de la normativa, a través de la formulación de hipótesis concretas en que se permite que el cliente sea identificado al momento, o bien después de su vinculación con el banco.

3. Reflexiones a partir de la aplicación de la regulación referente al momento en que el banco emisor debe conocer al beneficiario del crédito documentario

Al igual que se ha hecho respecto de la situación del ordenante del crédito documentario, a continuación se distinguirá entre aquel escenario que se da cuando el beneficiario ya es cliente de la entidad bancaria al momento de solicitarse la emisión de la carta de crédito y aquella otra situación que podrá presentarse cuando el beneficiario se convierte en cliente del banco emisor a propósito de la operación de crédito documentario que se le presenta.

3.1. Primer supuesto: el beneficiario es cliente del banco emisor con anterioridad a la apertura del crédito documentario

Para el caso, poco probable, de que el beneficiario haya sido cliente del banco emisor de forma previa a la emisión del crédito⁶⁰, la entidad deberá actualizar su ficha y cotejar la información acerca de la actividad declarada por el beneficiario con aquella relativa al crédito. Así, el banco podrá determinar si la operación muestra coherencia con los antecedentes anteriormente aportados por el cliente con relación a su actividad.

La circular UAF N° 049/2012 establece que la actualización de los antecedentes del cliente debe verificarse “... luego de cada transacción efectuada”. Según se ha indicado, la fase de ejecución del crédito documentario comprende desde el instante en que el beneficiario presenta los documentos hasta que el banco entrega los documentos recibidos al ordenante y reclama de éste el

⁶⁰ Usualmente, en una compraventa internacional el beneficiario (vendedor) estará ubicado en una plaza geográfica distinta de la del banco emisor. De este modo, probablemente, el primer contacto entre estos sujetos surja a propósito de la apertura del crédito documentario solicitada por el ordenante (comprador) en el lugar donde reside.

reembolso del importe pagado al beneficiario, salvo que haya recibido una previa provisión de fondos⁶¹.

En consecuencia, y de acuerdo con lo establecido por la UAF, el banco podrá aplicar las medidas de debida diligencia al beneficiario incluso después de pagarle el importe del crédito. En un escenario como éste, el normal desarrollo de la operación de crédito documentario no se verá afectada por el cumplimiento de las medidas de prevención del lavado de activos. Sin embargo, no se habrá impedido efectivamente que una eventual trama de blanqueo se concrete, por cuanto el banco ya podrá haber servido de cauce para conducir dinero sucio del ordenante hasta el beneficiario⁶².

Desde la perspectiva de la prevención del lavado de activos, resulta más adecuado estar a lo señalado en el apartado II.2 del Capítulo 1-14 RAN SBIF, en la medida en que esta normativa exige que los datos de identificación y financieros del cliente “estén siempre al día”. No obstante, esta norma parece demasiado estricta y difícil de cumplir en estas condiciones, por lo que su alcance debiera plantearse en función del riesgo de blanqueo presente en cada operación en que participa el banco⁶³. Además, y con la finalidad de evitar confusiones de parte de los sujetos obligados, se recomienda uniformar lo ordenado por la SBIF y la UAF respecto de la actualización de los antecedentes de los clientes⁶⁴.

3.2. Segundo supuesto: el beneficiario se relaciona con el banco emisor por primera vez a propósito de la emisión del crédito documentario

Si el beneficiario no fuere cliente del banco con anterioridad a la emisión del crédito, cabe preguntarse cuándo deberá cumplirse con las medidas de debida

⁶¹ Toso (2015), p. 520.

⁶² Toso (2015), p. 521. Además, una vez realizado el pago, probablemente el beneficiario no tendrá ningún incentivo para entregar los antecedentes que el banco pudiere solicitarle para cumplir con sus obligaciones de debida diligencia.

⁶³ Así, por ejemplo, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP en Perú ha dispuesto que: *“Las empresas deben realizar el monitoreo de los clientes considerando procesos de revisión con objeto de asegurar que los documentos, datos e información obtenidos como consecuencia de la aplicación de las medidas de debida diligencia se mantengan actualizados y se encuentren vigentes. Las empresas, en función de los riesgos identificados, determinarán la periodicidad de los procesos de monitoreo”* (artículo 30.5., Reglamento de Gestión de Riesgos de Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo, aprobado por resolución SBS N° 2660-2015).

⁶⁴ Toso (2015), p. 521. Una actuación coordinada entre ambos organismos en este ámbito resulta fundamental. En este contexto, los participantes del régimen chileno de prevención de lavado de activos plantearon en GOBIERNO DE CHILE (2013), p. 54, *“... la necesidad de contar con una instancia formal de coordinación interinstitucional, que perdurase más allá de los esfuerzos desarrollados en el marco del diseño de la Estrategia Nacional, que fuese representativa del compromiso de los organismos participantes y que obedeciera a una estructura formal que garantice su permanencia en el tiempo”*.

diligencia a su respecto. Para responder esta interrogante, se debe recordar que el apartado II.2 del Capítulo 1-14 SBIF señala que: “*El conocimiento del cliente comienza desde el momento en que, con motivo de una operación, éste se vincula con la entidad bancaria*”. Por lo tanto, la determinación del instante en que deben comenzar a aplicarse las medidas de debida diligencia al beneficiario del crédito documentario depende de cuándo se entiende que éste se vincula con el banco emisor. A su vez, este extremo está supeditado a la calificación jurídica que se realice de la relación existente entre estos sujetos⁶⁵.

Al nexo entre el banco emisor y el beneficiario de un crédito documentario se le ha atribuido, por diversos autores, un carácter contractual⁶⁶. Siendo así, la entidad emisora vendría obligada a aplicar las medidas de diligencia debida a dicho beneficiario, ya que éste sería su cliente⁶⁷. Sin embargo, hay doctrina que discute la naturaleza contractual de la relación entre estos sujetos, postulando que este vínculo se basaría más bien en un negocio jurídico unilateral, construido sobre la base de la declaración unilateral de voluntad como fuente de la obligación asumida por la entidad emisora⁶⁸. De sostenerse esta última posición, el beneficiario no debiera considerarse un cliente del banco emisor, ya que entre ambos no existiría una relación de *origen legal o contractual*, en los términos requeridos por la normativa nacional de prevención del lavado de activos. Por lo tanto, conforme con este último enfoque, la entidad emisora no estaría obligada a “conocer” al beneficiario del crédito documentario⁶⁹.

La ambigüedad apuntada no resulta conveniente para evitar de manera efectiva el blanqueo de capitales en el crédito documentario. En este medio de pago, las mejores posibilidades de detectar el lavado de activos operado a

⁶⁵ Toso (2015), p. 521.

⁶⁶ Al respecto puede consultarse, entre otros, a TAPIA (2001), p. 91; GARCÍA-PITA (2006), pp. 242 y 244; CHULIÁ y BELTRÁN (1999), p. 593, y GARRIGUES (1958), p. 625.

⁶⁷ Ello a la luz de la definición de cliente contenida en el Capítulo 1-14 RAN SBIF, apartado I, reproducida en la nota n° 48 de este trabajo.

⁶⁸ Véanse RECALDE (1994a), p. 155, y CARRASCOSA (1997), p. 756. En Chile, para aproximarse a la tradicional discusión acerca de la admisibilidad de la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones, puede consultarse la exposición realizada en FIGUEROA (2011), pp. 21-26. Este punto se aborda con mayor detalle en TOSO (2014), pp. 424-425.

⁶⁹ De acuerdo con lo señalado por GAFI, cualquiera sea la postura que se sostenga acerca de la naturaleza jurídica que cabe atribuir al nexo que une al beneficiario con el banco emisor, debe considerarse que entre ambos se establece una *relación comercial*. Es posible reconocer la existencia de un vínculo (contractual o basado en la declaración unilateral de voluntad del banco) de carácter mercantil para la entidad emisora, por cuanto la obligación que ésta asume frente al beneficiario se enmarca en una operación de banco como es la de crédito documentario (artículo 3° N° 11, Código de Comercio), contemplada en el artículo 69 N° 10, de la Ley General de Bancos, de 1997.

través de la infra o sobrevaloración de mercaderías surgirán al momento en que el banco deba examinar los documentos que son aportados por el beneficiario. Además, en virtud de la unidad funcional que reviste la operativa del crédito documentario no es posible impedir de forma efectiva el lavado de activos, si no se aplican las medidas de debida diligencia a todos quienes participan en su desarrollo. En consecuencia, lo más adecuado desde la óptica de la prevención del blanqueo de capitales es que el banco emisor también deba *conocer* al beneficiario⁷⁰. Se hace necesario revisar la normativa de prevención en este punto, a fin de que la regulación comprenda como clientes a aquellos sujetos que aparecen vinculados con los bancos en virtud de una declaración unilateral de voluntad, como ocurre en este supuesto y, según el caso, también en materia de títulos de crédito⁷¹.

El problema indicado también se manifiesta en la determinación del momento en que el banco emisor debe cumplir con las medidas de diligencia debida respecto del beneficiario. Desde la perspectiva de las teorías que sustentan la existencia de una relación contractual entre el banco y el beneficiario, es difícil saber cuándo se establece el vínculo entre ambos, ya que no hay claridad acerca del momento en que se produce la oferta del banco y la aceptación del beneficiario. Se ha señalado que la oferta del banco se formularía al emitirse la carta de crédito, o bien cuando este documento es notificado al beneficiario. En cuanto a la aceptación del beneficiario, se ha indicado que ésta podría darse anticipadamente en el contrato subyacente, o bien formularse posteriormente, de forma expresa o tácita, e incluso que podría operar por el mero silencio⁷². Por otro lado, para quienes sostienen que el banco se obliga frente al beneficiario en virtud de una declaración unilateral de voluntad, el vínculo entre ambos se establecería cuando se emite el crédito⁷³.

Teniendo en cuenta las diversas posiciones existentes en torno a la naturaleza jurídica que cabe atribuir a la relación entre el banco emisor y el beneficiario

⁷⁰ TOSO (2014), pp. 427-428.

⁷¹ Acerca de las diversas teorías en torno al origen o fuente de la obligación de quien emite un título de crédito puede consultarse GARCÍA-PITA (2006a), pp. 129-148. En Chile, CONTRERAS (2011), p. 786, señala que: "... como fuente de las obligaciones, el título de crédito (...) es un acto jurídico, es decir, una declaración unilateral de voluntad...". En este mismo sentido parece pronunciarse SANDOVAL (2005), p. 22.

⁷² Se puede constatar esta diversidad de posturas al consultar GARCÍA-PITA (2006), p. 242; TAPIA (2001), p. 57-117; GARRIGUES (1958), p. 625; DE EIZAGUIRRE (2010), p. 94, y OSORIO (1968), p. 3.

⁷³ Por todos, véase Recalde (1994 a), p. 155. Esta opinión se refuerza a partir de lo dispuesto en el artículo 7º b) RUU, que establece que: "*El banco está irrevocablemente obligado a honrar desde el momento en que se emite el crédito*".

y, en consecuencia, acerca del momento en que se establece dicho vínculo, será complejo para la entidad emisora de un crédito documentario saber si está cumpliendo oportunamente con las medidas de diligencia debida en este caso⁷⁴.

Además, según cuál sea la postura que se siga al respecto, se puede correr el riesgo de ralentizar la operación de crédito documentario a través de la aplicación de las medidas de debida diligencia. Por ejemplo, si se sostiene que el vínculo entre el banco emisor y el beneficiario se establece al emitirse la carta de crédito, la obligación de comprobar la identidad del beneficiario deberá comenzar antes del aviso del crédito documentario a dicho beneficiario. Esto no resulta lógico, considerando que en la etapa inicial de esta operación el banco emisor sólo tiene trato con el ordenante, a través de la solicitud de apertura que éste le presenta. El contacto del emisor con el beneficiario no tiene lugar hasta una fase más avanzada, cuando se le notifica el crédito, habitualmente a través de un banco avisador⁷⁵.

De hecho, en la práctica, la naturaleza de la actividad empresarial o profesional del beneficiario, así como su domicilio y demás antecedentes, sólo podrán ser confirmados a partir de la notificación del crédito⁷⁶. Además, en el crédito documentario, el mejor momento para “... *conocer las características más relevantes de las operaciones que realizan* (los clientes) *y de los fundamentos en que éstas se apoyan*”⁷⁷, así como para hacer un seguimiento de la relación con el beneficiario, se da cuando se examinan los documentos requeridos en la carta de crédito⁷⁸. En tal contexto, la exigencia al banco emisor de comenzar a aplicar las medidas de diligencia debida al beneficiario antes de notificar el crédito parece excesiva, además de suponer costos en términos de tiempo y dinero que no se ajustan a la operativa diseñada por las RUU para el crédito documentario.

⁷⁴ Toso (2015), pp. 521-522.

⁷⁵ Tal como señala GUERRERO (2001), p. 40, la tarea del banco avisador es, principalmente, la de comunicar al beneficiario la apertura y condiciones de un crédito documentario abierto a su favor. Respecto de los bancos que pueden participar en la operativa de este medio de pago (bancos intermediarios), véanse los artículos 7º al 12 RUU, así como DÍAZ (2014), pp. 143-206.

⁷⁶ No se debe olvidar que el Capítulo 1-14 RAN SBIF, en su apartado II.2. establece que cada banco debe: “... *verificar y asegurarse, por los medios que estime más adecuados, que la información sobre la identificación entregada por los clientes corresponda a la realidad*”.

⁷⁷ Circular UAF N° 049/2012, apartado III. Las palabras entre paréntesis han sido agregadas por la autora.

⁷⁸ Toso (2015), pp. 21-22.

En consecuencia, lo indicado en el Capítulo 1-14 RAN SBIF no parece adecuado para determinar el momento en que el banco emisor debe conocer al beneficiario en el crédito documentario⁷⁹. Si bien, desde la perspectiva de la prevención del lavado de activos, lo ideal es que la entidad emisora aplique las medidas de diligencia debida al vincularse jurídicamente con su cliente (o incluso antes de hacerlo), el momento en que se genera dicho vínculo puede ser difícil de precisar. Por otro lado, se debe procurar que el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida se incorpore con fluidez en aquellas operaciones complejas como la que hemos examinado.

Conclusiones

1. Las entidades bancarias han de tener certeza acerca de cuándo deben crear o actualizar los perfiles del ordenante y del beneficiario del crédito para su análisis, ya que este punto constituye una de las bases de la efectividad del régimen de prevención del lavado de activos que los bancos deben adoptar. Además, ello contribuye a fijar los límites de las obligaciones que dichas entidades deben asumir, lo que, a su turno, les puede permitir utilizar de forma más eficiente los recursos que invierten en impedir el blanqueo de capitales y evitar eventuales sanciones administrativas y/o penales derivadas del incumplimiento de la normativa destinada a su prevención. Al momento de diseñar y aplicar dicha regulación se debe procurar respetar la dinámica jurídico-privada de los negocios que se desarrollan en el tráfico mercantil, en este caso, del crédito documentario. De lo contrario, podrán reducirse las posibilidades de evitar, de manera efectiva, el lavado de activos, al tiempo que provocar un eventual desincentivo en el empleo de este medio de pago.

2. En el crédito documentario, el ordenante probablemente habrá sido cliente del banco emisor de forma previa a la solicitud de apertura de la carta de crédito. Si así ocurre, según se señala en la circular UAF N° 049/2012, el banco habrá de actualizar los registros que posee de dicho ordenante, una vez efectuada la operación. Esta solución, si bien no afectará la dinámica del crédito documentario, puede no ser la más adecuada desde la perspectiva de la prevención del lavado de activos. Ello considerando que, a esas alturas, no se habrá podido impedir el eventual ingreso de dinero sucio al circuito financiero. Ahora, lo indicado por la UAF contrasta con las previsiones contempladas en el Capítulo 1-14 RAN SBIF, conforme a las cuales los registros de los clientes deben mantenerse siempre al día. Aunque esta disposición quizá es demasiado estricta permite cumplir más adecuadamente con la finalidad de prevenir el

⁷⁹ Toso (2015), p. 523.

blanqueo. Para evitar confusiones por parte de los sujetos obligados es recomendable armonizar el contenido de ambos instrumentos en este punto.

Si el ordenante no ha sido cliente del banco emisor de forma previa a la apertura del crédito documentario, la entidad habrá de aplicar las medidas de debida diligencia *desde el momento* en que se perfecciona el contrato de comisión que le une a dicho ordenante, de acuerdo con lo señalado en el Capítulo 1-14 RAN SBIF. Esta expresión utilizada por la SBIF para fijar el instante en que se debe comenzar a aplicar las medidas de debida diligencia no parece ajustarse a los estándares más elevados en la materia, que recomiendan que el banco emisor dé cumplimiento a dichas medidas, idealmente, *antes* de establecer una relación con el ordenante.

3. Es posible identificar algunos inconvenientes que podría tener que afrontar el banco emisor al intentar aplicar oportunamente las medidas de diligencia debida al beneficiario del crédito documentario. El Capítulo 1-14 SBIF establece que se debe cumplir con estas medidas respecto del cliente “... *desde el momento en que, con motivo de una operación, éste se vincula con la entidad bancaria*”. Lo primero que llama la atención es que, al no existir consenso en la doctrina acerca de la naturaleza jurídica que cabe atribuir a la relación entre el banco emisor y el beneficiario, la determinación del momento en que la entidad de crédito se vincula a su cliente dependerá de cuál sea la postura que se sustente en este ámbito. Por lo tanto, la normativa elaborada por la SBIF no parece suficiente para proporcionar certeza acerca del instante en que el banco emisor debe comenzar a aplicar las medidas de diligencia debida respecto del beneficiario, de modo que este extremo queda entregado a diversas posiciones doctrinarias, que oscilan entre considerar que la relación entre estos sujetos tiene un carácter contractual hasta comprender que el banco emisor queda obligado frente al beneficiario en razón de una declaración unilateral de voluntad.

Desde la óptica de la prevención del lavado de activos, lo ideal es que se conozca al cliente antes o al momento de vincularse jurídicamente con él. Sin embargo, y según se ha constatado, este instante puede ser difícil de determinar en el caso del crédito documentario. Además, se debe considerar que en este medio de pago el banco emisor recién tendrá la posibilidad de verificar los antecedentes del beneficiario cuando le notifique la carta de crédito y sólo podrá conocer cabalmente el negocio que se le presenta cuando dicho beneficiario acompañe los documentos para obtener el pago. En estas circunstancias, las exigencias establecidas en el Capítulo 1-14 RAN SBIF, referidas al instante en que el banco emisor ha de comenzar a aplicar las medidas de diligencia debida respecto del beneficiario, no parecen incorporarse siempre con fluidez en la dinámica de esta operación, cuestión que, eventualmente, podría mermar la efectividad de la regulación de prevención del blanqueo de capitales.

4. Lo señalado hasta ahora pone de manifiesto la necesidad de contar con una normativa adecuada en relación al momento en que un banco (en este caso, el emisor de un crédito documentario) debe conocer a sus clientes. Dicha regulación debiera contemplar alternativas que permitan satisfacer las medidas de diligencia debida en distintos momentos, sin descuidar el objetivo de prevención del lavado de activos, que constituye su principal función. En general, cuando se diseñan e interpretan las medidas de debida diligencia, se debe procurar respetar la dinámica de las operaciones que se llevan a cabo en el tráfico comercial. En el caso del crédito documentario, ello debe realizarse a fin de no desincentivar el uso de este medio de pago ni afectar la seguridad que tradicionalmente ha sido asociada al mismo. Al plantearse la revisión de la regulación de prevención del blanqueo en el futuro, puede ser conveniente observar cómo se ha abordado el tema del momento en que se deben aplicar las medidas de diligencia debida en otros territorios. En este trabajo se ha apuntado, a modo de ejemplo, lo dispuesto a nivel comunitario en la directiva (UE) N° 2015/849, de 20 de mayo, así como lo señalado en el ordenamiento jurídico español, a través de la ley N° 10/2010, de 28 de abril. A partir de lo señalado por GAFI, estos instrumentos establecen que una entidad bancaria debe conocer a sus clientes, idealmente, antes de vincularse jurídicamente con ellos. Sin embargo, formulan alternativas que permiten satisfacer estos deberes en un instante posterior, sin descuidar el objetivo de prevención del lavado de activos. En el caso del crédito documentario, el límite temporal máximo debiera situarse en el pago al beneficiario, por cuanto, una vez realizado éste, ya se podrá haber completado el primer ciclo de una operación de blanqueo de capitales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ADODO, Ebenezer (2014): *Letters of Credit. The Law and Practice of Compliance* (Oxford, Oxford University Press).
- ALIAGA MÉNDEZ, Juan Antonio (2010): *Normativa comentada de prevención del blanqueo de capitales. Adaptada a la ley N° 10/2010* (Madrid, La Ley).
- ASIA/PACIFIC GROUP ON MONEY LAUNDERING (2012): "APG Typology Report on Trade Based Money Laundering". Disponible en: http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Trade_Based_ML_APGReport.pdf [visitado el 11/3/2016].
- BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando (2012): *Manual de Derecho Mercantil*, 19ª edición (Madrid, Tecnos), vol. II.
- BLANCO CORDERO, Isidoro (2014): "Principios y recomendaciones internacionales para la penalización del lavado de dinero. Aspectos sustantivos", en: AA.VV., *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial. Edición especial para*

- el Perú* (Washington D.C., Organización de los Estados Americanos, Consejo Interamericano para el Control del Abuso de Drogas y Banco Interamericano del Desarrollo), pp. 91-224.
- _____ (2012): *El delito del blanqueo de capitales*, 3ª edición (Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi).
- _____ (1999): *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales* (Granada, Comares).
- _____ (2009): "Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (*compliance*) desde una perspectiva criminológica", en: *Eguskilore* (Nº 23), pp. 117-138.
- _____ (2002): *El delito del blanqueo de capitales* (Cizur Menor, Aranzadi).
- _____ (2001): "La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea", en: *Eguskilore* (Nº 15), pp. 7-38.
- BLASCO DÍAZ, José Luis (2015): "Capítulo II. Debida diligencia", en: VIDALES RODRÍGUEZ, Caty (Director) y FABRA VALLS, Modesto (Coordinador), *Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 41-90.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (1997): "Medios de pago internacionales", en: CALVO CARAVACA, Alfonso; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, y BLANCO-ROSALES LIMONES, Pilar, *Contratos internacionales* (Madrid, Tecnos), pp. 732-862.
- COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA (2001): "Debida diligencia con la clientela de los bancos". Disponible en: <http://www.bis.org/publ/bcbs85s.pdf> [visitado el 11/3/2016].
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2011): *Intituciones de Derecho Comercial*, 3ª edición (Santiago, Abeledo Perrot-Thomson Reuters), tomo I.
- COX, Dennis (2011): *Introduction to Money Laundering Deterrence* (Sussex, Chartered Institute for securities & Investment-ISI, John Wiley & Sons, Inc.).
- CHULIÁ VICENT, Eduardo y BELTRÁN ALANDETE, Teresa (1999): *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos* (Barcelona, J.M. Bosch Editor).
- DE EIZAGUIRRE, José María (2010): "Fundamentos del crédito documentario. Con ocasión de TS 20-may-2008/RJ Ar 4139", en: *Revista de Derecho Mercantil* (Nº 275), pp. 75-125.
- DÍAZ MORENO, Alberto (2014): "Los 'bancos secundarios' en la operación de crédito documentario", en: *Revista de Derecho Mercantil* (Nº 291), pp. 143-206.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo (2011): *Curso de Derecho Civil*, 5ª Edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo III.

- FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF) (2014): "End of the 3rd Round of Assessments and Beginning of the 4th Round". Disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/topics/mutualevaluations/documents/communique-start-4th-round-mer.html> [visitado el 11/3/2016].
- _____ (2006): "Trade Based Money Laundering". Disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/topics/methodsandtrends/documents/trade-basedmoneylaundering.html> [visitado el 11/3/2016].
- FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY (2013): "Bank's control of financial crime risks in trade finance. Thematic Review TR13/3". Disponible en: <http://www.fca.org.uk/static/documents/thematic-reviews/tr-13-03.pdf> [visitado el 11/3/2016].
- FRUTOS, Javier (2013): "La prevención del blanqueo de capitales y las herramientas informáticas: hacia la mejora de la eficacia y la eficiencia", en: *Contable* (III trimestre), pp. 35-27.
- _____ (2006a): *Derecho de títulos valores (parte general)* (Santiago de Compostela, Tórculo Ediciones).
- GAFISUD (2006): "Informe de evaluación mutua sobre lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Chile". Disponible en: http://www.gafisud.info/documentos/esp/evaluaciones_mutuas/Chile_2nda_Ronda_2006.pdf [visitado el 11/3/2016].
- GAFISUD (2010): "Informe de evaluación mutua. Antilavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo (3^a Ronda) Chile". Disponible en: http://www.gafisud.info/documentos/esp/evaluaciones_mutuas/Chile_3ra_Ronda_2010.pdf [visitado el 11/3/2016].
- GAFISUD (2012): "Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación. Las recomendaciones del GAFI". Disponible en: http://www.gafisud.info/documentos/esp/Las_Nuevas_40_Recomendaciones.pdf [visitado el 11/3/2016].
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. (1991): *Curso de Derecho Administrativo*, 3^o edición (Madrid, Civitas), vol. 2.
- GARCÍA NORIEGA, Antonio (2010): *Blanqueo y antiblanqueo de capitales. Cómo se lava el dinero. Cómo se combate el lavado* (Madrid, Difusión Jurídica).
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis (2006): "¿Revocación del crédito irrevocable confirmado? (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sec. 4^o, de 2 de septiembre de 2005)", en: *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (año 25, N^o 102), pp. 213-264.
- GARRIGUES, Joaquín (1958): *Contratos bancarios* (Madrid, s.e.).

- GOBIERNO DE CHILE (2013): "Estrategia nacional para la prevención y combate al lavado de activos y al financiamiento del terrorismo". Disponible en: <http://www.uaf.cl> [visitado el 11/3/2016].
- GÓMEZ INIESTA, Diego (1996): *El delito de blanqueo de capitales en el derecho español* (Barcelona, Cedecs).
- GUERRERO LEBRÓN, María Jesús (1998): "La responsabilidad del banco avisador en las operaciones de crédito documentario", en: *Cuadernos de Derecho y Comercio* (Nº 27), pp. 153-196.
- _____ (2001): *Los créditos documentarios. Los bancos intermediarios* (Madrid, Marcial Pons).
- HINTERSEER, Kris (2002): *Criminal Finance. The Political Economy of Money Laundering in a Comparative Legal Context* (La Haya, Kluwer Law International).
- HONG, Keejae et al. (2014): "Measuring abnormal pricing –an alternative approach. The case of US banana trade with Latin American and Caribbean Countries", en: *Journal of Money Laundering Control* (vol. 17, Nº 2), pp. 203-218.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael y PERALES VISCASILLAS, María Pilar (2003): *Derecho mercantil internacional. El Derecho uniforme* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces).
- JENSEN, Neil y CHEONG-ANN, Png (2011): "Implementation of the FATF 40 1 9 Recommendations. A perspective from developing countries", en: *Journal of Money Laundering Control* (vol. 14, Nº 2), pp. 110-120.
- JOHNSON, Jackie (2008): "Third round FATF mutual evaluations indicate declining compliance", en: *Journal of Money Laundering Control* (vol. 11, Nº 1), pp. 47-66.
- MARIMÓN DURÁ, Rafael (2002): "Análisis funcional del crédito documentario desde la perspectiva de la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en: CUÑAT EDO, Vicente y BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael (directores), *Estudios sobre jurisprudencia bancaria*, 2º edición (Cizur Menor: Aranzadi), pp. 409-446.
- MARIMÓN DURÁ, Rafael (2001): *El crédito documentario irrevocable: configuración jurídica y funcionamiento* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- MEGRAH, Maurice (1971): "The Uniform Customs and Practice for Documentary Credits", en: AA.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues* (Madrid, Tecnos), vol. 2.
- MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta (2009): *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español* (Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters).
- MUGARURA, Norman (2014): "Customer due diligence (CDD) mandate and the propensity of its application as a global AML paradigm", en: *Journal of Money Laundering Control* (vol. 17, Nº 1), pp. 76-95.

- _____ (2012): *The Global Anti-Money Laundering Regulatory Landscape in Less Developed Countries* (Farnham, Burlington, Ashgate).
- OSORIO CARBONELL, Carlos Alberto (1968): *El crédito documentado* (Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana).
- PIETH, Mark y AIOLFI, Gemma (2004): *A Comparative Guide to Anti-Money Laundering. A critical analysis of Systems in Singapore, Switzerland, the UK and the USA* (Cheltenham, Edward Elgar).
- PÉREZ LAMELA, Héctor (2006): *Lavado de dinero. Doctrina y práctica sobre la prevención e investigación de operaciones sospechosas* (Buenos Aires, LexisNexis).
- PIZARRO AMIGO, Marcela y BARROILHET ACEVEDO, Claudio (2008): “Costumbres y prácticas uniformes para los créditos documentarios UCP 600”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XXX), pp. 155-181.
- PUYO ARLUCIAGA, Ana María (2001): “Las distintas relaciones que surgen de la operación del crédito documentario y su naturaleza jurídica”, en: *Revista de Dirección y Administración de Empresas* (Nº 9), pp. 69-98.
- RECALDE CASTELLS, Andrés (1994): “El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte marítimo”, en: *Cuadernos de Derecho y Comercio* (Nº 15), pp.107-148.
- _____ (1994a): “El crédito documentario”, en: *Anuario Facultad de Derecho Universidad Alcalá de Henares* (vol. III), pp. 135-162.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan (2012): *Instituciones de Derecho mercantil*, 35ª edición (Cizur Menor, Aranzadi, Thomson Reuters), vol. I.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2001): *Derecho Comercial. Teoría general de los títulos de crédito, letra de cambio, pagaré, cheque y títulos electrónicos o desincorporados*, 5º edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo II.
- SOUDEIJN, Melvin R. J. (2014): “A critical approach to trade-based money laundering”, en: *Journal of Money Laundering Control* (vol. 17, Nº 2), pp. 230-242.
- SIMSER, Jeffrey (2013): “Money Laundering; emerging threats and trends”, en: *Journal of Money Laundering Control* (vol.16, Nº 1), pp. 41-54.
- STESSENS, Guy (2000): *Money Laundering. A New Internacional Law Enforcement Model* (Cambridge, Cambridge University Press).
- TAPIA HERMIDA, Antonio (2001): “Cuestiones fundamentales en materia de créditos documentarios”, en: *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (Nº 83, julio-septiembre), pp. 57-117.

- THE WOLFSBERG GROUP (2008): "The Wolfsberg Trade Financial Principles". Disponible en: www.wolfsberg-principles.com (visitado el 11/3/2016).
- TOSO MILOS, Angela (2015): "Prevención del lavado de activos en el crédito documentario: ¿en qué momento debe el banco emisor 'conocer' a su cliente" en: CABALLERO GERMAIN, Guillermo; LAGOS VILLARREAL, Osvaldo (directores), y OLAVARRÍA CONDAL, Claudia y SAAVEDRA KEHR, Javier (coordinadores), *Estudios de Derecho Comercial. Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Comercial 2014* (Santiago, Thomson Reuters, La Ley, Universidad Adolfo Ibáñez), pp. 505-528.
- _____ (2014): "Prevención del lavado de activos y crédito documentario: ¿a quién debe *conocer* el banco emisor? Una respuesta desde el Derecho Privado", en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (Coquimbo)* (Año 21, N° 2), pp. 401-436.
- _____ (2014a): "El problema de la calificación jurídica de las Reglas y Usos Uniformes para Créditos Documentarios de la Cámara de Comercio Internacional", en: GÓMEZ BALMACEDA, Rafael (director), PRADO PUGA, Arturo (editor), *Estudios de Derecho Comercial. III Jornadas Chilenas de Derecho Comercial* (Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile), pp. 259-285.
- TURNER, Jonathan E. (2011): *Money Laundering Prevention. Deterring, Detecting, and Resolving Financial Fraud* (Hoboken, Wiley & Sons, Inc.).
- UNIDAD DE INFORMACIÓN Y ANÁLISIS FINANCIERO DE COLOMBIA (UIAF) (2004): "Tipologías de lavado de activos y financiación del terrorismo". Disponible en: <http://www.uiaf.gov.co/nuevo/archivos/tipologiasd.pdf> [visitado el 11/3/2016].
- UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO (UAF) (2014): "UAF sancionó a 197 regulados y aplicó multas por uf 3.875 por infringir normativa antilavado de activos". Disponible en: http://www.uaf.cl/prensa/archivo_det.aspx?id=206 [visitado el 11/3/2016].
- _____ (2014a): "II Informe de tipologías y señales de alerta de lavado de activos en Chile. Análisis de las sentencias definitivas condenatorias 2007-2013". Disponible en: http://www.uaf.cl/publicaciones/senales_nac.aspx [visitado el 11/3/2016].
- URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio, y ALONSO, Ricardo (2007): "Contratos de colaboración: el contrato de comisión", en: URÍA, Rodrigo y MENÉNDEZ, Aurelio (directores), *Curso de Derecho mercantil, 2ª edición*, (Madrid, Thomson-Civitas), vol.II, pp. 163-176
- VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda (2012): "La influencia del Derecho Mercantil Internacional en la unificación del Derecho Privado Patrimonial", en: VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda y FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos (directores), *Derecho*

Mercantil Internacional. La unificación del Derecho Privado, (Santiago, Abeledo Perrot - Thomson Reuters).

VARELA MORGAN, Juan Carlos (1960): *El acreditativo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

ZDANOWICZ, John S. (2013): "International trade mispricing: trade-based money laundering and tax evasion", en: UNGER, Brigitte y VAN DEL LINDE, Daan (editores), *Research Handbook on Money Laundering* (Cheltenham, Edward Elgar), pp. 253-267.

NORMAS CITADAS

Capítulo 1-14 de la Recopilación Actualizada de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

Parte I, Título IV, Capítulo IV de la circular básica jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, C.E. 029/2014.

Circular de la Unidad de Análisis Financiero N° 0006, de 29 de julio de 2005.

Circular de la Unidad de Análisis Financiero N° 0011, de 6 de septiembre de 2006.

Circular de la Unidad de Análisis Financiero N° 0012, de 7 de septiembre de 2006.

Circular de la Unidad de Análisis Financiero N° 0016, de 28 de diciembre de 2006.

Circular de la Unidad de Análisis Financiero N° 0035, de 19 de noviembre de 2007.

Circular de la Unidad de Análisis Financiero N° 49/2012, de 3 de diciembre de 2012.

Circular de la Unidad de Análisis Financiero N° 51/2014, de 31 de diciembre de 2014.

Circular de la Unidad de Análisis Financiero N° 52/2015, de 25 de febrero de 2015.

Circular de la Unidad de Análisis Financiero N° 53/2015, de 10 de marzo de 2015.

Circular de la Unidad de Análisis Financiero N° 54/2015, de 28 de mayo de 2015.

Circular de la Unidad de Análisis Financiero N° 55/2016, de 4 de febrero de 2016.

Code of Federal Regulation (C.F.R.), Title 31; Chapter X; Part 1020.220, Customer identification programs for banks, savings associations, credit unions, and certain non-federally regulated banks.

Directiva (UE) N° 2015/849, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento UE N° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se deroga la directiva N° 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la directiva N° 2006/70/CE de la Comisión. *Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) L141/73*, de 5 de junio de 2015.

- Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten-Geldwäschegesetz (GwG) vom 13. August 2008 (BGBl. I S. 1690).
- Ley N° 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos. *Diario Oficial*, 18 de diciembre de 2003.
- Ley N° 20.393, sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Diario Oficial*, 9 de diciembre de 2009.
- Ley N° 20.818, que perfecciona los mecanismos de prevención, detección, control, investigación y juzgamiento del delito de lavado de activos. *Diario Oficial*, 18 de febrero de 2015.
- Ley N° 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Boletín Oficial del Estado (BOE) N° 103, de 28 de abril de 2010.
- Ordonnance N° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme (JO de 31.1.2009, Texte 24 sur 182).
- Reglamento de Gestión de Riesgos de Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo, aprobado por resolución de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP de la República del Perú (SBS) N° 2660-2015. *Diario Oficial El Peruano*, 18 de mayo de 2015.
- Resolución exenta de la Unidad de Análisis Financiero, DJ N° 107-038-2013, de 31 de enero de 2013.
- Resolución exenta de la Unidad de Análisis Financiero DJ N° 107-597-2013, de 26 de agosto de 2013.