



UNIVERSIDAD
DE LA REPÚBLICA
URUGUAY



FACULTAD DE
DERECHO

**EL ACCESO AL SISTEMA FINANCIERO DE LOS SUJETOS
COMPROMETIDOS POR EL LAVADO DE ACTIVOS**

*Tesis previa a la obtención del grado académico de
Máster en Derecho Comercial*

Maestranda: Matilde Umpiérrez

Tutor: Prof. Dra. Virginia Bado

Montevideo

2026

Tabla de contenido

<i>I. La inclusión financiera y la prevención del lavado de activos</i>	5
A. El de-risking en un contexto de severas políticas de prevención de lavado de activos	5
1. La cuestionada inclusión financiera	5
2. El sujeto indeseado para la inclusión financiera	9
B. La prevención del lavado de activos	11
1. El lavado de activos.....	11
2. Objetivos y recomendaciones del GAFI para la prevención del lavado de activos	19
3. Medidas imprescindibles de prevención del lavado de activos y consecuencias de su contravención.....	23
C. La práctica de de-risking	28
1. Concepto.....	28
2. Efectos.....	29
3. <i>De-risking</i> y las Recomendaciones del GAFI.....	30
<i>II. Políticas de inclusión financiera y métodos anti de-risking</i>	31
A. Panorama regional e internacional	32
1. Algunos países latinoamericanos	32
2. Unión Europea	47

3. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.....	52
B. Uruguay	55
1. El Estado subsidiario	55
2. La política de inclusión financiera en Uruguay.....	62
<i>III. Tutela del usuario de servicios financieros en Uruguay</i>	<i>75</i>
A. Régimen de protección	76
1. Ley 17.250/2000.....	76
2. Ley 16.696/1995.....	88
B. Régimen de defensa de la competencia	90
1. De-risking y actos de competencia.....	91
b. Abuso de posición dominante	103
C. Régimen sancionatorio	106
<i>Conclusiones</i>	<i>111</i>
<i>Bibliografía.....</i>	<i>115</i>

Introducción

Este trabajo aborda la exclusión del sistema financiero de ciertos sujetos como consecuencia de la política de lavado de activos. No se analiza la situación en que las instituciones de intermediación financiera restringen el acceso a servicios por motivos ajenos a las obligaciones impuestas por la normativa de prevención del lavado de activos. Asimismo, aunque el problema jurídico involucra diversas áreas del Derecho, como el penal, tributario y administrativo, este trabajo se enfoca exclusivamente en la normativa comercial y bancaria.

El objetivo general consiste en determinar si los sujetos considerados de alto riesgo en términos de prevención del lavado de activos tienen el derecho a exigir a las instituciones de intermediación financiera su aceptación como clientes y si es admisible que les nieguen el acceso a los servicios, solamente por temor a no poder gestionar eficazmente los riesgos asociados a su actividad. Si así fuere, ¿qué derechos garantizan el acceso en tales circunstancias?

En cuanto a los objetivos específicos, en primer lugar, se analiza la legislación que protege el acceso al sistema financiero de los sujetos considerados de alto riesgo en la prevención del lavado de activos. Se concede especial atención al derecho de acceso a cuentas bancarias, entendiendo que constituye la puerta de ingreso a otros servicios financieros, como el contrato de apertura de crédito y el contrato de seguros. En segundo lugar, se evalúa la intervención del Estado como un supuesto paliativo de las consecuencias de la política de lavado de activos, esto es, la exclusión resultante de la negación de acceso al sistema financiero por motivos de prevención del lavado de activos.

El trabajo pretende construir un razonamiento ordenado y lógico que permita a jueces y juristas abordar casos prácticos relacionados con la problemática en cuestión. Se adopta un enfoque deductivo con una metodología predominantemente teórica, analizando el problema desde múltiples perspectivas jurídicas, organizadas de forma subsecuente, con

el fin de identificar la regulación más apropiada para la resolución de cada caso.

I. La inclusión financiera y la prevención del lavado de activos

A. El de-risking en un contexto de severas políticas de prevención de lavado de activos

1. La cuestionada inclusión financiera

La actividad de las instituciones de intermediación financiera se ha incrementado notablemente como resultado de las políticas de inclusión financiera. Desde el 2010, más de cincuenta y cinco países se han comprometido a modificar su legislación con la finalidad de asegurar la integración financiera de sus habitantes¹.

La inclusión financiera se refiere a la capacidad que tienen las personas físicas y jurídicas de acceder a productos y servicios financieros que sean beneficiosos, asequibles y proporcionados de manera responsable y sostenible². Las entidades de intermediación financiera ofrecen una amplia gama de contratos. Sin embargo, existe un consenso en que la inclusión financiera comienza con el acceso a una cuenta corriente, una cuenta de ahorros o cualquier otro medio ofrecido por una entidad financiera, que permita realizar pagos, recibir ingresos y ahorrar dinero³. A través de esta cuenta, se infiere, se abre el acceso a los restantes servicios.

¹ BANCO MUNDIAL, «La inclusión financiera es un elemento facilitador clave para reducir la pobreza y promover la prosperidad». *Inclusión Financiera, Panorama general. Contexto.* Descargado de: <https://www.bancomundial.org/es/topic/financialinclusion/overview#1> Fecha de consulta: 22/10/2024.

² Id. Ibíd.

³ DEMIRGUC-KUNT, A., KLAPPER, L. y SINGER, D., *Financial Inclusion and Inclusive Growth: A Review of Recent Empirical Evidence*, Policy Research Working Paper 8040 (Washington: World Bank, 2017), p. 2.

En la actualidad se sostiene que la inclusión financiera es un derecho fundamental y que el acceso a los servicios financieros y a las condiciones bajo las que se administra el dinero son esenciales para asegurar una calidad de vida digna⁴. Incluso existe quienes reconocen que la inclusión financiera es parte de una estrategia más amplia para combatir la desigualdad. Se espera que contribuya a la reducción de la pobreza, al fomento del desarrollo económico y a la promoción de la estabilidad y seguridad. La falta de acceso a servicios financieros, se razona, limita el crecimiento económico, disminuye la calidad de vida y aumenta las desigualdades, sea entre ricos y pobres, hombres y mujeres o personas que viven en áreas rurales y urbanas⁵.

Sin perjuicio de lo dicho precedentemente, existe quienes plantean críticas y preocupaciones al señalar que las políticas implementadas hasta el momento no han arrojado los resultados deseados. En lugar de reducir la brecha de desigualdad, la inclusión financiera podría contribuir a generar una población sobreendeudada y marginada, tanto en términos financieros como sociales⁶. Se argumenta, en primer lugar, que la inclusión financiera podría exponer a individuos con bajos ingresos o escasa educación financiera a la adopción de decisiones financieras poco fundamentadas. En segundo lugar, se sostiene que la disparidad digital en determinadas comunidades, especialmente en áreas rurales o con recursos limitados, podría obstaculizar el acceso al sistema. La consecución de la inclusión financiera, a menudo, requiere la incorporación de tecnologías

⁴ DE CORES, C., «Los medios de pago electrónico en la Ley de Inclusión Financiera N°19.210. Perspectiva desde el derecho privado», en: *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, t. 3, año 3 (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2015), p. 79.

⁵ DURNER, T. y SHETRET, L., *Understanding bank de-risking and its effects on financial inclusion. An exploratory study* (Nueva York: Global Center on Cooperative Security-Oxfam International, 2015), pp. 5-6.

⁶ GOLDENBERG SERRANO, J. L., «Los dilemas de la inclusión financiera. Contexto y mirada desde la realidad chilena», *Revista de la Facultad de Derecho*, n°. 48 (Montevideo: Facultad de Derecho, 2020), p. 5.

financieras digitales, como aplicaciones móviles y servicios en línea, las cuales no siempre son suficientemente comprendidas para su utilización.

En 2021, *The Economist Intelligence Unit* llevó a cabo un análisis de los logros en el ámbito de la inclusión financiera. Desde 2007 la entidad publica anualmente el índice «*Microscopio Global*» con el objetivo de analizar la promoción de la inclusión financiera a escala mundial. El índice selecciona cincuenta y cinco países y los evalúa en diversas categorías. En 2018 se redefinieron las categorías y sus indicadores; en primer lugar, se estableció la categoría de gobierno y política, que examina la coordinación y el compromiso de los gobiernos con la promoción de la inclusión financiera; en segundo lugar, estabilidad e integridad, que evalúa la regulación y supervisión de las instituciones financieras; en tercer lugar, productos y puntos de venta, que analiza la variedad y accesibilidad de productos y servicios financieros para la población de menores ingresos; en cuarto lugar, infraestructura, que considera la infraestructura necesaria para facilitar el acceso y uso de servicios financieros, abarcando tecnología, sistemas de pago y normativa; y finalmente, la categoría de protección al consumidor, que evalúa las normativas adoptadas para resguardar a los consumidores de servicios financieros, incluyendo la educación financiera y la transparencia.

Luego de recopilar más de una década de datos, *The Economist Intelligence Unit* examinó los hallazgos obtenidos con el propósito de entender la interacción entre las políticas, las regulaciones y las infraestructuras de la inclusión financiera y los resultados obtenidos. El estudio arrojó conclusiones muy interesantes. En primer lugar, se determinó que, a pesar de registrarse un aumento en el acceso al sistema financiero, se identifican dificultades relacionadas con la falta de utilización de las cuentas bancarias, la presencia de burbujas de deuda y un aumento en la población en situación de pobreza⁷. En segundo lugar y

⁷ ECONOMIST IMPACT, *Repensando el Microscopio Global para la Inclusión Financiera: Reporte de hallazgos claves 2021* (Nueva York: The Economist Group, 2021), p. 4.

como conclusión fundamental, se constató que contratar cuentas bancarias sin necesidad o conceder créditos que no pueden ser reembolsados, no contribuye al aumento de la productividad, ni para las instituciones financieras, ni para las personas⁸.

Este tipo de análisis plantea la influencia de las políticas de estímulo de la inclusión financiera en los costes de los servicios financieros para quienes realmente los utilizan. Puede sostenerse, por un lado, que el aumento en el acceso a estos servicios podría generar economías de escala, reduciendo los costes para todos los usuarios. Sin embargo, en una perspectiva contraria, podría sostenerse que el incremento en la demanda de servicios financieros, estimulado por la desmesurada inclusión de personas que no pueden ser incluidas, podría llevar a un aumento de los gastos operativos. Esto debido a que las entidades de intermediación financiera tendrían que atender a una base de clientes más amplia y diversa.

A pesar de los desafíos y de las preocupaciones existentes, el impulso hacia la inclusión financiera cuenta con el respaldo de diversos organismos internacionales y regionales, considerándose, incluso, un factor clave para alcanzar varios de los Objetivos de Desarrollo Sostenible establecidos por las Naciones Unidas⁹.

Nuestro país no ha permanecido ajeno a este fenómeno. La Exposición de Motivos de la Ley 19.210/2014, de Inclusión Financiera, aborda el concepto de inclusión financiera de manera integral. La definición se sustenta en un conjunto de condiciones necesarias para su

⁸ ECONOMIST IMPACT, op. cit., p. 10.

⁹ Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS 2015-2030) representan una iniciativa impulsada por las Naciones Unidas. En la cumbre celebrada en Nueva York, Estados Unidos de América, el 25 de septiembre de 2015, se aprobó una Agenda de Desarrollo que abarca un período de 15 años, compuesta por 17 objetivos y 169 metas. Entre estas metas, se incluye de manera recurrente el acceso a servicios financieros (NACIONES UNIDAS, *Objetivos de desarrollo sostenible*. Descargado de: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/> Fecha de consulta: 22/10/2024).

desarrollo; en primer lugar, una regulación y supervisión financiera adecuadas; en segundo lugar, una oferta amplia de productos y servicios financieros de calidad, a precios razonables y ajustados a las necesidades de las personas y empresas; en tercer lugar, el establecimiento de una infraestructura física y tecnológica que incluya el acceso a canales de transacción que permitan operaciones seguras y eficientes; en cuarto lugar, el fomento de políticas de educación financiera y, finalmente, la salvaguarda de los usuarios de servicios financieros¹⁰.

2. El sujeto indeseado para la inclusión financiera

El acceso universal al sistema financiero se ve restringido por la selectividad. Las instituciones de intermediación financiera no ofrecen sus servicios de manera equitativa, sino que excluyen a quienes no consideran comercialmente atractivos. El objetivo de estas entidades es atraer clientes que no representen una amenaza para su estabilidad o integridad. Por lo tanto, antes de contratar, los potenciales clientes suelen tener que demostrar a la institución que son merecedores de su credibilidad y confianza.

Uno de los principales factores que influyen en la evaluación de la idoneidad de los clientes es su situación financiera. Aquellos que carecen de un historial crediticio sólido o cuyos ingresos son inestables o insuficientes son catalogados como no deseados. El riesgo de incumplimiento percibido por la institución puede dificultar la contratación de los servicios financieros o el acceso a tasas de interés razonables.

La relación con el cliente también desempeña un papel crucial. Los clientes que contratan una amplia gama de productos y servicios bancarios suelen ser más atractivos. Las relaciones estables y multifacéticas no solo

¹⁰ PODER EJECUTIVO, *Proyecto de Ley de Inclusión Financiera* (Montevideo: Ministerio de Economía y Finanzas, 2013), p. 2. Descargado de: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/documentos/versiones-taquiograficas/senadores/47/2642/0/CAR> Fecha de consulta: 22/10/2024.

generan mayores ingresos para la institución, sino que, fortalecen la fidelidad y aumentan el conocimiento del cliente y sus transacciones.

Las instituciones de intermediación financiera no se limitan a evaluar la capacidad de los clientes para cumplir con obligaciones financieras. También examinan diversos factores que podrían incidir en la rentabilidad de la institución, incluso a largo plazo, como la situación legal y reputacional del potencial cliente. Uno de los factores determinantes es la posible vinculación con actividades ilícitas. Así, clientes que operan en sectores o zonas con altos índices de criminalidad, aquellos con antecedentes legales negativos o que proporcionan información incompleta o inexacta, no suelen ser atractivos para las instituciones de intermediación financiera.

En este contexto, es esencial considerar que la implementación de políticas de inclusión financiera no puede realizarse de manera aislada, divorciada de las políticas de prevención del lavado de activos. Con frecuencia, las instituciones de intermediación financiera rechazan a clientes que presentan riesgos significativos de lavado de activos, lo que conlleva, en ocasiones, a incurrir en una práctica denominada «*de-risking*»¹¹.

¹¹ TOSO MILOS, A., «De-risking: una consecuencia indeseada del enfoque basado en el riesgo aplicado por los bancos en materia de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo», *Revista Chilena de Derecho*, v. 47, n° 1 (Santiago de Chile: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 2020), p 3.

B. La prevención del lavado de activos

1. El lavado de activos

a. Concepto

El lavado de activos es el proceso destinado a ocultar el origen de los fondos derivados de la realización de algunas actividades ilícitas¹². Esta práctica no se limita al dinero, sino que puede abarcar otros activos como joyas u obras de arte. Se advierte, no obstante, que el lavado de activos sobre la base de este tipo de bienes de naturaleza no fungible es infrecuente¹³.

El lavado de activos se expande en la segunda mitad del siglo XX, en buena medida debido a la aparición de nuevos tipos delictivos asociados al crimen organizado y fundamentalmente a la transnacionalización de las actividades ilícitas. Estos delitos se llevan a cabo de manera organizada y a través de estructuras jerarquizadas¹⁴. Los delincuentes se aprovechan de las diferencias legales y de los vacíos jurídicos entre los países para eludir la justicia, produciéndose el distanciamiento geográfico entre el lugar del delito y el destino de los activos, lo que resulta fundamental para lograr la apariencia de legitimidad. El distanciamiento geográfico es, pues, la primera característica de la estructura de esta maniobra delictiva. Ello ha

¹² GAFILAT, *Glosario de definiciones*. Descargado de: <https://www.gafilat.org/index.php/es/glosario-de-definiciones> Fecha de consulta: 22/10/2024.

¹³ FLEITAS VILLAREAL, S., «El bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos. Su regulación en la legislación uruguaya», *Revista de Derecho*, n°16 (Montevideo: Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, 2009), p. 153.

¹⁴ FLEITAS VILLAREAL, S., «Prevención y detección del lavado de activos», *Revista de Legislación Uruguaya*, n°7 (Montevideo: La Ley Uruguay, 2015), p. 1478.

impulsado la armonización legislativa a nivel internacional¹⁵, ya que las medidas adoptadas sólo a nivel nacional tienen efectos limitados¹⁶.

El lavado de activos es una maniobra que pretende evitar la identificación del delito que generó los activos, por ejemplo, el narcotráfico, y su conexión con los activos resultantes de esa actividad ilícita. Esto se logra mediante el ocultamiento, tanto de los bienes como de sus propietarios reales¹⁷, a través de sucesivas operaciones y contratos. Así, los fondos son reintegrados al sistema con la apariencia de haber sido obtenidos de manera legítima, procurando que circulen sin obstáculos¹⁸. Las sucesivas transacciones necesarias para lavar los activos, en general, no determinan un mayor rendimiento. La finalidad última de esta maniobra es asegurar el pacífico disfrute de los beneficios económicos obtenidos. Por lo tanto, este proceso representa un coste para su autor, coste que se ve incrementado cuanto mayor es el número de actos y contratos necesarios para lograr la deseada legitimidad¹⁹.

No existe lavado de activos sin un delito precedente. A pesar de la conexión necesaria entre ambos ilícitos, el lavado de activos funciona de manera autónoma y no depende de que el autor sea condenado por el delito

¹⁵ FLEITAS VILLAREAL, «El bien jurídico tutelado...», p. 149.

¹⁶ La cooperación internacional para prevenir el lavado de activos se evidencia en la creación en 1995 del Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera. Este grupo reúne a las unidades de inteligencia de diversos países con el propósito de colaboración mutua, intercambio de información y asistencia técnica. En Uruguay, mediante resolución del Banco Central del Uruguay, comunicada a través de la Circular 1722/2000, del 21 de diciembre, se creó la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF). Posteriormente, las leyes 17.835/2004, 18.401/2008, 18494/2009 y 19574/2017 ampliaron sus competencias y facultades. La UIAF se incorporó al Grupo Egmont en 2010.

¹⁷ ADRIASOLA, G., *El lavado de capitales desde la perspectiva de la teoría del delito* (Montevideo: Ingranusi Ltda, 2001), p. 1.

¹⁸ GAFILAT, *Glosario*, op. cit.

¹⁹ CAPARROS, E.F., «Antecedentes: Evolución de las iniciativas internacionales. Efectos del lavado de dinero. Bien jurídico tutelado. Fenomenología del lavado de dinero», en: *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial* (Montevideo: Presidencia de la República Oriental del Uruguay – Junta Nacional de Drogas, 2003), p. 45.

previo²⁰. El problema radica en determinar qué tipo de delitos son susceptibles de generar activos propicios para el lavado de activos. Existen dos modelos. En el modelo de catálogo de delitos, el legislador penal enumera taxativamente aquellos que considera como precedentes para el lavado de activos y, como consecuencia de la taxatividad, no es posible incluir otras conductas²¹. Esta estrategia ofrece claridad y certeza jurídica sobre qué actividades delictivas pueden generar activos susceptibles de ser lavados. No obstante, su rigidez puede resultar limitante al excluir del alcance de la ley ciertas conductas delictivas que, aunque no estén explícitamente mencionadas, podrían estar vinculadas al lavado de activos. En el otro modelo, se pregona la determinación de categorías genéricas que abarcan una amplia gama de actividades delictivas, consideradas más graves, sin la necesidad de enumerar exhaustivamente cada una de ellas²².

Las medidas antilavado, por su parte, tienen dos objetivos; el primero, perseguir la actividad delictiva propiamente dicha, y el segundo, afectar a los delincuentes persiguiendo los activos obtenidos ilegalmente²³. El propósito de tales medidas es privar a los delincuentes del producto de sus actividades ilícitas y, de esta manera, eliminar su principal incentivo para delinquir.

En 1998, las Naciones Unidas aprobaron la Convención Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, conocida como Convención de Viena²⁴. Este acuerdo fue el primer documento

²⁰ BLANCO CORDERO, I., «Principios y recomendaciones internacionales para la penalización del lavado de dinero. Aspectos sustantivos», en: *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial* (Montevideo: Presidencia de la República Oriental del Uruguay-Junta Nacional de Drogas, 2003), p. 141.

²¹ Uruguay adopta el modelo de catálogo de delitos. La enumeración de delitos precedentes de lavado de activos surge del artículo 34 de la Ley 19.574/2017.

²² BLANCO CORDERO, op. cit., pp. 139-140.

²³ CAPARROS, op. cit., p. 17.

²⁴ Uruguay aprobó la Convención de Viena por Ley 16.579/1994, del 21 de setiembre.

internacional en que los Estados se comprometen a legislar internamente para sancionar a quienes intenten dar apariencia legítima a los activos procedentes de actividades ilegales²⁵. Aunque la Convención de Viena significó un avance importante, su enfoque estaba dirigido específicamente a combatir el narcotráfico.

En 2000, la Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida como Convención de Palermo²⁶, introdujo por primera vez el término «blanqueo»²⁷. En esta instancia se incorporan nuevas formas de delincuencia organizada. La Convención de Palermo encomendó a los Estados ampliar la tipificación de delitos precedentes del lavado de activos y ajustar sus sistemas de fiscalización y supervisión financiera para prevenir las operaciones de lavado.

A partir de las convenciones internacionales, los Estados han tipificado el lavado de activos como un delito. Uruguay no ha sido la excepción. El Capítulo V de la Ley 19.574/2017, en los artículos 30 a 33, tipifica cuatro delitos de lavado de activos. En cuanto al ámbito subjetivo, estos delitos pueden ser cometidos por cualquier persona actuando con dolo, excluyéndose la comisión con carácter culposo²⁸. Respecto al objeto material sobre el que recae las conductas, refiere en todos los casos a los efectos de los delitos precedentes indicados en el artículo 34 de la Ley. Estos bienes, productos o instrumentos, originados en un delito anterior, tienen valor económico y puede ser objeto de derecho y comercio lícito²⁹.

²⁵ CAPARROS, op. cit., p. 10.

²⁶ Uruguay aprobó la Convención de Palermo por Ley 17.861/2004, del 28 de diciembre.

²⁷ CAPARROS, op. cit., p. 24.

²⁸ LANGÓN CUÑARRO, M., MONTANO, P. y TEXO, A., *Código Penal uruguayo y Leyes complementarias comentados*, 2ª ed. (Montevideo: Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, 2009), p. 45.

²⁹ FLEITAS VILLAREAL, S., *El delito de lavado de activos como hecho punible. Su regulación en la legislación uruguaya* (Montevideo: La Ley Uruguay, 2009), p. 73.

El artículo 30 establece lo que se denomina el delito de lavado de activos *stricto sensu*, sancionando la conversión y la transferencia. Convertir significa cambiar, modificar o transmutar los efectos del delito precedente, transformándolos en otros bienes de procedencia aparentemente lícita. La transferencia, por su parte, implica el cambio de titularidad de esos efectos hacia otras personas o destinos. La pena prevista para este delito es de dos a quince años de penitenciaría.

Los artículos 31 a 33 abordan el delito de lavado de activos en sentido amplio. El artículo 31 identifica cinco verbos nucleares, adquirir, poseer, utilizar, tener en su poder o realizar cualquier tipo de transacción, sobre los efectos del delito precedente. La norma abarca desde la simple tenencia hasta la utilización, penalizando el aprovechamiento de los efectos del delito precedente con conocimiento de su origen ilícito. Realizar cualquier tipo de transacción refiere a la ejecución de una amplia variedad de contrataciones y operaciones con relación a los efectos del delito precedente. La pena prevista en el artículo 31 es, también, de dos a quince años de penitenciaría.

El artículo 32 castiga diversas modalidades de encubrimiento material. Este delito se configura mediante el ocultamiento, supresión o alteración de los indicios de lavado de activos o el impedimento de la determinación de la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o propiedad de los efectos del delito precedente.

El artículo 33 de la Ley sanciona el encubrimiento personal. Este delito se configura mediante la asistencia, ayuda o asesoramiento, dejando explícitamente fuera de esta definición la asistencia o el asesoramiento proporcionado por profesionales a sus clientes en el ejercicio del derecho de defensa. La finalidad de la conducta es asegurar el resultado del delito precedente, obstaculizar las acciones de la justicia o eludir las consecuencias jurídicas. La pena prevista en los artículos 32 y 33 es relativamente más benigna, de doce meses de prisión a seis años de penitenciaría. Sin embargo, el artículo 33 establece que cuando se trate de

determinados delitos precedentes, la pena se incrementa a un rango de dos a seis años de penitenciaría³⁰.

b. Fases de la maniobra de lavado de activos

El lavado de activos constituye un proceso compuesto por tres fases distintivas, introducción, conversión e integración³¹.

La etapa de introducción o colocación, implica la incorporación de los bienes, principalmente el dinero, al sistema económico formal. En esta etapa se transforma el dinero en otros activos de fácil circulación, que se introducen sutilmente en el mercado económico. Los activos suelen dirigirse hacia sectores donde se atiende a un gran número de clientes que realizan pagos en efectivo por servicios de baja cuantía. En estos mercados se encuentran consumidores anónimos e indeterminados que buscan productos de primera necesidad y es usual el uso de efectivo. Todo ello dificulta el control de las transacciones³². La complejidad de esta fase hace que los Estados recurran a la colaboración de instituciones de intermediación financiera y otros actores con la finalidad de rastrear los movimientos.

La segunda fase, denominada «de conversión», tiene como objetivo asegurar el distanciamiento de los bienes adquiridos de su origen ilícito. En esta etapa se realizan diversas operaciones complejas para dificultar la conexión entre la primera operación y las subsiguientes, recurriendo incluso a contratos ficticios. Los delincuentes recurren a instituciones financieras para la rápida circulación de fondos, traspasando grandes volúmenes de dinero que a menudo cruzan fronteras estatales³³. Una vez completada esta fase, la verificación y rastreo de los bienes se vuelve muy complejo.

³⁰ LANGÓN CUÑARRO, MONTANO y TEXO, op. cit., pp. 46-50.

³¹ FLEITAS VILLAREAL, «El bien jurídico tutelado...», p. 150.

³² CAPARROS, op. cit., p. 74.

³³ FLEITAS VILLAREAL, «El bien jurídico tutelado...», p. 152.

Finalmente, en la fase de integración o reciclaje, los fondos de origen ilícito regresan al grupo delictivo mediante transferencias a organizaciones y actividades lícitas, creando la apariencia de haber sido generados de manera legítima.

Estas tres fases se superponen con frecuencia³⁴, conformando un proceso dinámico que se adapta continuamente a los controles implementados³⁵.

c. Consecuencias

A diferencia de otros delitos, el lavado de activos no ocasiona perjuicio a víctimas identificables. La víctima suele ser la sociedad en su conjunto, lo que dificulta las denuncias y la acción de las autoridades³⁶. Frente a este escenario, la respuesta legal busca la socialización del beneficio obtenido, revirtiendo los activos incautados en favor de la comunidad³⁷.

El lavado de activos tiene impacto en diversos ámbitos de la sociedad. Su tipificación busca proteger múltiples bienes jurídicos y se relaciona estrechamente con la soberanía nacional, la integridad del sistema democrático, el orden público, el orden económico, la transparencia del sistema financiero, la paz y la seguridad de los Estados³⁸.

³⁴ CAPARROS, op. cit., p. 91.

³⁵ FLORES DAPKEVICIUS, R., *Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo. Leyes N° 19574 y N° 19749* (Buenos Aires: Del Foro, 2021), p. 20.

³⁶ FLEITAS VILLAREAL, «Prevención y detección...», p. 1533.

³⁷ ZARAGOZA AGUADO, J. A., «Medidas cautelares sobre bienes en los procesos penales relativos al tráfico ilícito de drogas y en el marco de la cooperación jurídica internacional», en: *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Presidencia de la República Oriental del Uruguay-Junta Nacional de Drogas (Montevideo: Presidencia de la República Oriental del Uruguay, 2003), p. 269.

³⁸ FLORES DAPKEVICIUS, op. cit., pp. 19-20. La Convención de Viena reconoce expresamente esta conexión en su preámbulo.

Aunque la entrada de fondos ilícitos en la economía pueda parecer beneficiosa a corto plazo por su capacidad para generar empleo y proporcionar ahorro, sus consecuencias a mediano y largo plazo suelen ser perjudiciales. Se indica que el lavado de activos afecta el tipo de cambio y altera la información utilizada por las agencias internacionales de calificación crediticia. Como resultado, se rebaja el riesgo crediticio de los países afectados y se alteran las tasas de interés³⁹. Esta actividad ilegal también obstaculiza la recaudación de impuestos, lo que conlleva a una disminución de los ingresos tributarios del Estado. La pérdida de fondos públicos repercute directamente en los contribuyentes, quienes podrían verse obligados a soportar una carga adicional para compensar la escasez de recursos. El lavado de activos, por consiguiente, distorsiona los datos económicos y las estadísticas, lo que debilita el análisis macroeconómico y dificulta la formulación de políticas.

Asimismo, se agrega que la introducción clandestina de fondos ilícitos en el sistema económico perturba el funcionamiento de los mercados. El lavado de activos afecta negativamente el régimen de libre competencia. Los delincuentes involucrados no buscan obtener utilidades, sino legitimar los fondos obtenidos, sin tener en cuenta precios y costos acordes con la oferta y demanda. Los delincuentes asumen riesgos que las empresas legítimas no pueden afrontar, lo que genera distorsión en los precios y dificulta la capacidad de los negocios legales para competir en igualdad de condiciones⁴⁰.

Otro aspecto a tener presente es la participación de terceros en el proceso. Uno de los efectos perjudiciales del lavado de activos es la capacidad para socavar el funcionamiento de las instituciones. La introducción de fondos ilícitos en el sistema económico formal demanda la colaboración de personas e instituciones encargadas de realizar

³⁹ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes* (Viena: UNODC, 2011), p. 111.

⁴⁰ CAPARROS, op. cit., pp. 42-44.

controles, facilitando actos de corrupción⁴¹. Por otro lado, el involucramiento de las instituciones de intermediación financiera en actos de lavado de activos debilita la confianza en el sistema financiero y pone en riesgo su solidez y estabilidad⁴². Esto puede generar efectos negativos en la atracción de inversiones y en la reputación internacional de un país. Además, estas instituciones pueden enfrentar sanciones y medidas regulatorias que afecten su operatividad y rentabilidad, generando un impacto en todo el sector.

Por último, el lavado de activos puede provocar un incremento en la delincuencia y el surgimiento de nuevas organizaciones criminales. Los individuos que logran blanquear sus activos transmiten el mensaje de que el crimen puede resultar lucrativo y que el sistema legal carece de eficacia para enfrentarlo. Esta situación puede servir como estímulo para la proliferación de actividades delictivas, especialmente en aquellas sociedades con una pronunciada disparidad en la distribución de ingresos⁴³.

2. Objetivos y recomendaciones del GAFI para la prevención del lavado de activos

a. Objetivos

En 1989, se crea el *Grupo de Acción Financiera Internacional* (GAFI)⁴⁴, con la misión de desarrollar pautas preventivas del uso del

⁴¹ CAPARROS, op. cit., p. 77.

⁴² ZARAGOZA AGUADO, J. A., «El blanqueo de bienes de origen criminal», en: *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Presidencia de la República Oriental del Uruguay / Junta Nacional de Drogas (Montevideo: Presidencia de la República Oriental del Uruguay, 2003), p. 200.

⁴³ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, op. cit., p. 115.

⁴⁴ *Financial Action Task Force* o FATF. Institución intergubernamental establecida en 1989 en París, Francia, durante la cumbre del G-7 (en ese momento integrada por Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón y Reino Unido). Sitio oficial: www.fatf-gafi.org

sistema financiero en el lavado de activos vinculado al narcotráfico⁴⁵. Con el tiempo, el GAFI evolucionó para convertirse en un referente internacional en la prevención del lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva. Su objetivo principal es promover la implementación de medidas contra estas amenazas. El GAFI fomenta y exige a los Estados la armonización de sus normas, emitiendo recomendaciones que han influido significativamente en las legislaciones internas.

A pesar de la limitada presencia del GAFI en América Latina⁴⁶, su impulso ha dado lugar al surgimiento de organizaciones regionales con objetivos similares, como el *Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica* (GAFILAT). Esta entidad, miembro asociado del GAFI, contribuye activamente a la elaboración de las recomendaciones del GAFI y se adhiere a ellas. Para llevar a cabo sus funciones, el GAFILAT forma grupos de trabajo para fines específicos⁴⁷ con representantes de los países miembros, encargados de proponer medidas adaptadas a la realidad regional⁴⁸.

Uruguay, como miembro del GAFILAT, aprobó diversas normas para cumplir con los estándares internacionales. Actualmente se encuentra vigente la Ley 19.574/2017, del 20 de diciembre, Integral contra el Lavado de Activos, y su Decreto reglamentario 379/2018, del 12 de noviembre. Asimismo, se aprobó la Ley 19.749/2019, del 15 de mayo, contra el financiamiento del terrorismo y aplicación de sanciones financieras contra

⁴⁵ LINDNER, T., «Normas antilavado y banca privada», en: DURÁN MARTÍNEZ (Dir.), *Estudios de Derecho Administrativo*, n° 16 (Montevideo: La Ley Uruguay, 2017), p. 51.

⁴⁶ Los países latinoamericanos miembros del GAFI son Argentina, Brasil y México.

⁴⁷ Uno de los grupos de trabajo de GAFILAT se centra en el análisis de riesgos y tiene la responsabilidad de promover un equilibrio adecuado entre las políticas de inclusión financiera y las políticas de prevención de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva.

⁴⁸ FLORES DAPKEVICIUS, op. cit., p. 34.

las personas y entidades vinculadas al terrorismo, su financiamiento y la proliferación de armas de destrucción masiva, y su Decreto reglamentario 136/019, del 16 de mayo.

b. Las Recomendaciones

En 1990, los objetivos del GAFI fueron recopilados en un conjunto de directrices denominadas «*Recomendaciones*». Estas Recomendaciones requieren posterior implementación a nivel normativo por los Estados, sirviendo como criterios para la formación del Derecho interno⁴⁹.

Con base en las Recomendaciones, los Estados son evaluados para determinar su grado de cumplimiento con los estándares establecidos a nivel internacional. Los países miembros se someten a un sistema continuado de autoevaluación y evaluación mutua. Los Estados que no se ajustan a las Recomendaciones, ya sea por carecer de aprobación de normas suficientes o por aplicación inadecuada de las normas vigentes, son incluidos en listas publicadas periódicamente como Estados «no cooperantes»⁵⁰, lo que puede conllevar responsabilidades políticas⁵¹. Aunque la lista no tiene carácter coactivo en términos jurídicos, representa un elemento de presión que se materializa en la aplicación de contramedidas⁵².

⁴⁹ Las Recomendaciones del GAFI son estándares internacionales. No son vinculantes para los Estados («*soft law*»).

⁵⁰ Según la actualización del 28 de junio de 2024, integran la lista de Estados no cooperantes con el GAFI: República Popular Democrática de Corea, Irán y Birmania. La lista de Estados no cooperantes puede visualizarse en el sitio web del GAFI: <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/High-risk-and-other-monitored-jurisdictions/Call-for-action-june-2024.html> Además, el GAFI publica la lista de Estados que, aunque presentan deficiencias en su sistema de prevención, han expresado su compromiso en abordar rápidamente estas deficiencias. La lista de Estado sujetos a un mayor control puede visualizarse en el sitio web del GAFI: <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/High-risk-and-other-monitored-jurisdictions/increased-monitoring-june-2024.html> Fecha de consulta: 22/10/2024.

⁵¹ LINDNER, op. cit., p. 56.

⁵² CAPARROS, op. cit., p. 14.

Las Recomendaciones han sufrido modificaciones en varias ocasiones para reflejar la evolución del lavado de activos y sus técnicas, así como para ampliar el espectro de delitos precedentes. En 2002, como respuesta a los atentados terroristas del 11 de septiembre del año anterior, el GAFI amplió sus objetivos para incluir la lucha contra los actos y las organizaciones terroristas⁵³, y posteriormente, agregó el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva.

La crisis internacional de 2008 evidenció trastornos en el sector financiero debido a la falta de regulación suficiente. Esto llevó a un cambio de paradigma del sistema, pasando, de un modelo centrado en la confidencialidad, a otro basado en la transparencia⁵⁴. Como resultado, las instituciones financieras experimentaron un aumento significativo en la actividad regulatoria, porque se consideraba que mejorar la capacidad para medir los riesgos fortalecería el sector y estabilizaría la economía⁵⁵.

En respuesta a estos desafíos, en 2012, se realizaron revisiones a las Recomendaciones con el propósito de salvaguardar el sistema financiero. Esta es la versión más reciente de las Recomendaciones, consolidando en 40 directrices los estándares internacionales relativos al lavado de activos, financiamiento del terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva⁵⁶.

⁵³ LINDNER, op. cit., p. 54.

⁵⁴ Id. Ibíd., p. 58.

⁵⁵ STARNES, S.; KURDYLA, M.; PRAKASH, A.; VOLK, A.; WANG, S., *De-Risking and Other Challenges in the Emerging Market Financial Sector: Findings from IFC's Survey on Correspondent Banking* (Washington: International Finance Corporation - World Bank, 2017), p. 12.

⁵⁶ Aunque esta es la última versión general de las 40 Recomendaciones, se han realizado modificaciones parciales en varias recomendaciones en fechas posteriores.

3. Medidas imprescindibles de prevención del lavado de activos y consecuencias de su contravención

a. El deber de informar

Debido a la complejidad que supone la investigación del lavado de activos mediante los métodos convencionales, los sistemas de prevención establecidos por los Estados imponen la realización de ciertos controles a determinadas actividades y profesiones del sector privado. El GAFI sostiene que estos actores están en mejor posición que las autoridades para identificar el origen de los fondos manejados por sus clientes y detectar operaciones que presenten rasgos inusuales o sospechosos⁵⁷.

En Uruguay, el criterio de los obligados a informar las operaciones sospechosas, los «sujetos obligados», es amplio.

Según el artículo 12 de la Ley 19.574/2017, la obligación alcanza a todas las personas, físicas o jurídicas, sujetas al control del Banco Central del Uruguay. El artículo 37 de la Carta Orgánica del Banco Central del Uruguay, aprobada por la Ley 16.696/1995, del 30 de marzo, modificada posteriormente por la Ley 18.401/2008, del 24 de octubre, establece que el organismo, a través de la Superintendencia de Servicios Financieros⁵⁸, regula y fiscaliza todas las entidades que conforman el sistema financiero, independientemente de su naturaleza jurídica. La norma esclarece que el sistema financiero incluye a las instituciones de intermediación financiera, las entidades que prestan servicios financieros de cambio,

⁵⁷ Se plantea la duda sobre la idoneidad de trasladar la responsabilidad de la supervisión de las actividades económicas desde las autoridades públicas a los agentes privados, ya que esto podría resultar en un incremento desproporcionado del control social sobre actividades legítimas vinculadas al desarrollo económico. (ADRIASOLA, G., «El lavado de dinero del narcotráfico y la responsabilidad de las entidades financieras», en: López Goldaracena, *Secreto Bancario en el Uruguay*, 2ª ed. [Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996], p. 30).

⁵⁸ La Superintendencia de Servicios Financieros del Banco Central del Uruguay es un órgano desconcentrado a cargo de un Superintendente. La Ley le atribuye competencias de regulación, supervisión y control del sistema financiero.

transferencias, de pago y cobranzas, cofres, créditos y similares, las casas de cambio, las administradoras de fondos de ahorro previsional y los fondos que administran, las empresas de seguros, reaseguros y mutuas de seguros, las bolsas de valores, los intermediarios de valores, las entidades de custodia, compensación y liquidación de valores, las administradoras de fondos de inversión, los fiduciarios profesionales, los fondos de inversión, los fideicomisos financieros de oferta pública, los proveedores de servicios sobre activos virtuales que se definan como financieros y los emisores de oferta pública. Se incluye, asimismo, a todas las entidades que realizan colocaciones e inversiones financieras con recursos propios o con créditos otorgados por determinados terceros, las que asesoran en negocios financieros sin asumir riesgo, las que prestan servicios de transferencias de fondos o de compraventa de activos virtuales⁵⁹ y,

⁵⁹ Se ha planteado un debate en torno a la inclusión de las operaciones con activos virtuales bajo la regulación y control del Banco Central del Uruguay, cuestionándose si todos los activos virtuales deben necesariamente someterse a la normativa financiera. La exposición de motivos del proyecto de la reciente Ley 20.345/2024, del 10 de septiembre, diferencia entre categorías de activos virtuales, tomando en cuenta las características de los instrumentos y la naturaleza de las actividades asociadas. En particular, se ha argumentado que los activos virtuales de intercambio, como son las conocidas criptomonedas Bitcoin o Ether, utilizados principalmente como medio de intercambio, adquisición de bienes o servicios, o como inversión, deberían quedar fuera del ámbito de regulación del sistema financiero. Esto se fundamenta en que dichos activos no cumplen con la definición de activos financieros tradicionales, asemejándose más bien a prácticas como el trueque o el pago en especie. En consecuencia, su supervisión por parte del Banco Central del Uruguay sería inapropiada.

Si el propósito de incluir a estos activos bajo la supervisión del Banco Central del Uruguay radica en aspectos de prevención del lavado de activos, se ha sugerido que la fiscalización podría recaer en la Secretaría Nacional para la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo (SENACLAFT). Este enfoque permitiría mantener un control efectivo en materia de prevención del lavado de activos, sin desnaturalizar la función bancocentralista en el ámbito financiero. Conforme a nuestro parecer se han manifestado recientemente GÁMBARO ROGLIA, X. y GAMARRA PAOLI, M. «Criptoactivos y su regulación en el derecho uruguayo: algunos comentarios a la recientemente aprobada ley de activos virtuales N° 20.345», en: AA.VV., *Semana académica en homenaje a la Prof. Emérita Dra. Nuri E. Rodríguez Olivera*, Instituto de Derecho Comercial (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2024), pp. 92-96.

finalmente, las que prestan servicios auxiliares para el sistema financiero, como auditorías externas, calificadoras de riesgo y procesadoras de datos.

Por su parte, el artículo 13 de la Ley 19.574/2017, detalla los sujetos obligados fuera del sector financiero, abarcando una amplia gama de entidades y profesiones. La norma incluye a los casinos, los intermediarios en transacciones inmobiliarias con excepción de los arrendamientos, los abogados actuando por cuenta de sus clientes en ciertas transacciones, los escribanos participando en ciertas transacciones, los rematadores, los intermediarios en compraventa de antigüedades, obras de arte, metales y piedras preciosas, los explotadores y usuarios de zonas francas, los proveedores de servicios societarios y fideicomisos que realicen habitualmente ciertas transacciones para sus clientes, las organizaciones sin fines de lucro, los contadores públicos que participen en ciertas operaciones para sus clientes, las administradoras de fondos de ahorro previsional y las sociedades anónimas deportivas.

El objeto de la obligación de informar alcanza a las transacciones, independientemente de si han sido concluidas o no, que se consideren inusuales según los usos y costumbres de la actividad, que carezcan de una justificación económica o legal evidente o exhiban una complejidad inusual o sin fundamento. También se requiere informar sobre transacciones vinculadas a activos con sospechas de origen ilícito. Estas operaciones deben ser notificadas a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) del Banco Central del Uruguay, encargada de analizar y evaluar la información recibida. Los sujetos deben, asimismo, mantener la confidencialidad, por lo que no podrán advertir a sus clientes sobre el reporte realizado.

b. La gestión del riesgo

La administración o gestión del riesgo consiste en un conjunto de medidas llevadas a cabo por los sujetos obligados para detectar operaciones inusuales o sospechosas. El objetivo es determinar quién es

el beneficiario final de la maniobra de lavado de activos y supervisar las transacciones en las que participen los clientes.

Se establecen tres ejes principales. En primer lugar, el conocimiento del cliente, lo que implica la recopilación de sus datos personales y profesionales, así como la verificación efectiva de la información proporcionada⁶⁰. Esta etapa incluye la investigación dirigida a obtener detalles sobre el propósito de la relación comercial y la naturaleza de los negocios a realizar⁶¹. En segundo lugar, el seguimiento de la actividad del cliente mediante un monitoreo constante de modo de verificar la regularidad de las operaciones y la legitimidad de los fondos involucrados. Así, el sujeto obligado controla la coherencia entre las actividades esperadas y la actividad real del cliente. Finalmente, corresponde la conservación de los registros, de forma tal que permita la reconstrucción de las transacciones realizadas por el cliente⁶².

Uno de los cambios más importantes de las 40 Recomendaciones, en 2012, fue la sustitución del enfoque basado en reglas por el enfoque basado en riesgos. Este nuevo enfoque aboga por una asignación más eficiente de recursos en la gestión del riesgo. Según esta perspectiva, las medidas adoptadas por los sujetos obligados deben ser proporcionales, ajustadas a la naturaleza de los riesgos y enfocadas en los clientes de mayor riesgo. Así, cuanto mayor es el riesgo de lavado de activos, más fuertes han de ser las medidas implementadas para mitigarlo y más frecuentes han de ser los controles. En cambio, cuando el riesgo es menor, se puede reducir la intensidad y frecuencia de las medidas⁶³.

⁶⁰ FLEITAS VILLAREAL, «Prevención y detección...», p. 1522.

⁶¹ FLORES DAPKEVICIUS, op. cit., pp. 96-97.

⁶² FLEITAS VILLAREAL, «Prevención y detección...», pp. 1524-1525.

⁶³ DE KOKER, L., SINGH, S., y CAPAL, J., «Closure of Bank Accounts of Remittance Service Providers: Global Challenges and Community Perspectives in Australia», en: *University of Queensland Law Journal*, v. 36, n° 1 (Australia: Universidad de Queensland, 2017), p. 126.

Para evaluar el riesgo asociado a cada cliente, se consideran diversos factores, que incluyen la ubicación geográfica, los sectores de actividad, la naturaleza jurídica, los canales de distribución y los cargos públicos ejercidos⁶⁴. Los clientes que operan en jurisdicciones no colaboradoras con el GAFI se consideran particularmente riesgosos, dado que estas jurisdicciones pueden tener regulaciones laxas o insuficientes para combatir el lavado de dinero. Las personas jurídicas, especialmente con participaciones al portador, así como las organizaciones sin fines de lucro, también representan una mayor preocupación. Otro aspecto importante es el riesgo asociado a quienes actúan en nombre de terceros, ya que aumenta la opacidad y puede implicar un ocultamiento del beneficiario final de las operaciones. Por último, el riesgo relacionado con las personas políticamente expuestas, es decir, aquellas que ocupan o han ocupado cargos públicos prominentes, es significativo debido a su acceso a recursos públicos y su alta exposición a posibles actos de corrupción.

c. Incumplimiento de las obligaciones de gestión y reporte

El incumplimiento de las obligaciones asociadas a la gestión del riesgo, la administración ineficaz o el incumplimiento de la obligación de reporte de las operaciones inusuales o sospechosas, acarrea diversas consecuencias negativas para el sujeto obligado. Algunas son meramente reputacionales, como el desprestigio y la publicidad negativa. Otras son pecuniarias, como las multas, e incluso el procedimiento puede derivar en sanciones más severas como ser la revocación de la autorización para operar.

Tratándose de instituciones de intermediación financiera, la mera revelación pública de negligencia en la prevención del lavado de activos, sea real o percibida, puede afectar la capacidad de la institución para

⁶⁴ FUJII-RAJANI, R., «Money Remitters Left Out in the Cold: Blanket De-Risking Policies, Counterterrorism and Government Intervention in New Zealand», en: *Auckland University Law Review*, v. 23 (Nueva Zelanda: University of Auckland, 2017), p. 215.

mantener relaciones comerciales sólidas y establecer otras nuevas. Los clientes, inversores y organismos de supervisión suelen ser muy celosos al relacionarse con entidades financieras vinculadas con operaciones sospechosas. Esta desconfianza puede tener un impacto en el valor de la marca de la institución, dificultando su crecimiento y desarrollo a largo plazo⁶⁵.

Además del riesgo reputacional, las entidades financieras se exponen a acciones legales y sanciones por parte de las autoridades reguladoras y supervisoras. El GAFI, en su Recomendación 27, subraya la importancia de que los supervisores cuenten con facultades adecuadas para monitorear a las instituciones financieras con el fin de asegurar el cumplimiento de las medidas de prevención del lavado de activos. Estas facultades incluyen la realización de inspecciones y la imposición de sanciones. La Recomendación 35 indica que las sanciones deben ser eficaces, proporcionales y disuasivas, no limitándose únicamente a las instituciones financieras, sino extendiéndose a sus directores y alta gerencia.

En este contexto, Uruguay estableció medidas punitivas para aquellos sujetos obligados que no cumplan con sus obligaciones. El Banco Central de Uruguay, de acuerdo con el artículo 12 de la Ley 19.574/2017, tiene la facultad de aplicar sanciones en caso de incumplimientos por los sujetos del sector financiero.

C. La práctica de de-risking

1. Concepto

Se denomina *de-risking* a la práctica consistente en la restricción de las relaciones comerciales con clientes o categorías de clientes con el fin de evitar el riesgo, en vez de gestionarlo⁶⁶.

⁶⁵ DURNER y SHETRET, op. cit., p. 11.

⁶⁶ GAFI, *Clarifies risk-based approach: case-by-case, not wholesale de-risking* (Paris: FATF, 2014). Descargado de: <https://www.fatf->

Las obligaciones que supone una gestión eficiente de los riesgos y las sanciones por incumplimiento llevan a los sujetos obligados a elegir entre dos enfoques para preservar su rentabilidad. De un lado, pueden gestionar los riesgos, lo que implica destinar recursos adicionales a la implementación de medidas preventivas y asumir el aumento de costes operativos, que inevitablemente se reflejan en el precio de los servicios ofrecidos. De otro lado, pueden eliminar el riesgo mediante la restricción de las relaciones comerciales con ciertos sujetos o categorías de clientes considerados de mayor riesgo en materia de lavado de activos. En este caso, el riesgo no se administra, sino que se evita. Precisamente, cuando se opta por la eliminación del riesgo, se produce el acto de *de-risking*.

2. Efectos

La práctica del *de-risking* se ha reconocido como una falencia en el mercado financiero. Se han detectado los siguientes efectos.

En primer lugar, se advierte que la eliminación del riesgo, en lugar de disminuirlo, tiende a incrementar la probabilidad de lavado de activos.

En segundo lugar, se afirma que el *de-risking* desarrolla un mercado paralelo y al margen del sistema financiero formal, en el cual no intervienen agentes regulados. Ante la discriminación y la falta de acceso a los sistemas financieros convencionales, los sujetos considerados de alto riesgo se ven obligados a actuar a través de vías menos controladas, lo que disminuye la transparencia y dificulta la supervisión⁶⁷.

En tercer lugar, se señala que operar en vías no supervisadas puede elevar los costes, ya que estos mercados se convierten en la única opción de servicios financieros disponibles para los excluidos del sistema financiero formal⁶⁸.

gafi.org/en/publications/Fatfgeneral/Rba-and-de-risking.html Fecha de consulta: 22/10/2024.

⁶⁷ GAFI, *Clarifies...*, op. cit.

⁶⁸ DURNER y SHETRET, op. cit., p. 19.

En cuarto lugar, a medida que más entidades adoptan políticas de *de-risking*, el riesgo en términos de prevención del lavado de activos se concentra en un número reducido de instituciones de intermediación financiera. Estas instituciones, sobrecargadas por la concentración de riesgo, se ven igualmente motivadas a adoptar políticas de *de-risking*, contribuyendo, así, a un incremento del problema⁶⁹.

En quinto lugar, se observa que, aunque todas las partes involucradas, como las instituciones de intermediación financiera, los reguladores y los clientes, tomen decisiones de manera racional, los resultados obtenidos son contrarios al objetivo común de promover la inclusión financiera⁷⁰, por lo cual la práctica falla desde el incentivo.

En conclusión, la falta de acceso a servicios financieros impulsa a los sujetos rechazados a buscar alternativas en entornos que no están preparados para gestionar adecuadamente los riesgos asociados al lavado de activos. A pesar de que las transacciones siguen llevándose a cabo, ocurren fuera del ámbito formal, lo que socava la eficacia de los controles y debilita los esfuerzos de prevención.

3. *De-risking* y las Recomendaciones del GAFI

El GAFI se inclina decididamente por el modelo de gestión del riesgo. Según las 40 Recomendaciones, la gestión del riesgo implica una evaluación detallada de cada caso y no supone la exclusión automática de categorías generales de clientes. Esto se desprende de la Recomendación 1, titulada «*Evaluación de riesgos y aplicación de un enfoque basado en riesgo*». Los Estados deben exigir a las instituciones financieras que ante la identificación de riesgos significativos implementen medidas intensificadas para manejar, administrar y mitigar adecuadamente esos riesgos.

⁶⁹ FUJII-RAJANI, op. cit., p. 218.

⁷⁰ DURNER y SHETRET, op. cit., p. 3.

En 2016, el GAFI emitió pautas y aclaraciones sobre el fenómeno del *de-risking*, resaltando la importancia de que los reguladores aseguren que las instituciones financieras adopten medidas alineadas con las 40 Recomendaciones. En esta instancia, el GAFI rechaza claramente el modelo de la restricción de las relaciones comerciales con categorías de clientes potencialmente riesgosos. Enfatiza, en cambio, que las instituciones financieras deben realizar una evaluación individualizada y, sólo cuando se determine que los riesgos de lavado de activos no pueden mitigarse a través de medidas de diligencia debida, se justificaría la finalización de la relación comercial con el cliente⁷¹.

El GAFI ha expresado una preocupación especial por las implicaciones de la exclusión financiera. En este contexto, ha llevado a cabo investigaciones sobre las razones e impactos derivados de la implementación incorrecta de las 40 Recomendaciones con el fin de explorar opciones que puedan reducir los efectos indeseados del *de-risking*. Según el análisis, esta práctica es resultado de una variedad de factores complejos e interrelacionados, cada uno con su propio nivel de importancia, siendo la rentabilidad el principal impulsor. Dicho esto, el GAFI también reconoce que, aunque la normativa de prevención del lavado de activos no sería la principal causa del *de-risking*, su mejora podría contribuir a resolver el problema⁷².

II. Políticas de inclusión financiera y métodos anti *de-risking*

Los sujetos que realizan actividad financiera desempeñan una función esencial en la sociedad al actuar como mediadores o intermediarios entre quienes disponen de excedente de recursos

⁷¹ GAFI, *FATF Guidance. Correspondent Banking Services* (París: FATF/OECD, 2016), p. 18.

⁷² GAFI, *High-Level Synopsis of the Stocktake of the Unintended Consequences of the FATF Standards* (París: FATF, 2021), p. 2. Descargado de: <https://www.fatf-gafi.org/publications/financialinclusionandnpoissues/documents/unintended-consequences-project.html> Fecha de consulta: 22/10/2024.

financieros y quienes los necesitan⁷³. La actividad tradicional de las instituciones de intermediación financiera consiste en captar los recursos a través de contratos de depósito irregular y transferirlos a terceros mediante contratos de préstamo⁷⁴, posibilitando el impulso de las actividades productivas⁷⁵. Las entidades de intermediación financiera no solo facilitan ese flujo, asumiendo el riesgo de la actividad, sino que, también, contribuyen al desarrollo económico al ofrecer seguridad en las transacciones que se realizan de manera estructurada y controlada⁷⁶.

Aunque los Estados han desarrollado numerosas iniciativas para facilitar el acceso al sistema financiero, se han identificado obstáculos que dificultan su completa implementación. Uno de ellos es la adopción de políticas de *de-risking* por parte de las instituciones de intermediación financiera. Ante esta situación, los Estados se enfrentan al desafío de conciliar el acceso al sistema financiero con la prevención del lavado de activos.

A. Panorama regional e internacional

1. Algunos países latinoamericanos

En Latinoamérica, Colombia y Perú han sido los países mejor posicionados en términos de accesibilidad a los servicios financieros⁷⁷. Para encabezar la *pole position* el «*Microscopio Global*» observa la

⁷³ OLIVERA GARCÍA, R., *Cuestiones de derecho bancario* (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2015), pp. 113-114.

⁷⁴ DE CORES HELGUERA, C. J., *Introducción al derecho de los servicios financieros* (Montevideo: La Ley Uruguay, 2009), p. 25.

⁷⁵ OLIVERA GARCÍA, R., *Manual de derecho bancario*, t.I (Montevideo: Instituto de estudios empresariales de Montevideo, 1989), p. 15.

⁷⁶ STARNES, KURDYLA, PRAKASH, VOLK y WANG, op. cit., p. 10.

⁷⁷ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *Microscopio global de 2018, Microscopio global de 2019 y Microscopio global de 2020*. Descargados de: <http://www.eiu.com/landing/Global-Microscope> Fecha de consulta: 22/10/2024.

facilidad para abrir una cuenta bancaria, sin enfrentar requisitos excesivos y, en este aspecto, estos países han liderado la lista durante varios años⁷⁸.

a. Colombia

El derecho colombiano considera a la actividad bancaria como un servicio público⁷⁹. La Corte Constitucional ha argumentado que la relevancia de esta actividad en una sociedad económicamente organizada, junto con la necesidad de que sea constante, regular y accesible, justifican su clasificación como servicio público⁸⁰. Las instituciones de intermediación financiera, sean públicas, privadas o mixtas, operan bajo una autorización otorgada por el Estado para cumplir uno de sus fines, por lo que, si bien cuentan con ciertas prerrogativas inherentes a la actividad, están obligadas a respetar condiciones mínimas que salvaguarden los derechos de los usuarios. La Corte Constitucional destacó que el interés público en la actividad bancaria se refleja en la garantía de igualdad de trato en el acceso a los servicios financieros para todos los usuarios. Así, ha entendido que toda negativa de servicios debe basarse en criterios objetivos y razonables que impliquen un riesgo real para la solvencia y estabilidad de las entidades financieras⁸¹.

⁷⁸ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *Microscopio global de 2018. El entorno propicio para la inclusión financiera y la expansión de los servicios financieros digitales* (Londres: EIU, 2018), p. 10.

⁷⁹ En 1991 sucedió en Colombia lo que se denominó la «constitucionalización del derecho financiero» a través de la incorporación del artículo 335 a la Constitución. Este artículo establece que la actividad financiera, así como cualquier otra actividad vinculada con la administración de fondos captados del público, es de interés público y sólo puede ser ejercida con la aprobación previa del Estado. Además, indica que se promoverá la democratización del crédito. (JIMÉNEZ GIL, W., «La constitucionalización del derecho financiero en el derecho colombiano», *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, n°7, pp. 145-165 [Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, 2014], p. 145).

⁸⁰ Sentencia SU-157/1999 de 10/03/1999. Corte Constitucional de la República de Colombia.

⁸¹ Sentencia T-585/2013 de 29/08/2013. Corte Constitucional de la República de Colombia.

Para promover la inclusión financiera en Colombia se han implementado diversas estrategias, fomentando la colaboración entre los sectores público y privado. Entre las medidas adoptadas para facilitar el acceso a productos financieros se encuentra la introducción de las cuentas de ahorro de trámite simplificado, conocidas como «CATS». Estas cuentas son ofrecidas a personas físicas y permiten la activación a través del teléfono celular, utilizando como identificación la cédula de identidad y fecha de expedición. Entre los años 2017 y 2018, el número de cuentas de ahorro de trámite simplificado aumentó significativamente, alcanzando 2.300.000 cuentas activas⁸².

En 2015, se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo que estableció objetivos en materia de inclusión financiera para el período 2014-2018, entre ellos, el aumento de adultos con una cuenta de ahorro activa⁸³. Además, en 2016, la Comisión Intersectorial para la Inclusión Financiera dictó la Estrategia Nacional de Inclusión Financiera, que estableció diversas líneas de acción, incluyendo la promoción del uso de productos financieros, la digitalización de los pagos, los seguros inclusivos y el acceso a los servicios financieros en las zonas rurales, acompañado de una estrategia de educación económica y financiera. Estos avances han sido apoyados en la Ley 1328/2009, del 15 de julio, que requirió a las instituciones financieras el desarrollo de programas de educación para sus clientes, y en la Ley 1450/2011, del 16 de junio, que dispuso que el Ministerio de Educación Nacional incluyera la educación económica y financiera en los programas educativos.

Actualmente, diecinueve de cada veinte adultos en Colombia cuentan con al menos un producto o servicio financiero⁸⁴. La cuenta de ahorros es el producto más extendido, con el 80,70% de la población adulta

⁸² BANCA DE LAS OPORTUNIDADES Y SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, *Reporte de Inclusión Financiera 2018* (Bogotá, 2019), p. 42.

⁸³ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, «*Microscopio global de 2018...*», p. 31.

⁸⁴ BANCA DE LAS OPORTUNIDADES Y SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, *Reporte de Inclusión Financiera 2023* (Bogotá, 2024), p. 6.

poseyendo al menos una. En términos de uso, se observa una tendencia favorable, ya que el número de adultos con al menos un producto activo aumentó, de 29.100.000 en 2022, a 31.300.000 en 2023⁸⁵.

La estrategia reguladora de Colombia ha permitido establecer una normativa proporcional con la prevención del lavado de activos. Sin embargo, a pesar de los logros obtenidos, existen sectores que aún enfrentan limitaciones significativas para acceder a productos y servicios financieros, especialmente en el caso del sector minero⁸⁶. Las restricciones varían según la escala de la actividad minera, el tipo de mineral explotado y la etapa del proyecto. En particular, la minería artesanal y de pequeña escala se ha visto afectada por la naturaleza informal del sector, la falta de liquidez y las dificultades para realizar la evaluación de riesgos. Las entidades financieras asocian la financiación de la actividad minera con delitos como el lavado de activos y la minería ilegal. Esto ha llevado a la aplicación de medidas de *de-risking* sobre este sector⁸⁷.

A partir del segundo semestre de 2019 se ha evidenciado mayores restricciones por parte del sistema financiero para vincularse con mineros, principalmente en el subsector de metales preciosos y piedras preciosas y semipreciosas. Para abordar esta problemática, se sancionó la Ley 2.177/2021, del 30 de diciembre, que busca mejorar la vinculación del sector minero con los servicios financieros a través de la facilitación del acceso a la información minera por las instituciones financieras. La norma establece modelos de gestión de riesgos específicos para el rubro y

⁸⁵ Id. Ibíd., p. 20.

⁸⁶ VERGARA, J., AGUILAR, T. y MARÍN DEVIA, L. F., «Inclusión financiera en el sector minero colombiano: avances y recomendaciones de política pública»; en: *Ensayos sobre inclusión financiera en Colombia*, v. II (Bogotá: Asobancaria, 2022), p. 142.

⁸⁷ Las restricciones en el acceso al sistema financiero por el sector minero no son exclusivas de Colombia, sino que se han detectado situaciones similares en otros países. Por ejemplo, en Perú, la inclusión financiera para el sector de la minería artesanal de pequeña escala alcanza solo el 40% (cuarenta por ciento) y muchos mineros que acceden a créditos bancarios lo hacen a nombre propio, sin informar sobre sus actividades mineras (Id. Ibíd., p. 144).

proporciona herramientas para una mejor comprensión de su estructura y funcionamiento. Asimismo, establece expresamente que el mero hecho de pertenecer al sector minero no constituye una razón objetiva para la denegación del acceso a los productos o servicios financieros. Por otro lado, la Agencia Nacional de Minería y el Ministerio de Minas y Energía han desarrollado una plataforma web que facilita el acceso y verificación de la información minera por las instituciones de intermediación financiera. Además, se emitió una guía metodológica para entender los requisitos que deben cumplir los agentes dedicados a la minería. Estas iniciativas buscan reducir la estigmatización asociada con el sector⁸⁸.

En línea con estas preocupaciones ante los actos de *de-risking*, se destaca asimismo la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en relación con sujetos considerados de alto riesgo en materia de prevención del lavado de activos por contar con antecedentes penales⁸⁹. En el año 2025, la Corte analizó el caso de un ciudadano al que diversas instituciones le habían negado la apertura de una cuenta bancaria debido a la existencia de antecedentes penales, pese a haber cumplido ya su condena, así como a la presencia de una investigación penal en curso. La Corte concluyó que estas circunstancias, por sí solas, no constituyen causales objetivas y razonables suficientes para denegar el acceso a servicios financieros. En consecuencia, determinó que la negativa automática de vinculación al sistema financiero vulnera derechos fundamentales vinculados con el trabajo y la reinserción social del individuo.

La Corte sostuvo que las políticas de prevención del lavado de activos no pueden aplicarse de forma automática o indiscriminada, sino que deben basarse en un análisis individualizado del riesgo. En el caso concreto, ordenó a las instituciones de intermediación financiera

⁸⁸ VERGARA, J., AGUILAR, T. y MARÍN DEVIA, L. F., op. cit, pp. 157-168.

⁸⁹ Sentencia T-113/2025 de 28/03/2025. Corte Constitucional de la República de Colombia.

reconsiderar la solicitud del accionante y dispuso que el organismo regulador emitiera lineamientos regulatorios destinados a orientar a las instituciones en la aplicación de criterios objetivos y razonables para la vinculación de clientes con antecedentes penales.

b. Perú

En 2015, Perú lanzó su Estrategia Nacional para la Inclusión Financiera (ENIF) mediante el Decreto Supremo 191/2015-EF, del 21 de julio. Esta estrategia tiene como objetivo promover el acceso y el uso de servicios financieros integrales que sean confiables, eficientes, innovadores y adecuados para los diversos segmentos de la población. Para alcanzar la meta, se establecen tres pilares básicos, acceso, uso y calidad, delineando acciones específicas para alcanzarlos.

En 2018, en el marco de la implementación de la ENIF, la Superintendencia de Banca y Seguros de Perú actualizó la regulación de las «Cuentas básicas» mediante la Resolución SBS 2891/2018, con el propósito de simplificar e impulsar su adopción. Estas cuentas, establecidas en 2011, son cuentas de ahorro en moneda nacional dirigidas a personas físicas y pueden ser abiertas únicamente presentando el documento de identidad. Sin embargo, para prevenir el lavado de activos, están sujetas a ciertas restricciones, como saldo máximo y guardar unos límites en depósitos y retiros. Esto ciertamente creó un obstáculo. A finales de 2018 solo tres entidades financieras ofrecían las Cuentas básicas debido a los bajos saldos de ahorro asociados y los costos considerables de distribución del producto entre la población, lo que afectó la rentabilidad de las instituciones financieras. Ante esta situación, el Banco de la Nación de Perú, con amplia cobertura geográfica, se involucró en la promoción y expansión de estas cuentas⁹⁰.

⁹⁰ Política Nacional de Inclusión Financiera de la República del Perú, aprobada por Decreto Supremo 255-2019-EF, del 3 de agosto de 2019. Ministerio de Economía y Finanzas.

En 2019, Perú aprobó la Política Nacional de Inclusión Financiera (PNIF) mediante el Decreto Supremo 255/2019-EF, del 3 de agosto, con el objetivo de generar confianza en el sistema financiero, garantizar una oferta de servicios financieros adecuada a las necesidades de la población, reducir las fricciones en el mercado, desarrollar la infraestructura digital necesaria para incrementar la cobertura y fortalecer la coordinación institucional.

Una característica destacada de la política de inclusión financiera de Perú es el impulso a la digitalización⁹¹. En respuesta a la pandemia del COVID-19, el Banco de la Nación desarrolló la «Cuenta DNI», regulada por la Ley 31.120/2021, del 22 de enero. El objetivo es que para el año 2025 cada ciudadano peruano cuente con una Cuenta DNI, la cual se abre automáticamente y de manera obligatoria mediante un proceso totalmente digital⁹². Esta cuenta permite retirar efectivo de cajeros automáticos sin necesidad de utilizar ningún medio físico, utilizar saldos a través de billeteras electrónicas y realizar pagos en comercios físicos y digitales. La entidad financiera está obligada a adoptar las medidas de prevención de lavado de activos que resulten aplicables a cada situación. La normativa faculta al Banco de la Nación de Perú a cerrar la Cuenta DNI en caso de que detecte o tenga indicios de que está siendo utilizada para actividades ilegales, como fraude o lavado de activos. Como resultado del impulso de

⁹¹ Perú ha adoptado diversas medidas regulatorias para fomentar el uso y crecimiento de los pagos electrónicos. Entre ellas, destaca la Ley 29985/2013, del 16 de enero, que establece las bases del dinero electrónico como un instrumento clave para la inclusión financiera. Asimismo, el Banco Central de Reserva del Perú ha emitido diversas circulares con el objetivo de regular y promover la adopción de tecnologías financieras. En este marco, en 2016 se lanzó el producto financiero Billetera Móvil, denominado «BIM», que permite a los usuarios realizar desde su teléfono celular retiros y otros movimientos sin necesidad de contar con cuentas bancarias y sujetos a reglas de prevención de lavado de activos.

⁹² HINOSTROZA, A. y RAMIREZ, D., «Políticas y marcos normativos de inclusión financiera en los países de la Alianza del Pacífico», *Revista Moneda*, n°193, pp. 30-36 (Lima: Banco Central de la Reserva de Perú, 2023), p. 33.

la digitalización, las transacciones por medios virtuales pasaron de 17.000.000 a 276.000.000 en los últimos cinco años⁹³.

Con respecto a los actos de *de-risking*, el Tribunal Constitucional declaró nula la comunicación del cierre de cuenta bancaria por parte de una institución financiera, resaltando que el simple hecho de que el cliente se encuentre bajo investigación por lavado de activos no justifica la negación de acceso a servicios financieros. El cierre de la cuenta en estas circunstancias, entiende el Tribunal, no es razonable, ni proporcional. La institución financiera vulnera el derecho a la presunción de inocencia del cliente, mientras no exista una resolución judicial que establezca su responsabilidad penal, o se demuestre que utiliza el sistema financiero para actividades de lavado de activos⁹⁴.

c. Brasil

Brasil ha regulado la apertura de cuentas bancarias en plataformas digitales, permitiendo que las instituciones financieras extiendan el acceso a los servicios financieros entre la población de bajos y medianos ingresos. El país se destaca en el desarrollo de tecnología financiera al posicionarse como uno de los principales mercados del mundo en transacciones digitales⁹⁵.

En 2016, el Banco Central de Brasil lanzó la «Agenda BC#», una estrategia enfocada en la innovación tecnológica para abordar los desafíos del sistema financiero. En 2019, la Agenda BC# se amplió con nuevas dimensiones, destacando la inclusión financiera como uno de sus cuatro pilares, junto con la competitividad, la transparencia y la educación. En el marco de la Agenda BC#, el Banco Central de Brasil adoptó la

⁹³ SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP; *Reporte de indicadores de Inclusión Financiera de los sistemas financieros, de seguros y de pensiones. Junio 2023* (Perú, 2023), p. 3.

⁹⁴ Sentencia 96/2021 de 07/01/2021. Tribunal Constitucional de Perú. Expediente 02124-2017-AA.

⁹⁵ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, «Microscopio Global 2018...», p. 25.

Resolución BCB 1/2020, que implementó un sistema de pagos instantáneos y electrónicos denominado «PIX». Este sistema revolucionó la forma en que se realizan las transacciones financieras en Brasil, permitiendo una amplia variedad de operaciones de manera continua, todos los días del año, con altos estándares de seguridad y a costos nulos para las personas físicas y muy bajos para las restantes. PIX es accesible para cualquier persona con una cuenta en una institución financiera participante. El artículo 3 de la Resolución obliga a participar en el sistema de PIX a las instituciones financieras y de pago que tengan más de 500.000 cuentas de clientes activas.

A pesar de los avances tecnológicos, las normas de prevención de lavado de activos no estaban adaptadas para clientes de bajo riesgo, lo que resultaba en un aumento del coste de los servicios para las personas de ingresos bajos a medios. En respuesta, desde 2019, se impulsaron cambios que se centraron en mejorar los sistemas de conocimiento de clientes. El Banco Central de Brasil estableció un portal de datos para proveedores financieros, facilitando, así, la apertura remota de cuentas digitales⁹⁶.

En la actualidad, el 84% de los adultos en Brasil poseen una cuenta bancaria y alrededor del 80% de ellos la utiliza de manera activa⁹⁷.

d. Argentina

La Ley 27.440/2018, del 9 de mayo, encomendó al Poder Ejecutivo establecer la Estrategia Nacional de Inclusión Financiera (ENIF), la cual fue adoptada mediante la Resolución de la Secretaría de Finanzas del Ministerio de Hacienda 17/2019. La ENIF se concibió como un plan

⁹⁶ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *Microscopio global de 2020. El papel de la inclusión financiera en la respuesta frente a la Covid-19* (Londres: EIU, 2020), p. 38.

⁹⁷ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y SECRETARÍA DE COMUNICACIÓN SOCIAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE BRASIL, *G20. Brasil 2024* (Brasil, 2024), Descargado de: <https://www.g20.org/es/noticias/brasil-puede-aprovechar-su-posicion-para-ayudar-a-resolver-el-reto-mundial-de-la-inclusion-financiera> Fecha de consulta: 22/10/2024.

integral de políticas públicas a implementar entre 2020 y 2023, con el propósito de lograr avances significativos en materia financiera. Sus objetivos abarcaron la ampliación del acceso a diversos servicios financieros, así como la promoción de su utilización y el fortalecimiento de las competencias financieras de la población. Merece especial atención la protección del consumidor y la inclusión de grupos vulnerables, como jóvenes, adultos mayores, personas en el sector informal, migrantes y refugiados, manteniendo una perspectiva de género.

De modo de asegurar el cumplimiento de sus objetivos, la ENIF sostiene que la prestación de servicios financieros debe ser sostenible, evitando depender de la asistencia pública, y que su uso debe ser responsable, garantizando una comunicación clara y transparente de los términos y condiciones de los productos financieros. Además, la ENIF destaca el papel crucial de la digitalización, que permite la reducción de los costes, el fomento de la competencia, el impulso de la innovación y el aumento de la transparencia en el sector.

En 2020, el Banco Central de la República Argentina, mediante la Comunicación «A» 6876/2020, reintrodujo la «Cuenta Gratuita Universal», una cuenta de ahorros en pesos argentinos exenta de costos de apertura y mantenimiento. Esta medida, que originalmente se implementó en 2010 pero fue discontinuada en 2016, obliga a las instituciones financieras a la apertura de la cuenta a personas físicas. Los únicos requisitos para su apertura son presentar el documento de identidad y no poseer otra cuenta bancaria a la vista. En cuanto a la prevención del lavado de activos, se establece que la Cuenta Gratuita Universal no puede recibir acreditaciones que superen el límite establecido por la Unidad de Información Financiera para la realización de diligencia simplificada sobre clientes de bajo riesgo. En caso de superarlo, las instituciones financieras deben aplicar procedimientos adicionales.

En 2022, Argentina aprobó el Plan Nacional de Educación Financiera 2022-2023 y el Plan de Acción de la ENIF. Este último,

realizado por el Consejo de Coordinación de la Inclusión Financiera, complementa la ENIF al establecer las líneas de acción específicas para cada uno de sus objetivos, detallando las actividades prioritarias y los organismos encargados de su ejecución. Adicionalmente, se creó un Marco Nacional de Resultados del Sistema de Monitoreo y Evaluación que dispone de indicadores de supervisión y evaluación de la efectividad de las políticas implementadas.

Además de la Cuenta Gratuita Universal, la normativa del Banco Central regula otras cuentas cuya apertura también es obligatoria para las instituciones de intermediación financiera, como la «Cuenta Sueldo» y la «Cuenta de la Seguridad Social».

La Cuenta Sueldo, prevista en el artículo 124 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744/1974, de 5 de setiembre, establece que, cuando las remuneraciones sean en dinero, deberán abonarse bajo pena de nulidad a través de determinados medios, uno de los cuales es la acreditación en cuenta a nombre del trabajador⁹⁸. Esta cuenta no tiene limitaciones en la cantidad de retiros y no implica costos para el trabajador por su apertura, mantenimiento y extracción de fondos, hasta el monto correspondiente a las remuneraciones en efectivo acreditadas. La Cuenta Sueldo es nominada en pesos y admite la acreditación de las remuneraciones habituales y otros conceptos derivados de la relación laboral, como las asignaciones familiares, los beneficios de seguridad social y las compensaciones monetarias por incapacidad. También se permiten las acreditaciones de reintegros fiscales, promocionales, comerciales o relacionados a servicios de salud, así como de préstamos. Aunque la apertura de la cuenta debe ser solicitada por los empleadores, se prevé que el propio trabajador pueda solicitarla sin necesidad de intervención del empleador.

La Cuenta de la Seguridad Social, por otro lado, es una cuenta de ahorro destinada a quienes reciben jubilaciones, pensiones o prestaciones

⁹⁸ Sin perjuicio de lo expuesto, la norma admite que en todos los casos el trabajador exija que su remuneración sea abonada en efectivo.

no contributivas. Al igual que la Cuenta Sueldo, es una cuenta nominada en pesos y no tiene costos asociados por su apertura y mantenimiento.

El Texto Ordenado de la normativa del Banco Central de Argentina, en el apartado denominado «*Depósitos de ahorro, cuenta sueldo y especiales*», establece que el cierre de la Cuenta Gratuita Universal, la Cuenta Sueldo y la Cuenta de la Seguridad Social, puede llevarse a cabo por decisión de la institución de intermediación financiera si la cuenta no se utiliza durante setecientos treinta días corridos. En lo que respecta a la Cuenta Sueldo y la Cuenta de la Seguridad Social, la institución financiera está facultada al cierre si, durante ese período de tiempo, no se reciben fondos relacionados con el propósito para el cual fue abierta. En el caso de la Cuenta Gratuita Universal, se contempla, además, el cierre si el cliente no cumple con las condiciones establecidas en la política interna de la institución.

Como resultado de las políticas implementadas, la cobertura de la población adulta con al menos una cuenta bancaria es prácticamente total, llegando a 36.300.000 personas a finales de 2023. La tendencia en el uso de estas cuentas es favorable, ya que, en el último trimestre de 2023, el 70,30% de los titulares realizaron operaciones con al menos una de sus cuentas⁹⁹.

e. Chile

La estrategia de Chile se basó en el protagonismo de la banca estatal, garantizando el acceso a servicios financieros para todos los residentes.

En 2005, el Banco del Estado implementó la «Caja Vecina», un sistema de servicios financieros que opera en locales comerciales mediante una herramienta tecnológica que permite a los clientes realizar transacciones. Esta iniciativa aumentó la conectividad, eliminando la

⁹⁹ BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA; *Informe de Inclusión Financiera. Abril de 2024*, pp. 14-15.

necesidad de acudir a sucursales bancarias para realizar los trámites habituales. Actualmente, el Banco del Estado cumplió su meta de llegar con servicios financieros a todas las comunas del país, ya sea a través de sucursales o puntos de Caja Vecina.

En línea con esta estrategia, en 2007, se lanzó la «Cuenta RUT», un contrato de ahorro ofrecido por el Banco del Estado que incluye servicios como débito y acceso a cajeros automáticos. Esta cuenta se distingue por su facilidad de apertura, ya que utiliza el Rol Único Tributario (RUT) del cliente como identificación y no requiere ningún requisito adicional. Se destaca, además, por la diversidad de canales disponibles para su solicitud, que incluyen internet, sucursales bancarias y aperturas masivas para convenios de remuneraciones.

La estrategia de Chile ha permitido que el 97% de la población adulta cuenta con algún producto financiero¹⁰⁰.

Respecto a la exclusión de clientes del sistema financiero, vale la pena mencionar la sentencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema del 3 de diciembre de 2018¹⁰¹. En este caso la actora es una empresa dedicada a la intermediación de criptomonedas que interpuso recurso de protección contra el Banco del Estado de Chile, buscando la anulación del cierre de su cuenta bancaria o, en su defecto, establecer que el cierre debió efectuarse dentro de un plazo desde la notificación, tal es la reglamentación en ese país. La Corte Suprema consideró que las características singulares de las criptomonedas dificultan al banco cumplir con sus obligaciones en la prevención de lavado de activos, lo que respaldó la decisión de cierre de la cuenta. En consecuencia, se rechazó la demanda.

Luego de la decisión judicial, tres plataformas de intercambio de criptomonedas presentaron denuncia ante el Tribunal de Defensa de la

¹⁰⁰ SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS CHILE, *Informe de inclusión financiera en Chile 2019*, p. 5.

¹⁰¹ Sentencia 16857-2018 de 03/12/2018. Tercera Sala de la Corte Suprema de Chile.

Competencia de Chile, acusando a varias instituciones de intermediación financiera, incluido el Banco del Estado de Chile, de ejercer abuso de posición dominante colectivo y llevar a cabo prácticas excluyentes contra empresas vinculadas al mercado de las criptomonedas.

Como medida provisional, el Tribunal de Defensa de la Competencia exigió a las instituciones de intermediación financiera celebrar nuevos contratos de cuenta corriente con las empresas de criptomonedas¹⁰².

Después de cinco años de disputa, el 21 de diciembre de 2023, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Chile resolvió rechazar las demandas en su totalidad¹⁰³. El tribunal argumentó que, la negativa de acceso a cuentas bancarias no constituyó un ejercicio de abuso de posición dominante colectiva por parte de las instituciones financieras, ni un abuso de posición de dominio individual. Se destacó que no se pudo demostrar que las instituciones de intermediación financiera implicadas hubieran podido conocer el comportamiento de sus competidores para adoptar una conducta colectiva, sino que tomaron decisiones comerciales de manera independiente. Además, se argumentó que, aunque las plataformas de intercambio de criptomonedas necesitan cuentas bancarias para operar, al no depender de una única institución bancaria y no haber evidencia de un comportamiento colectivo, las cuentas negadas no se consideran un insumo

¹⁰² El 27 de julio de 2022, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Chile tomó una medida cautelar similar, ordenando al Banco Santander continuar brindando el servicio de cuenta corriente a una empresa dedicada a la facilitación de transacciones de criptomonedas. El servicio debía proveerse en las mismas condiciones que lo había hecho hasta el momento del cierre. No obstante, el 7 de setiembre de 2022 se dejó sin efecto la medida cautelar por acreditarse que la empresa podría obtener al menos una cuenta corriente bancaria en otra institución de intermediación financiera de la misma plaza (Expediente C-452-2022D, Medida prejudicial cautelar solicitada por RG CORP SpA., en contra de Banco Santander-Chile. Tribunal de Defensa de la Competencia de Chile).

¹⁰³ Sentencia 189/2023 de 21/12/2023. Tribunal de Defensa de la Competencia de Chile. Debido a la presentación del recurso de reclamo por parte de las empresas de intercambio de criptomonedas, la sentencia está sujeta a revisión por la Corte Suprema de Justicia de Chile en el Expediente Rol-4351/2024.

indispensable. Según el Tribunal, la decisión de los bancos fue justificada, no discriminatoria y adoptada de manera objetiva, tras evaluar la información disponible, mediante un enfoque basado en riesgos desde la perspectiva de prevención del lavado de activos.

En respuesta a la situación, Chile promulgó la Ley 21.521/2022, del 22 de diciembre, conocida como la Ley de Innovación Financiera (Fintech), cuyo objetivo es regular las actividades relacionadas con tecnologías financieras y abordar los desafíos con relación al lavado de activos. La norma establece que las empresas que operan con criptomonedas son sujetos obligados, debiendo implementar programas para la prevención del lavado de activos y reportar las operaciones sospechosas. Asimismo, aclara que las instituciones de intermediación financiera, al ofrecer servicios de cuenta corriente, deben establecer condiciones públicas, objetivas y no discriminatorias para el acceso por estas empresas. El banco puede rechazar el servicio por los riesgos asociados o la falta de alineación con las condiciones generales establecidas, pero exige que comunique la decisión de manera expedita y fundamente la negativa.

En cumplimiento de la Ley Fintech, la Resolución 6004/2024, emitida por la Comisión para el Mercado Financiero, estableció el denominado «Sistema de Finanzas Abiertas». Su objetivo principal es permitir a las instituciones financieras compartir de manera segura y estandarizada la información financiera de sus clientes con otras entidades, siempre con el consentimiento explícito de los usuarios. Al facilitar el intercambio de datos y apoyar a los clientes en el cumplimiento de los requisitos regulatorios, se anticipa que, el Sistema de Finanzas Abiertas, tendrá impacto en la forma en que las instituciones de intermediación financiera evalúan el riesgo. Esto podría permitir un mejor conocimiento de los clientes y una mayor precisión en la toma de decisiones por las instituciones de intermediación financiera.

2. Unión Europea

a. Normativa

Con el propósito de restaurar la confianza en el sector financiero tras la crisis de 2008, la Directiva 2014/92 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 23 de julio, introdujo modificaciones tendientes a garantizar la comparabilidad de las comisiones asociadas a las cuentas de pago y facilitar el acceso y el traslado de cuentas.

El ámbito de aplicación de la Directiva se limita a las personas físicas que no actúen con propósitos comerciales, empresariales, profesionales u otros similares. Las personas jurídicas y empresas, por tanto, no están amparadas por esta regulación.

El Capítulo IV de la Directiva aborda el acceso a las «Cuentas de pago básicas», definidas como productos financieros estandarizados que las entidades están obligadas a ofrecer, salvo en supuestos excepcionales en los que se permite a la institución negar su apertura. Los Estados miembros deben garantizar que los interesados en abrir esta cuenta no sean discriminados por motivos como la nacionalidad, la residencia o cualquier otro protegido por el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Esto incluye aspectos como el sexo, la raza, el color, el origen étnico o social, las características genéticas, la lengua, la religión, las opiniones políticas, la pertenencia a una minoría nacional, el patrimonio, la discapacidad, la edad o la orientación sexual. Además, los Estados deben asegurar el acceso a estas cuentas independientemente de las circunstancias financieras del consumidor, como su historial crediticio o situación laboral.

Para que la apertura de una cuenta de pago básica sea obligatoria se requieren dos condiciones, que el solicitante no sea titular de otra cuenta de pago en el mismo Estado, y que demuestre un interés genuino en la apertura de cuenta en dicho territorio. La Directiva también establece que los Estados miembro deben velar por que exista un número suficiente de instituciones financieras que ofrezcan estas cuentas, asegurando, así,

el acceso de los consumidores a los servicios financieros. Sin embargo, los Estados tienen la facultad de permitir que estas cuentas sean ofrecidas por un número reducido de entidades en circunstancias justificadas, como cuando la presencia de una institución en el Estado sea lo bastante extensa como para atender a todos los consumidores, sin exigir que se desplacen demasiado lejos de sus domicilios.

A pesar de la obligatoriedad, la Directiva no prevé la gratuidad de la Cuenta de pago básica. Esto es, evidentemente, un obstáculo. Exige que el importe de las comisiones sea razonable y procura la información y transparencia del sistema financiero. Sin perjuicio de ello, con relación a los consumidores vulnerables, los Estados miembros deben disponer que se ofrezcan las Cuentas de pago básicas en condiciones particularmente ventajosas, incluso de forma gratuita, aunque la definición de quiénes son consumidores vulnerables queda a discreción de cada Estado.

Con relación a la normativa de prevención del lavado de activos, la Directiva busca alcanzar un equilibrio entre evitar el uso indebido del sistema financiero para actividades ilícitas y garantizar la igualdad en la provisión de servicios a todos los consumidores. El Considerando 34 establece, expresamente, que las instituciones no deben utilizar estas normas como pretexto para discriminar a clientes menos atractivos desde la perspectiva comercial. No obstante, también reconoce la importancia para las instituciones financieras de asegurar que sus servicios no sean utilizados para fines ilícitos.

En este delicado equilibrio la Directiva permite, de un lado, que se niegue el acceso a las Cuentas de pago básica en caso de que un consumidor incumpla efectivamente con las disposiciones de prevención del lavado de activos. De otro lado, no permite que se obstaculice o niegue el acceso, o se permita la rescisión unilateral del contrato, simplemente porque el proceso de verificación del cumplimiento resulte costoso para la institución financiera.

Si bien surgen otras situaciones bajo las cuales las instituciones financieras puedan rescindir unilateralmente el contrato de Cuenta de pago básica, todas ellas se vinculan con la conducta del consumidor. La Directiva habilita la rescisión del contrato si el consumidor utiliza la cuenta para actividades ilícitas, no realiza transacciones durante más de veinticuatro meses consecutivos, proporciona información incorrecta al momento de la apertura, cuando, de haber proporcionado la información correcta, no habría tenido derecho a esa cuenta, ya no reside legalmente en la Unión Europea, o abre una segunda cuenta de pago en el mismo Estado, que ofrezca iguales servicios que los establecidos por la Directiva. Los Estados miembros están facultados a determinar supuestos adicionales, específicos y limitados, en los que las instituciones financieras puedan negar el acceso a una Cuenta de pago básica. No obstante, en esta facultad, los Estados deben obrar con prudencia pues no pueden obstaculizar el acceso del consumidor a los servicios financieros, ni pueden abusar del derecho que se les concede.

La Directiva establece estándares rigurosos en cuanto a la notificación e información al consumidor en caso de negación de apertura de una Cuenta de pago básica. Los Estados miembros deben requerir a las instituciones financieras que proporcionen al interesado las razones específicas, a menos que ello perjudique los intereses de seguridad nacional o el orden público.

Finalmente, se garantiza el acceso a procedimientos alternativos de resolución de conflictos, relacionados con los derechos y obligaciones establecidos en la Directiva, incluso en casos de litigios precontractuales, con el fin de salvaguardar a los consumidores a los que se haya denegado la apertura de una Cuenta de pago básica.

En virtud de esta Directiva, los Estados miembros de la Unión Europea han aprobado normas para incorporar la regulación a sus ordenamientos jurídicos internos¹⁰⁴.

b. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea

En la Unión Europea, destaca la sentencia del 10 de marzo de 2016, en la que el Tribunal Superior de Justicia declara inadmisibile que la normativa de prevención de lavado de activos de los Estados miembros permita a las instituciones de intermediación financiera aplicar actos de *de-risking*¹⁰⁵.

El artículo 7, apartado 3, de la Ley española 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo, establece que los sujetos obligados no deben iniciar relaciones comerciales cuando no puedan aplicar las medidas de diligencia exigidas por la legislación. En caso de no poder aplicar estas medidas durante la relación comercial, la Ley permite finalizar la relación, eximiendo al sujeto obligado de responsabilidad.

Basadas en la norma citada, las instituciones de intermediación financiera rechazaron clientes dedicados a la transferencia de fondos. En 2011, la remesadora Safe Interenvíos S.A. (Safe) reclamó ante el Juzgado

¹⁰⁴ Las normas aprobadas por los Estados para trasponer la Directiva 2014/92 se pueden visualizar en el sitio web oficial de la Unión Europea: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/NIM/?uri=celex:32014L0092#BEL>. Fecha de consulta: 22/10/2024. A vía de ejemplo: Alemania aprobó una ley para implementar la Directiva sobre la comparabilidad de las tarifas de las cuentas de pago, traslado de cuenta de pago y el acceso a las cuentas de pago con prestaciones básicas, publicada en Bundesgesetzblatt Teil el 18/04/2016; España aprobó el Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones, publicado en BOE el 25/11/2017; Italia aprobó la Aplicación de la Directiva 2014/92, sobre la comparabilidad de las comisiones, sobre el cambio de cuentas de pago y sobre el acceso a las cuentas de pago con prestaciones básicas, publicada en la Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana el 30/03/2017.

¹⁰⁵ Sentencia C:2016:154 de 10/03/2016, en el Asunto C-235/14. Tribunal de Justicia (Sala Quinta).

de lo Mercantil nº 5 de Barcelona por el cierre de sus cuentas bancarias por tres instituciones financieras (Liberbank S.A., Banco de Sabadell S.A. y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A). Safe argumentó que el cierre resultó un acto de competencia desleal de parte de los bancos, ya que competían en el mismo mercado. Además, adujo que estaba legalmente obligada a abrir una cuenta corriente en una institución financiera para efectuar las transferencias de fondos, por lo que el cierre de las cuentas le impidió operar. El Juzgado desestimó la demanda. Entendió que las instituciones financieras estaban facultadas para exigir a Safe la adopción de medidas reforzadas de diligencia y la provisión de datos relativos a sus clientes. Safe apeló esta decisión. En este escenario, la Audiencia Provincial de Barcelona optó por suspender el procedimiento y someter cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El Tribunal evaluó la normativa española a la luz de la Directiva de la Unión Europea 2005/60, de 26 de octubre, conocida como la «Tercera Directiva de Prevención del Blanqueo de Capitales», modificada por la Directiva 2010/78, de 24 de noviembre¹⁰⁶. El punto 5 del Considerando establecía que cualquier medida impuesta por los Estados debía ser coherente con las adoptadas en otros foros internacionales, incluyendo las Recomendaciones del GAFI. Esta mención del Considerando no se reproduce en el texto del articulado de la Directiva.

El Tribunal entendió que el artículo 7, apartado 3, de la Ley 10/2010, colida con la norma comunitaria. En efecto, la norma interna permite a las instituciones presumir que las transferencias de fondos por empresas remesadoras suponen siempre un riesgo alto de lavado de activos, sin contemplar la posibilidad de refutar esa presunción. Además, el punto 48 del Considerando, subrayaba que la Directiva no debe

¹⁰⁶ La Directiva 2005/60 no se encuentra vigente. Fue reemplazada por la Directiva 2015/849, del 20 de mayo, conocida como la «Cuarta Directiva», que amplía y refuerza las obligaciones. La Directiva vigente sufrió, a su vez, modificaciones por la Directiva 2018/843, del 30 de mayo, conocida como la «Quinta Directiva», que introdujo medidas adicionales.

interpretarse, o aplicarse, de manera incompatible con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Asimismo, el Tribunal indicó que debe respetarse la proporcionalidad cuando se adopte una medida que pueda restringir la libre prestación de servicios.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinó que la normativa de prevención del lavado de activos aprobada por España vulneraba derechos fundamentales de los ciudadanos.

3. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)¹⁰⁷ ha dedicado esfuerzos significativos a promover el acceso de las micro, pequeñas y medianas empresas al sistema financiero. Desde 2013, se estableció como prioridad la reducción de las barreras jurídicas que afectan a estas empresa¹⁰⁸. La UNCITRAL hace hincapié en que el desarrollo tecnológico es un aliado esencial para avanzar en la inclusión en el ámbito financiero, ya que permite la transparencia, la trazabilidad y el cumplimiento normativo. El uso de medios digitales facilita, entre otras cuestiones, el acceso a la información.

La Ley Modelo sobre la Utilización y el Reconocimiento Transfronterizo de la Gestión de la Identidad y los Servicios de Confianza,

¹⁰⁷ La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por su sigla en inglés) fue establecida en 1996 por la Asamblea General de las Naciones Unidas con el propósito de fomentar la armonización y unificación progresiva del derecho mercantil internacional. Sitio oficial: <https://uncitral.un.org/es>

¹⁰⁸ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, *Guía legislativa de la CNUDMI sobre los principios fundamentales de un registro de empresas* (Viena: Naciones Unidas, 2019), p. iii. Descargado de: https://uncitral.un.org/es/texts/msmes/legislativeguides/business_registry

aprobada en 2022, refuerza el uso de los servicios digitales para la verificación de la identidad de personas físicas y jurídicas, así como de los servicios de confianza destinados a garantizar la calidad de los datos en formato electrónico. Esto disminuye la dependencia de la documentación en papel y permite la confiabilidad en el origen e integridad de la información¹⁰⁹, fortaleciendo así la eficacia en la prevención de delitos dentro del sistema financiero.

Otro aspecto central en los esfuerzos de la UNCITRAL es la facilitación del registro de las empresas a través de medios digitales. Este mecanismo ha sido señalado como una herramienta clave para aumentar la accesibilidad de las empresas al sistema formal y, por ende, a los servicios financieros. La Guía legislativa sobre los principios fundamentales de un registro de empresas, aprobada en 2018, destaca la necesidad de sistemas ágiles y digitalizados que permitan migrar a las micro, pequeñas y medianas empresas del sector informal al formal. La inscripción registral eficiente ahorra tiempo y costos a las instituciones de intermediación financiera, permitiendo un acceso rápido y público a información relevante. En este sentido, la UNCITRAL alienta a los Estados a elaborar disposiciones que posibiliten la recopilación, mantenimiento y difusión de información empresarial con transparencia y eficiencia. Estos registros deben garantizar la calidad y confiabilidad de los datos proporcionados, lo cual se considera la piedra angular de un sistema eficaz de información, y en lo que nos ocupa, es un elemento esencial para la prevención del lavado de activos. La falta de precisión en los datos puede llevar a la denegación injustificada de acceso al sistema financiero. La Guía recomienda que los servicios estén a disposición de todos, sin discriminación, y se debería permitir el acceso del público a la

¹⁰⁹ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Utilización y el Reconocimiento Transfronterizo de la Gestión de la Identidad y los Servicios de Confianza* (Viena: Naciones Unidas, 2023). Descargado de: <https://uncitral.un.org/es/mlit> Fecha de consulta: 29/11/2024.

información registrada, con la única excepción de la información confidencial que se deba proteger¹¹⁰.

En el marco del estudio realizado por la UNCITRAL, se ha analizado, asimismo, las ventajas del acceso a los datos alternativos, consistente en huellas digitales generadas por las actividades en línea, como pagos electrónicos, comercio en línea y uso de redes sociales. Estos datos se han convertido en una herramienta crucial para obtener información y evaluar el riesgo, ya que ofrecen un conocimiento más exhaustivo de las empresas y al ser proporcionados por terceros, pueden ser más confiables que la información tradicional presentada por el propio cliente. Para garantizar un uso eficaz y transparente de esta información alternativa, los marcos regulatorios deben definir claramente cómo pueden recopilarse y procesarse los datos, preservando su exactitud e integridad, y asegurando el cumplimiento de las leyes aplicables en materia de privacidad y protección de datos¹¹¹.

En última instancia, el objetivo que la UNCITRAL asigna a los Estados es alcanzar un equilibrio entre la protección de los financiadores, como las instituciones de intermediación financiera, y la ampliación de las oportunidades de acceso al sistema financiero para las micro, pequeñas y medianas empresas. El organismo subraya la importancia de utilizar la tecnología para acceder a la información, lo que puede facilitar la realización de los procedimientos de diligencia debida por las instituciones de intermediación financiera, reducir los costes administrativos y optimizar la evaluación de riesgos en materia de prevención del lavado de activos.

¹¹⁰ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, «Guía legislativa...».

¹¹¹ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, GRUPO DE TRABAJO I (MIPYME), *Acceso de las microempresas y pequeñas y medianas empresas (MIPYME) al crédito*, 37º período de sesiones (Nueva York: Naciones Unidas, 2022), pp. 71-72.

B. Uruguay

1. El Estado subsidiario

A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, se abandonó la concepción liberal del Estado, que lo consideraba mero juez y gendarme y restringía su intervención en los aspectos jurídicos y económicos. En su lugar, el Estado pasó a desempeñar un papel activo en la satisfacción de las necesidades esenciales de la población, dando origen al denominado Estado Social de Derecho. Esta nueva visión implicó una mayor injerencia estatal en la esfera privada y, consecuentemente, una mayor responsabilidad directa en el cumplimiento de las necesidades de la sociedad¹¹². El cambio se reflejó en la Constitución de 1967 que estableció un Poder Ejecutivo conductor y orientador político¹¹³. Durante este período, el Estado desempeñó diversas actividades económicas y sociales, incluyendo la gestión de la banca, la energía eléctrica, los puertos, el transporte, la educación y los servicios de salud.

Poco a poco, la percepción de ineficiencia en las instituciones públicas, en comparación con el sector privado, condujo a una reducción en el papel del Estado, dando lugar al concepto de Estado Subsidiario.

Este nuevo paradigma, basado en el principio de subsidiariedad, busca permitir que los ciudadanos alcancen plenamente los fines propios mediante una división de responsabilidades, delegando al Estado una actuación subsidiaria respecto de los actores privados. En este contexto, el sector público garantiza la libertad de acción de los particulares en el

¹¹² CELORRIO, H., «Derechos sociales y tutela judicial», en: Durán Martínez (Dir.) *Estudios de Derecho Administrativo*, n°3 (Montevideo: La Ley Uruguay, 2011), p. 6.

¹¹³ No se trató de un cambio exclusivo de Uruguay. El fortalecimiento del Poder Ejecutivo fue un fenómeno universal, en el entendido de que los actos legislativos carecen de la flexibilidad necesaria para ajustarse a la cambiante realidad, así como los órganos legislativos carecen de la aptitud técnica requerida para conducir la política económica (CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre derecho administrativo*, v. I, 2ª ed. [Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008], pp. 54-55).

ámbito económico, pero, a la vez, ejerce funciones de regulación y supervisión del mercado.

El principio de subsidiariedad abarca dos perspectivas, una restrictiva y otra activa. Desde el enfoque restrictivo, el Estado se abstiene de intervenir en actividades que podrían ser realizadas por las instituciones intermedias, y estas, a su vez, no asumen roles que corresponden a los individuos. Por otro lado, la perspectiva activa implica una función proactiva del sector público. Esto significa que el Estado no solo debe adoptar medidas de dirección, fomento, supervisión y sanción, sino que, también, debe intervenir cuando el bienestar general lo demande, incluso llegando a suplir a los particulares cuando sea necesario¹¹⁴.

La doctrina se cuestiona si el principio de subsidiariedad se encuentra consagrado en la Constitución. CASSINELLI MUÑOZ sostiene que este principio no se encuentra establecido. La Constitución, afirma, mantiene una posición neutra en cuanto a si la intervención estatal en la economía debe limitarse a situaciones donde la actividad privada sea insuficiente¹¹⁵. En la misma línea, CAJARVILLE señala que la Constitución no recoge el principio de subsidiariedad como restricción a la actividad industrial y comercial del Estado, en tanto disposiciones expresas admiten la legitimidad de dicha actividad por parte de las entidades estatales¹¹⁶.

En posición contraria, MARTINS argumenta que el principio de subsidiariedad se encuentra constitucionalmente consagrado en el artículo 85, numeral 3, que establece, como competencia de la Asamblea General, el dictado de leyes para la protección de los derechos individuales. Desde su punto de vista, este artículo implica que el Estado debe apoyar,

¹¹⁴ DURÁN MARTÍNEZ, A., «Dimensión social de la actividad administrativa», en: DURÁN MARTÍNEZ (Dir.), *Estudios de Derecho Administrativo*, n° 15 (Montevideo: La Ley Uruguay, 2017), p. 97.

¹¹⁵ CASSINELLI MUÑOZ, H., «Aspectos constitucionales de la desregulación y la privatización», en: *Aspectos Legales y Socioeconómicos de la Desregulación y la Privatización* .(Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1991), pp. 47- 48.

¹¹⁶ CAJARVILLE PELUFFO, «Sobre derecho...», op. cit., p. 394.

fomentar y salvaguardar la actividad privada¹¹⁷. En igual sentido, DURÁN MARTÍNEZ considera que el principio se desprende de manera general de varias disposiciones constitucionales. Así, los artículos 5, 7, 8, 10, 11, 12, 72, entre otros, reflejan el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y de la libertad. Además, el artículo 40 refiere a la familia como la base de la sociedad y el 39 garantiza el derecho de asociación en términos amplios, lo que respalda el reconocimiento de los grupos intermedios¹¹⁸. Por consiguiente, la Constitución asigna al Estado el rol de estimular, garantizar, ayudar, fomentar y proteger la actividad de los individuos y grupos intermedios.

Si se concluye que el principio de subsidiariedad está consagrado en la Constitución, el Estado incurre en ilegitimidad cuando asume actividades que deberían ser gestionadas por individuos o grupos intermedios, así como al abstenerse de intervenir cuando las circunstancias lo requieren. DURÁN MARTÍNEZ plantea que la evaluación de ilegitimidad debe considerar la realidad específica, ya que las condiciones sociales varían según la época y el lugar, lo que influye en la interpretación del principio de subsidiariedad. A medida que una sociedad evoluciona, tiende a prevalecer el aspecto restrictivo del principio, mientras que, en sociedades menos desarrolladas, el aspecto activo suele predominar. Asimismo, las manifestaciones positivas del principio de subsidiariedad pueden adoptar diversas formas, como apoyo prestacional, fomento o coordinación. En sociedades menos avanzadas, las actividades serán de tipo prestacional¹¹⁹.

DELPIAZZO, por su parte, sostiene que la intervención estatal es pertinente cuando se busca asegurar el acceso a servicios universales. La

¹¹⁷ MARTINS, D. H., «Bases constitucionales de la regulación de la actividad privada», en: Rotondo (Coord.), *Regulación de la actividad privada. En homenaje a los profesores Dres. Mariano R. Brito y Horacio Cassinelli Muñoz* (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2015), p. 13.

¹¹⁸ DURAN MARTÍNEZ, op. cit, p. 95.

¹¹⁹ DURAN MARTÍNEZ, op. cit, pp. 96-97.

característica fundamental de estos servicios es su accesibilidad, ya que deben estar disponibles para todos los usuarios, independientemente de su ubicación geográfica o los incentivos financieros que puedan motivar a los prestadores a invertir en ellos¹²⁰. Si bien el Estado tiene la responsabilidad de garantizar la prestación de estos servicios, no implica necesariamente asumir una gestión directa. Los servicios universales se apoyan principalmente en actividades privadas que están sujetas al control estatal. El Estado establece normas que determinan el contenido básico que cada prestador debe ofrecer. Así, mediante la colaboración del sector público y privado, en línea con el principio de subsidiaridad, se ofrece un servicio de calidad y accesible para todos¹²¹.

Como analizaremos más adelante, el Estado uruguayo diseña e implementa políticas de inclusión financiera con el objetivo de promover y garantizar que todos los individuos tengan acceso al sistema financiero, asegurándoles determinados servicios básicos. Esto implica reconocer la actividad financiera como un servicio universal.

a. Las autoridades reguladoras

A partir de la década de 1990, en un contexto marcado por la consolidación del Estado Subsidiario, se desarrolla en la región un proceso que DELPIAZZO caracteriza como la evolución desde la «Administración prestacional» a la «Administración reguladora». Esta transformación implica un desplazamiento del Estado como proveedor directo de bienes y servicios hacia establecer marcos regulatorios y supervisar diversas actividades económicas¹²². El Estado renuncia a la titularidad y derecho exclusivo de explotación de las actividades. En su lugar, los actores privados ejercen sus derechos y libertades económicas, disputándose el

¹²⁰ DELPIAZZO, C. E., «La Carta Orgánica del Banco Central del Uruguay frente a las nuevas tendencias del Derecho Administrativo», LJU. t. 146, D115-D130 (Montevideo: Thomson Reuters, 2012), p. D120.

¹²¹ DURAN MARTÍNEZ, op. cit, p. 8.

¹²² DELPIAZZO, «La Carta Orgánica...», p. D119.

mercado, en libre competencia, aunque sujetos a una autorización previa para ciertas actividades.

El cambio de paradigma en la función estatal dio lugar a la creación de organismos especializados en la regulación y el control, dotados de autonomía técnica, como la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA) o la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicación (URSEC). Asimismo, se ampliaron las atribuciones de las entidades de supervisión ya existentes. Estos organismos, con alto grado de independencia e incluso dotados de personalidad jurídica¹²³, operan en el ámbito administrativo con el objetivo de proteger los derechos e intereses de los usuarios de servicios sujetos a regulación. Para ello, cuentan con una amplia gama de competencias asignadas que abarcan, desde decisiones normativas, hasta la resolución de conflictos.

En el sector financiero, el Banco Central del Uruguay desempeña el papel de regulador del sistema. Según su Carta Orgánica, el organismo tiene facultades para la regulación, fiscalización y aplicación de sanciones a todas las entidades de intermediación financiera, independientemente de su naturaleza pública o privada.

b. El rol del Banco Central del Uruguay

Las autoridades reguladoras tienen la responsabilidad de asegurar la operatividad del servicio universal. Sin embargo, el Banco Central del Uruguay no ofrece la apertura de cuentas bancarias para los sujetos con dificultades de acceso a servicios financieros. El artículo 7, literal E, de la Carta Orgánica del Banco Central del Uruguay, establece que el organismo actúa como banquero de las instituciones de intermediación financiera, mientras que, el artículo 34, lo designa como prestamista de última instancia para estas instituciones. Como resultado, el Banco

¹²³ ROTONDO TORNARÍA, F., «Aspectos generales de la regulación de la actividad privada», en: *Regulación de la Actividad Privada. En homenaje a los profesores Dres. Mariano R. Brito y Horacio Cassinelli Muñoz*, Rotondo (Coord.) (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2015), p. 35.

Central del Uruguay no lleva a cabo transacciones con terceros, sino que, exclusivamente, con entidades bajo su supervisión.

El rol de banco central, definido por su Carta Orgánica, lo posiciona como una entidad supervisora, en lugar de un proveedor de servicios¹²⁴. Su función es regular y controlar la actividad financiera, sin involucrarse en actividades comerciales¹²⁵. Por lo tanto, no es viable que ofrezca servicios financieros a los sujetos afectados por las prácticas de *de-risking*.

En cambio, en su función de regulador del sistema, el organismo puede promover políticas que faciliten la inclusión en el sistema financiero de los sujetos con alto riesgo en términos de prevención del lavado de activos. Estas políticas pueden incluir, desde incentivos para las instituciones reguladas, hasta exenciones de ciertas obligaciones, sin necesidad de aplicar medidas coercitivas¹²⁶.

Siguiendo el ejemplo de la Unión Europea, el Banco Central del Uruguay podría exigir a las instituciones de intermediación financiera que informen cada rechazo de apertura o cierre de una cuenta bancaria, fundamentando su decisión. El artículo 550.1 de la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero, en la redacción dada por la Circular 2.201/2014 del 17 de setiembre, establece la obligación de informar el cierre de las Cuentas bancarias de ahorro, las Cuentas para el pago de remuneraciones, pasividades y beneficios sociales y las Cuentas para empresas de reducida dimensión económica, y el

¹²⁴ Originalmente, el Banco de la República Oriental del Uruguay concentraba las funciones de banco comercial, a través del Departamento Bancario, y de banco central, a través del Departamento de Emisión. Sin embargo, esta estructura fue criticada por la incapacidad de competir de manera eficiente con otros bancos, mientras supervisa la operativa de sus competidores. Esto determinó la creación de un ente autónomo con facultades exclusivas de banca central, establecido en el artículo 196 de la Constitución de 1967. Así nació el Banco Central del Uruguay, que sustituyó al Banco de la República Oriental del Uruguay en la emisión de la moneda y en el control de la actividad financiera (OLIVERA GARCÍA, «*Manual de derecho...*», op. cit., p. 52).

¹²⁵ DELPIAZZO, C. E., *El Banco Central del Uruguay*, 2da ed. (Montevideo: Amalio M. Fernández, 1998), p. 85.

¹²⁶ ROTONDO TORNARÍA, op. cit., p. 32.

artículo 550.2, en la redacción dada por la Circular 2.311/2018 del 10 de diciembre, establece una obligación similar para las Cuentas de depósito y custodia. No obstante, en ningún caso la normativa bancocentralista exige indicar el motivo del cierre.

Las medidas impulsadas por el Banco Central del Uruguay deben estar alineadas con las políticas de inclusión financiera definidas por el Estado. Aunque el organismo tiene la responsabilidad de orientar y coordinar la actividad financiera, es el Poder Ejecutivo quien fija y dirige la política económica¹²⁷. Por lo tanto, si el Banco Central del Uruguay no promueve la inclusión de los sujetos afectados por actos de *de-risking*, los artículos 197 y 198 de la Constitución confieren al Poder Ejecutivo las facultades para redirigir el sector financiero hacia los objetivos estatales.

c. El rol del Banco de la República Oriental del Uruguay

Algunos países de la región, en base al principio de subsidiariedad, optaron por garantizar el acceso de su población a los servicios financieros a través de los bancos comerciales estatales. En Perú, este objetivo se alcanzó mediante la apertura de cuentas por el Banco de la Nación, mientras que, en Chile, el Banco del Estado desempeñó un papel similar.

En Uruguay, el sector público desarrolla la actividad bancaria en un régimen de libre competencia con los actores privados, a través de una entidad del dominio industrial y comercial del Estado. Esta entidad es el Banco de la República Oriental del Uruguay¹²⁸. El artículo 12 de su Carta Orgánica, aprobada por la Ley 18.716/2010, del 24 de diciembre, establece como uno de sus principales cometidos el procurar la accesibilidad de los servicios financieros a la población.

¹²⁷ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Intermediación financiera, Concepto legal actualmente vigente* (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016), p. 60.

¹²⁸ Si bien nace como una sociedad por acciones de economía mixta, en los hechos fue siempre ente público dado que nunca se concretó la suscripción privada. Por lo tanto, su capital pertenece íntegramente al Estado.

Cuando se trata de empresas públicas, la doctrina se cuestiona si la rentabilidad debe primar sobre el propósito social. CAJARVILLE sostiene que no es apropiado evaluar el desempeño de estas empresas utilizando los mismos parámetros de eficiencia y lucro que se aplican a las empresas privadas, ya que no es la concepción de la Constitución¹²⁹. Siguiendo esta postura, la actuación del Banco de la República Oriental del Uruguay no debería estar limitada por la búsqueda de rentabilidad. Conforme a su Carta Orgánica, la institución debe dar prioridad a garantizar el acceso a los servicios financieros para aquellos segmentos de la población excluidos por las entidades bancarias privadas.

En caso de que el Banco de la República Oriental del Uruguay llevara a cabo actos de *de-risking*¹³⁰, su Directorio puede ser pasible de consecuencias políticas. Esta conducta implicaría un desvío de las políticas de inclusión financiera que, como se analizará a continuación, promueve el Estado, lo que podría motivar al Poder Ejecutivo a adoptar medidas de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 197 y 198 de la Constitución.

2. La política de inclusión financiera en Uruguay

Uruguay sancionó la Ley 19.210/2014, de 29 de abril, de Inclusión Financiera, cuyo propósito, según la Exposición de Motivos, radica en la universalización de los derechos y el impulso hacia la democratización del sistema financiero. Para alcanzar este objetivo, el Estado reconoce la

¹²⁹ CAJARVILLE PELUFFO, «*Sobre derecho...*», op. cit., p. 300.

¹³⁰ Un acto de *de-risking* que adquirió pública repercusión fue el cierre de cuentas a farmacias que venden cannabis. La Ley 19.172/2013, del 20 de diciembre, legalizó el consumo recreativo de cannabis bajo regulaciones específicas que incluyen el control estatal. La norma establece que la venta de cannabis para consumo personal solo puede hacerse a través de las farmacias que cuenten con licencia otorgada por el Instituto de la Regulación y Control del Cannabis (IRCCA). A pesar de la política de legalización impulsada por el Estado, en 2017 varias instituciones de intermediación financiera, inclusive el Banco de la República Oriental del Uruguay, decidieron cerrar las cuentas bancarias de las farmacias que venden cannabis, argumentando el cumplimiento de disposiciones internacionales de prevención de lavado de activos.

necesidad de avanzar hacia una inclusión financiera plena, garantizando que todas las personas y empresas tengan acceso a una amplia variedad de servicios financieros de calidad, a precios accesibles y adecuados a sus necesidades¹³¹.

Uno de los pilares del régimen de inclusión financiera es la declaración legal en rechazo a toda discriminación en la apertura de ciertas cuentas bancarias, reforzada por la prohibición a las instituciones de intermediación financiera de negar el acceso al sistema financiero en los casos contemplados por la Ley. Sin embargo, este criterio se aplica solo si la institución de intermediación financiera opta por ofrecer el servicio.

Si la institución brinda el servicio, el artículo 25 de la Ley especifica las condiciones mínimas que deben cumplir las cuentas bancarias. Estas condiciones incluyen, entre otras, la prohibición de cobrar tarifas por la apertura y el mantenimiento de la cuenta o de exigir saldos mínimos, la obligación de permitir la extracción de fondos en cualquier momento, la realización de consultas de saldo gratuitas e ilimitadas, así como un mínimo de cinco retiros y ocho transferencias domésticas gratuitas al mes.

a. Acreditaciones en cuenta

***Acreditación de remuneraciones, pasividades y beneficios sociales**

El Título III de la Ley regula las condiciones en las que se debe efectuar el pago de las remuneraciones, los honorarios profesionales, las pasividades, los beneficios sociales y otras prestaciones.

Respecto de las remuneraciones dispone que, sin perjuicio de la posibilidad de acordar el pago en efectivo, las partidas que reciben los trabajadores en relación de dependencia pueden realizarse a través de acreditación en cuenta en instituciones de intermediación financiera o en

¹³¹ PODER EJECUTIVO, «Proyecto de Ley de Inclusión Financiera...», p. 4.

instrumento de dinero electrónico¹³². A estos efectos, los trabajadores tienen derecho a elegir la institución de intermediación financiera o la institución emisora de dinero electrónico a través de la cual cobrar. Por otro lado, se obliga a que el pago de honorarios acordados en dinero por los servicios prestados por profesionales que no mantienen una relación de dependencia, cuando supere 1.000.000 UI (un millón de unidades indexadas), se realice mediante medios de pago electrónicos o a través de acreditación en cuenta en instituciones de intermediación financiera o en instrumento de dinero electrónico¹³³. Finalmente, se faculta al Poder Ejecutivo a extender el régimen aplicable al pago de honorarios profesionales a los pagos que se realicen a otros trabajadores que obtengan ingresos originados en la prestación de servicios personales fuera de una relación de dependencia.

Con relación a las pasividades y beneficios sociales, la norma establece que las personas que tengan derecho a percibir jubilaciones, pensiones o retiros de cualquier instituto de seguridad social o compañía de seguros, podrán cobrar en efectivo u optar en cualquier momento por percibir dichas prestaciones a través de la acreditación en cuenta en instituciones de intermediación financiera o en instrumento de dinero electrónico, en cuyo caso tendrán derecho a elegir, libremente, la institución en la cual cobrar¹³⁴.

¹³² La Ley 19.210/2014, en su artículo 10, obligaba al pago de remuneraciones a través de acreditación en cuenta en instituciones de intermediación financiera o en instrumento de dinero electrónico. El artículo 215 de la Ley 19.889/2020, de 9 de julio, flexibiliza la norma, admitiendo el pago en efectivo.

¹³³ La Ley 19.210/2014, en su artículo 12, obligaba al pago de honorarios profesionales a través de acreditación en cuenta en instituciones de intermediación financiera o en instrumento de dinero electrónico. El artículo 219 de la Ley 19.889/2020, de 9 de julio, flexibiliza la norma, admitiendo el pago en efectivo hasta determinado monto.

¹³⁴ La Ley 19.210/2014, en su artículo 16, obligaba al pago de nuevas pasividades y beneficios sociales a través de acreditación en cuenta en instituciones de intermediación financiera o en instrumento de dinero electrónico. El artículo 5 de la Ley 19.732/2018, de 28 de diciembre, deroga la norma.

De lo expuesto surge que, los trabajadores que operan en el mercado formal de trabajo¹³⁵ y acuerdan con su empleador el pago de remuneraciones mediante métodos distintos al efectivo, tienen derecho a la inclusión en el sistema financiero, a través de una cuenta bancaria. A pesar de que la persona física pueda ser considerada de riesgo alto en términos de prevención de lavado de activos, la cuenta debe abrirse.

La inclusión no se encuentra, sin embargo, exenta de obstáculos. Obsérvese que el ejercicio del derecho queda condicionado al previo consentimiento del empleador, quien debe aceptar realizar el pago por medios diversos al efectivo y, en caso de desacuerdo, lamentablemente no se especifica un mecanismo de resolución, lo que puede favorecer al empleador, considerando la asimetría natural a la relación laboral.

Una mención aparte merece las personas físicas que no han accedido a empleos en el mercado formal¹³⁶. Ciertamente tienen derecho a la apertura de una cuenta a través de la cual acceder a los beneficios

¹³⁵ En el ámbito laboral, el mercado formal se caracteriza por su estructuración y alude a aquellos trabajadores que gozan de protección tanto en términos económicos como jurídicos. (GRZETICH LONG, A., *Trabajo informal, un enfoque jurídico laboral*, [Montevideo: Amalio M. Fernández, 1992], p. 11).

¹³⁶ Debe tenerse presente que el mercado informal se caracteriza por la carencia de contribuciones a la seguridad social y cobertura médica, la ausencia de derechos laborales y la falta de protección contra riesgos laborales. Estos caracteres se traducen en una conexión intrínseca entre el mercado informal y la pobreza. El mercado informal abarca a los desocupados, trabajadores informales y trabajadores «en negro». Luego, el término desocupados refiere a aquellas personas aptas y disponibles para realizar un trabajo remunerado pero que carecen de él (GRZETICH LONG, op. cit., p. 12). Finalmente, por trabajadores informales refiere a aquellos cuya actividad no se ajusta a las normas legales. En América Latina, en el concepto de trabajo informal predominan aspectos vinculados a la precariedad en que estos trabajadores se encuentran en virtud de bajos ingresos que obtienen y ausencia de protección legal adecuada (GRZETICH LONG, op. cit., p. 28). El trabajador «en negro», por su parte, refiere a aquel que no se encuentra registrado a pesar de desempeñar tareas en empresas sumergidas en la economía formal. El empleo no es ilícito en sí mismo, sin embargo, no está declarado ante las autoridades correspondientes (LEMA, J. E., «El empleo informal al finalizar el milenio», en: *Articulaciones en el mercado laboral. Reflexiones y experiencias*. Forni, F. H., Angélico, H., Torres, J. Centro de Estudios e Investigaciones Laborales CEIL [Buenos Aires: La Colmena, 2001], p. 88).

sociales. Esta población, que suele ser económicamente vulnerable, gracias al acceso a los servicios financieros logra alcanzar promociones y disminuir su exclusión social. La disponibilidad de una cuenta bancaria les permite un historial crediticio, lo que, a su vez, les otorga la oportunidad de acceder a financiamiento en condiciones más favorables, ofrecido por entidades reguladas y con tasas de interés más bajas.

El Banco Central del Uruguay, a través de la Circular 2.201/2014 del 2 de octubre, reguló la Cuenta para el pago de las remuneraciones, los honorarios profesionales, las pasividades, los beneficios sociales y otras prestaciones en instituciones de intermediación financiera e instrumentos de dinero electrónico, admitiendo la aplicación de procedimientos de diligencia simplificados bajo ciertas condiciones¹³⁷. El artículo 311.11 de la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero, en la redacción dada por la Circular 2.311/2018 del 10 de diciembre, establece que, los procedimientos al inicio y durante la ejecución de la relación contractual, se cumplen con las siguientes pautas: en primer lugar, recabar la información a que refiere el artículo 311.10 de la misma recopilación, esto es, verificar la identidad del titular, la documentación emitida por la entidad de origen de los fondos, los datos identificatorios de la misma, el monto estimado de la retribución, pasividad o beneficio social, así como en caso de honorarios profesionales, la inscripción en los organismos fiscales y de seguridad social y los ingresos mensuales estimados; en segundo lugar, determinar si el cliente

¹³⁷ La normativa bancocentralista permite aplicar procedimientos simplificados cuando se cumplan las siguientes condiciones: los fondos a acreditar por razones de sueldo, pasividad, beneficio social u honorarios se originen en transferencias bancarias domésticas o instrumentos de dinero electrónico; la cuenta no se encuentre autorizada a realizar transacciones al exterior; sea la única cuenta o instrumento que mantiene el titular en el sistema financiero para el pago de sueldo, honorarios profesionales, pasividades, beneficios sociales y otras prestaciones, y el monto recibido no exceda 25.400 UI (veinticinco mil cuatrocientas Unidades Indexadas) mensuales o su equivalente en otras monedas. En casos de que la entidad empleadora que realiza la transferencia sea cliente de la institución financiera o los fondos a acreditar provengan de un organismo de seguridad social o de una empresa aseguradora, el límite se eleva a 82.000 UI (ochenta y dos mil Unidades Indexadas) mensuales.

es una persona políticamente expuesta; en tercer lugar, comprobar si el titular figura en alguna lista de control; en cuarto lugar, supervisar que la cuenta opere de acuerdo con las condiciones establecidas; y, en quinto lugar, conservar la información.

Cuando se produzcan modificaciones en las condiciones exigidas, la normativa no especifica que la cuenta deba perder su naturaleza. De suceder, se deduce que las instituciones de intermediación financiera deben aplicar los procedimientos adicionales de diligencia que sean necesarios. En este escenario, la cuenta debe permanecer activa, conservando su carácter gratuito y cumpliendo con las demás condiciones mínimas estipuladas por el artículo 25 de la Ley.

***Acreditación de fondos provenientes de otras operaciones**

A diferencia del régimen argentino, la normativa nacional de inclusión financiera no especifica si las cuentas contempladas en el Título III de la Ley 19.210/2014 permiten la recepción de fondos originados por conceptos diferentes a las remuneraciones, las pasividades o los beneficios sociales. Dado que estas cuentas son las únicas que las instituciones de intermediación financiera están obligadas a abrir para personas físicas que no desarrollen actividad empresarial, resulta crucial determinar la admisibilidad de la acreditación de fondos provenientes de otras fuentes. Ambas posturas pueden ser sostenibles, lo que genera incertidumbre jurídica y dificultad en la aplicación uniforme de las políticas bancarias.

Para justificar la no admisión de la acreditación de otros fondos, se puede argumentar que el artículo 36 de la Constitución reconoce la libertad de empresa. La libertad de empresa, pues, constituye un derecho subjetivo que sus titulares pueden ejercer frente al Estado y puede ser aplicado directamente por imperio del artículo 332 de la Constitución.

Este derecho se manifiesta en tres dimensiones; en primer lugar, en la libertad para ingresar al mercado; en segundo lugar, en la libertad para tomar decisiones empresariales; y, en tercer lugar, en la libertad para

retirarse del mercado¹³⁸. En relación con la segunda dimensión, la libertad de empresa está intrínsecamente vinculada con la autonomía privada negocial, sin la cual no podría operar de manera efectiva¹³⁹. Las leyes reconocen la libertad de contratar y la libertad de contratación. La regulación de los contratos refleja las distintas facetas, permitiendo decidir si contratar o no, seleccionar los tipos de acuerdos que mejor se ajusten a las necesidades, elegir a las contrapartes y determinar el contenido específico de los contratos¹⁴⁰.

En el contexto referido, la ausencia de una disposición expresa sobre la acreditación de fondos provenientes de conceptos diferentes a las remuneraciones, las pasividades o los beneficios sociales, implicaría que las instituciones de intermediación financiera no se encuentran legalmente obligadas a mantener las cuentas bajo el régimen establecido por la Ley 19.210/2014. Por lo tanto, en ejercicio de su libertad de empresa, las instituciones podrían optar por establecer cargos adicionales por el mantenimiento de las cuentas o, incluso, rescindir los contratos con los clientes que depositen fondos de otras fuentes.

De otro lado, para admitir la acreditación de otros fondos, se puede señalar que el artículo 311.3 de la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero establece que, si una «Cuenta básica de ahorro» excede ciertos límites, las instituciones de intermediación financiera deben informar al cliente que la cuenta ya no estará sujeta a dicho régimen y aplicar los procedimientos de diligencia adicionales que

¹³⁸ RODRÍGUEZ OLIVERA, N. E. y LÓPEZ RODRÍGUEZ C. E., *Manual de Derecho Comercial Uruguayo. El mercado: defensa de la competencia y del consumidor*, t. IV, 2da. ed. (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2021), p. 66.

¹³⁹ RIEBER DE BENTATA, J., «Libertad de Empresa en la Liberalización del Sistema Económico»; en: *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carias". El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica*, t.I (Caracas: Funeda, 2004); p. 404.

¹⁴⁰ BLENGIO, J., «La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir», *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXVII (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997), p. 396.

pudieran corresponder. En este caso, la normativa bancocentralista prevé, expresamente, que, de modificarse las características de la cuenta, se modificará, también, su naturaleza

Debido a que no existe una disposición similar para la Cuenta de pago de las remuneraciones, los honorarios profesionales, las pasividades, los beneficios sociales y otras prestaciones, se podría argumentar que, aunque se reciban fondos provenientes de otros conceptos, el cliente seguiría operando bajo el régimen previsto en la Ley 19.210/2014. Por lo tanto, las instituciones de intermediación financiera, al detectar la recepción de fondos provenientes de otras fuentes, deberían realizar los procedimientos de diligencia correspondientes según los riesgos asociados. No obstante, las instituciones, de todas formas, tendrán que ofrecer el servicio gratuito, con las demás condiciones mínimas indicadas en el artículo 25 de la Ley.

***Acreditación en cuenta para empresas de dimensiones reducidas**

El artículo 26 de la Ley establece la obligatoriedad de apertura de Cuentas simplificadas para empresas de reducida dimensión económica, lo que incluye a los contribuyentes bajo el régimen de Monotributo¹⁴¹ y los comprendidos en el literal E del artículo 52 del Título 4 del Texto Ordenado 1996¹⁴².

¹⁴¹ La Ley 18.083/2006, del 27 de diciembre, en sus artículos 70 y siguientes, establece el Monotributo como un régimen simplificado y optativo para quienes realicen actividades empresariales de reducida dimensión económica. Este régimen abarca las actividades realizadas en la vía pública, los espacios públicos y los pequeños locales. El Monotributo concentra en una única prestación tributaria los aportes a la seguridad social y los impuestos nacionales, excluyendo los gravámenes a la importación. Para ser contribuyentes del Monotributo, las empresas deben cumplir ciertos requisitos, como ser unipersonales con un máximo de un dependiente, o sociedades de hecho sin dependientes, con un máximo de dos socios o tres socios familiares. Además, la norma establece límites de ingresos anuales.

¹⁴² El Decreto 338/996, del 28 de agosto, aprueba el Texto Ordenado 1996 referente a los tributos de competencia de la Dirección General Impositiva. El literal E) del artículo 52 del Título 4, refiere a los contribuyentes cuyos ingresos anuales no superen el monto establecido por el Poder Ejecutivo, quienes pueden

La norma encomienda a la Superintendencia de Servicios Financieros del Banco Central del Uruguay la definición de las características que deben cumplir estas cuentas para que las instituciones de intermediación financiera apliquen procedimientos de diligencia simplificados. El artículo 311.9 de la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero, en la redacción dada por la Circular 2.311/2018 del 10 de diciembre, autoriza los procedimientos simplificados bajo ciertas condiciones¹⁴³. Estos procedimientos implican la recopilación de la información para verificar la identidad del titular, la determinación de si el cliente es una persona políticamente expuesta, la comprobación de si el titular figura en alguna lista de control, la supervisión de que la cuenta opere de acuerdo con las condiciones establecidas y la conservación de la información. El incumplimiento de alguna de estas condiciones no supone la desnaturalización de la cuenta. Sin embargo, las instituciones de intermediación financiera deben aplicar los procedimientos de diligencia adicionales que correspondan. La cuenta permanecerá activa, seguirá siendo gratuita y cumpliendo con las demás condiciones mínimas estipuladas por el artículo 25 de la Ley.

La Cuenta para empresas de reducida dimensión económica se define por la actividad empresarial y la dimensión económica de la organización. A diferencia de la Cuenta para el pago de las remuneraciones, las pasividades y los beneficios sociales, donde se generaba controversia respecto a la acreditación de otros fondos, esta cuenta permite la acreditación de fondos provenientes de cualquier concepto, incluso si su titular es calificado como de riesgo alto en materia

acogerse a un régimen que les permite beneficiarse de exoneraciones tributarias. Aunque actualmente el Texto Ordenado vigente es del año 2023, aprobado por el Decreto 101/024, del 4 de abril, la Ley 19.210/2014 hace referencia al Texto Ordenado de 1996.

¹⁴³ La norma bancocentralista permite aplicar procedimientos simplificados cuando se cumplan las siguientes condiciones: las acreditaciones totales anuales en la cuenta no superen 305.000 UI (trescientos cinco mil Unidades Indexadas) o su equivalente en otras monedas; la cuenta no se encuentre autorizada a realizar transacciones al exterior; y sea la única cuenta que la empresa de reducida dimensión económica mantiene en el sistema financiero.

de prevención de lavado de activos. En consecuencia, las instituciones de intermediación financiera, en todo caso, se encuentran obligadas a su apertura y mantenimiento.

Dada la considerable restricción impuesta por los límites anuales de ingresos para calificar una empresa como monotributista¹⁴⁴ o contribuyente comprendido en el literal E) del artículo 52 del Título 4 del Texto Ordenado 1996¹⁴⁵, es probable que las instituciones de intermediación financiera califiquen a estas empresas como de riesgo bajo en materia de prevención de lavado de activos. La Ley está diseñada para asegurar la apertura de cuentas y el acceso al sistema financiero por sujetos cuyo riesgo de lavado de activos es, probablemente, reducido. Aunque pueden existir otros factores que disminuyan su atractivo como clientes, en términos de prevención del lavado de activos estos sujetos no suelen enfrentar dificultades.

En cambio, la Ley no garantiza el acceso a los servicios financieros para las empresas de mediana y gran dimensión económica, cuya operativa es intrínsecamente más riesgosa.

b. Régimen sancionatorio

Considerando los cometidos de regulación, fiscalización y sanción que la legislación encarga al Banco Central del Uruguay, es relevante

¹⁴⁴ Según el artículo 71 literal A) de la Ley 18.083/2006, el límite de ingresos anuales para el régimen de Monotributo se diferencia según el contribuyente. Las empresas unipersonales no pueden superar el 60% (sesenta por ciento) del límite establecido en el literal E) del artículo 52 del Título 4 del Texto Ordenado 1996, es decir, 183.000 UI (ciento ochenta y tres mil Unidades Indexadas). Para las sociedades de hecho, el límite se incrementa al 100% (cien por ciento), es decir, 305.000 UI (trescientos cinco mil Unidades Indexadas).

¹⁴⁵ De acuerdo con el artículo 122 del Decreto 150/007, del 26 de abril, los contribuyentes comprendidos en el literal E) del artículo 52 del Título 4 del Texto Ordenado 1996 estarán exonerados siempre que el monto de sus ingresos en el ejercicio no supere las 305.000 UI (treinta y cinco mil Unidades Indexadas).

analizar sus facultades frente a los actos de *de-risking* realizados por las instituciones de intermediación financiera.

***De-risking con relación a cuentas bancarias reguladas por la Ley 19.210/2014**

La Ley 19.210/2014 establece un régimen jurídico aplicable ante las prácticas de *de-risking*, que obliga al Banco Central del Uruguay a intervenir cuando se niegue la apertura o el mantenimiento de las cuentas bancarias reguladas por la Ley a los sujetos con derecho de acceso.

Así, el artículo 28 compete al organismo la reglamentación y el control del cumplimiento de los artículos que garantizan la no discriminación, la gratuidad y el cumplimiento de las condiciones básicas mínimas de las Cuentas para el pago de las remuneraciones, las pasividades y los beneficios sociales y las Cuentas para empresas de reducida dimensión económica. En caso de detectar algún acto discriminatorio hacia un sujeto considerado de riesgo alto en materia de prevención de lavado de activos, pero que cumpla con los requisitos para acceder a estas cuentas, el Banco Central del Uruguay tiene la facultad de sancionar, tanto a la institución de intermediación financiera, como a su personal superior.

La Carta Orgánica del Banco Central del Uruguay, en su artículo 38, literales L), M) y N), confiere a la Superintendencia de Servicios Financieros la competencia de imponer sanciones que van, desde la mera observación, a multas, así como proponer al Directorio otras sanciones más severas, como la intervención de la institución, la suspensión de sus actividades o la revocación de la autorización para funcionar. Asimismo, con relación al personal superior, puede disponer la instrucción de sumarios y proponer al Directorio la adopción de sanciones.

En concordancia con el marco legal relacionado, el Banco Central de Uruguay regula el régimen sancionatorio en el Libro VII de la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero. La Parte I de dicho libro contempla las sanciones aplicables por el

organismo a las instituciones de intermediación financiera. Considerando que las unidades reguladoras ejercen funciones de carácter administrativo, las decisiones pueden ser impugnadas mediante recursos administrativos y, posteriormente, revisadas a través de la vía contencioso-administrativa, conforme a lo establecido en la Constitución.

***De-risking con relación a cuentas bancarias no reguladas por la Ley 19.210/2014**

Los actos de *de-risking* relacionados con cuentas bancarias que no están reguladas por la Ley 19.210/2014, carecen de un régimen sancionatorio de rango legal. Esta ausencia permite que las instituciones de intermediación financiera ejerzan una mayor discreción en la aceptación de clientes, basándose en las normas bancocentralistas y en sus políticas internas.

El artículo 293 de la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero, titulado «*Políticas y Procedimientos de Debida Diligencia*», en la redacción dada por la Circular 2.311/2018 del 10 de diciembre, dispone que las instituciones de intermediación financiera deben definir reglas claras de aceptación de clientes, basadas en evaluaciones de riesgo. La norma ejemplifica factores de riesgos admitidos, como el país de origen, el nivel de exposición política, el tipo de negocio o actividad, las personas o cuentas vinculadas, el tipo de producto requerido y el volumen de operaciones. Por ende, el sistema de gestión de riesgos implementado por las instituciones de intermediación financiera debe contemplar en qué casos acepta y en qué casos niega el acceso a cuentas bancarias en función del riesgo. Adviértase, pues, que la denegación de acceso a servicios financieros basada en la clasificación de clientes como de riesgo alto, no es admitida si no fue previamente estipulada en las políticas internas. De suceder, la institución estaría infringiendo la normativa regulatoria y quedaría sujeta a sanciones por el Banco Central del Uruguay según lo dispuesto en la Parte I del Libro VII

de la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero.

En cambio, si una institución de intermediación financiera establece en sus políticas la decisión de no brindar servicios a ciertos sujetos debido al riesgo asociado, entonces la negativa adquiere legitimidad. En este contexto, las instituciones podrían aplicar estrategias de *de-risking* siempre que establezcan previa y claramente los sectores o actividades a los que no prestarán servicios.

Así lo ha entendido el organismo regulador y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Frente a los actos de *de-risking* fundamentados en las políticas internas de la institución, los sujetos afectados que han buscado protección, tanto en el organismo regulador como en las vías jurisdiccionales, no han obtenido resultados auspiciosos.

Un caso ilustrativo es el de la Iglesia Universal del Reino de Dios. En 2015, la iglesia presentó una denuncia ante la Superintendencia de Servicios Financieros del Banco Central del Uruguay, debido a que ocho instituciones de intermediación financiera locales le negaron la apertura de cuenta bancaria. Los motivos esgrimidos se basaron en sus políticas de prevención del lavado de activos.

Por Resolución SSF-246/2016, del 22 de abril, la Superintendencia de Servicios Financieros desestimó la petición sosteniendo que la aceptación de clientes por parte de las instituciones de intermediación financiera depende de su política comercial, la cual deriva de su libertad para desarrollar actividades económicas y de contratación¹⁴⁶. Tras la presentación de los recursos de revocación y jerárquico por la Iglesia, finalmente el Directorio del Banco Central del Uruguay confirmó en todos sus términos la resolución de la Superintendencia de Servicios Financieros.

¹⁴⁶ Similar posición adoptó la Superintendencia de Servicios Financieros en las Resoluciones SSF-320/2018, del 7 de junio y SSF-634/2020, del 14 de octubre.

De lo expuesto se infiere que el organismo regulador interpreta que no cuenta con potestades para exigir a las instituciones de intermediación financiera que proporcionen servicios a los clientes considerados de riesgo alto en términos de lavado de activos. El organismo prioriza la libertad de contratar y de contratación al amparo del principio constitucional de libertad de empresa.

La posición del Banco Central del Uruguay fue posteriormente confirmada en vía jurisdiccional. La Sentencia 728/2019 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, dictada con fecha 29 de octubre, desestimó la pretensión anulatoria presentada por la Iglesia Universal del Reino de Dios¹⁴⁷. El Tribunal consideró que la negativa de las instituciones de intermediación financiera no fue arbitraria, ni abusiva, sino que se basó en sus políticas legítimas de prevención del lavado de activos. La operativa de la accionante no satisface los requisitos mínimos para determinar adecuadamente el origen de los fondos que recibe en concepto de donaciones y el conocimiento de los beneficiarios finales.

III. Tutela del usuario de servicios financieros en Uruguay

Los derechos constitucionales no son absolutos¹⁴⁸, pero, como contrapartida, su limitación debe estar justificada por razones de interés general y ser establecida mediante un acto legislativo nacional, garantías que surgen de los artículos 7 y 36 de la Constitución. Por otra parte, la interpretación de estas leyes debe realizarse de manera estricta, pues representan excepciones al principio constitucional¹⁴⁹.

Uruguay sancionó normas tuitivas del consumidor, estableciendo límites al ejercicio del derecho de libertad de empresa. En el ámbito

¹⁴⁷ Similar posición adoptó el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Sentencia 376/2022, del 9 de junio.

¹⁴⁸ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia 181/2003 de 21 de marzo (ROU).

¹⁴⁹ LÓPEZ RODRÍGUEZ, C. E., *Defensa de la Competencia* (Montevideo: La Ley Uruguay, 2009), p. 39.

financiero se identifican dos áreas de regulaciones. Por un lado, se encuentra la normativa de carácter general orientada a la protección del consumidor y, por otro, las normas específicas dirigidas a garantizar los derechos del usuario de servicios financieros. Estas últimas son aplicables al cliente de servicios financieros, sea consumidor o no.

La legislación en materia de defensa de la competencia también desempeña un papel fundamental en la protección del consumidor. Aunque su enfoque principal se dirige hacia los proveedores de bienes y servicios, su propósito último es asegurar un entorno competitivo. De esta manera, se concibe a la competencia como una herramienta que beneficia al consumidor.

A. Régimen de protección

1. Ley 17.250/2000

La Ley 17.250/2000, del 11 de agosto, de Relaciones de Consumo, reglamentada por el Decreto 244/2000, del 23 de agosto, regula las relaciones de consumo entendidas como el vínculo que se establece entre el proveedor a título oneroso de un producto o servicio y el consumidor¹⁵⁰. Se trata de una ley de orden público cuya finalidad es proteger al consumidor, sin desequilibrar la relación¹⁵¹.

El aspecto fundamental en la definición de proveedor es la profesionalidad. La provisión de bienes o la prestación de servicios debe ser su actividad principal y constituir su medio de vida¹⁵². Las instituciones de intermediación financiera ofrecen servicios especializados y diseñados para satisfacer las necesidades de los

¹⁵⁰ Aunque la Ley establece que el vínculo es a título oneroso, equipara a las relaciones de consumo aquellos casos en los que se proporciona productos o servicio de forma gratuita, siempre que se realice en función de una eventual relación de consumo. Esto abarca, por ejemplo, la entrega de muestras gratis.

¹⁵¹ SZAFIR, D., *Consumidores. Análisis exegético de la Ley 17.250*, 5ª ed. (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2022), p. 26.

¹⁵² RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, op. cit., t.IV, p. 242.

consumidores¹⁵³. La Ley no excluye a las empresas del sector financiero de sus disposiciones, por lo que éstas quedan incluidas en el concepto de proveedor y, por ende, están sujetas a las normas que regulan las relaciones de consumo¹⁵⁴.

El artículo 2 de la Ley, por su parte, define al consumidor, identificándolo como el destinatario final en una relación de consumo o en función de ella.

a. La tutela del consumidor futuro

Se observa que, en principio, la Ley regula vínculos contractuales ya perfeccionados. Su aplicación se restringe a la interacción entre proveedores y consumidores que formalizaron la relación. Sin embargo, a poco que se profundiza, se percibe que la Ley protege, también, a quienes tienen la intención de contratar, pero aún no lo han hecho¹⁵⁵. En efecto, existen disposiciones que revelan que la protección se extiende a potenciales consumidores. Así, el artículo 32 establece, explícitamente, la responsabilidad en la fase precontractual en caso de que el proveedor viole la obligación de actuar de buena fe.

En la materia que nos ocupa, esta responsabilidad inherente a la etapa precontractual parece resultar aplicable. En primer lugar, cuando una institución de intermediación financiera niega el acceso a los servicios financieros a categorías generales, no se llega a la fase precontractual. La etapa precontractual implica, pues, haber comenzado las tratativas para la elaboración del contrato y requiere una manifestación de voluntad para

¹⁵³ MERLINSKI, R., «La actividad bancaria y las relaciones de consumo», *Revista de Derecho Comercial*, n° 2 (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009), p. 272.

¹⁵⁴ ALFARO BORGES, J., «La naturaleza jurídica del depósito bancario en cuenta corriente y el derecho a la información del depositante como consumidor», *Revista de Derecho*, año 3, n° 5 (Montevideo: Universidad de Montevideo, 2004), p. 152.

¹⁵⁵ La relación de consumo puede prescindir del acuerdo de voluntades, fundamentando el vínculo en fuentes legales, como el artículo 4 de la Ley y el artículo 1246 del Código Civil (SZAFIR, op. cit., p. 287).

negociar, que genere credibilidad de la propuesta y una verdadera relación entre las partes¹⁵⁶. Sin embargo, en los casos de *de-risking* que afectan a grupos generales, esta relación no se establece, ya que la exclusión se fundamenta en criterios predefinidos por la institución. Como resultado, no se inicia una negociación específica con cada potencial cliente, ni se crea una expectativa de una eventual relación contractual.

En segundo lugar, si la institución de intermediación financiera y el consumidor efectivamente entran en la fase precontractual, pero la institución decide negar el acceso a una cuenta bancaria tras realizar una evaluación individualizada y razonable de los riesgos de lavado de activos, y se constata un riesgo elevado, es probable que esta acción de *de-risking* no se considere una falta de buena fe. En consecuencia, la institución tiene la libertad de interrumpir las negociaciones si lo estima conveniente, sin incurrir en responsabilidad por no concretar el contrato.

El artículo 22 de la Ley, en el literal A, también salvaguarda a los futuros consumidores al considerar como práctica abusiva el rechazo de productos o servicios cuando existe disponibilidad según los usos y costumbres y la posibilidad de brindar el servicio¹⁵⁷. La negativa sólo es aceptable si la oferta se ha restringido y se ha comunicado previamente al consumidor. De este artículo se infiere que, como regla general, las instituciones de intermediación financiera no deben negar el acceso a los servicios financieros, incluso, si se considera que los solicitantes representan un riesgo en términos de prevención de lavado de activos.

A pesar de lo dicho precedentemente, la norma contempla la posibilidad de excluir a ciertas categorías de clientes en circunstancias específicas. Esta exclusión se justifica en dos casos particulares. En primer lugar, cuando la entidad restringe la oferta de servicios financieros

¹⁵⁶ GAMARRA, J., *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XI, 3ra. ed. (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1993), pp. 30-31.

¹⁵⁷ La enumeración de las prácticas abusivas en la oferta que realiza el artículo 22 es a vía de ejemplo.

y lo comunica anticipadamente a los consumidores. Esta disposición permite que categorías de riesgo alto en términos de lavado de activos sean excluidas porque la entidad tiene el derecho de no extender sus servicios a ciertos sectores o actividades. No obstante, la denegación de la apertura de cuenta será legítima si la limitación se comunicó previamente a los consumidores. Se permite restringir o condicionar la oferta siempre que se realice de manera clara y transparente¹⁵⁸.

En segundo lugar, adviértase que una institución podría negar el acceso a la inclusión financiera si no cuenta con la disponibilidad del producto o servicio. Esto plantea la interrogante de si es posible que una institución de intermediación financiera carezca de cuentas bancarias para ofrecer. En caso de considerar que toda cuenta bancaria constituye un único servicio, la institución de intermediación financiera está obligada a la apertura a cualquier sujeto interesado. Bajo esta perspectiva, independientemente del tipo de cuenta, todas quedan incluidas dentro del mismo concepto de contrato bancario, mediante el cual la institución se compromete a registrar los ingresos y egresos de fondos. Aunque cada tipo de cuenta tiene sus particularidades, como el hecho de que una cuenta corriente permite operar mediante cheques mientras que otras cuentas pueden no ofrecer esta funcionalidad, en todos los casos el concepto de cuenta bancaria se refiere a un servicio de caja proporcionado por la institución¹⁵⁹.

La perspectiva difiere si se sostiene que cada tipo de cuenta bancaria constituye un servicio diferenciado. El Decreto-Ley 15.322/1982, del 17 de setiembre, diferencia las cuentas corrientes de otros tipos de cuentas bancarias. En el ámbito administrativo, la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero contempla varios tipos, como las cuentas de depósito, las cuentas de custodia, las cuentas básicas de ahorro, las cuentas simplificadas para empresas de reducida dimensión

¹⁵⁸ SZAFIR, op. cit., p. 292.

¹⁵⁹ OLIVERA GARCÍA, «*Cuestiones de...*», op. cit., p. 145.

y las cuentas para pagos de nómina, honorarios profesionales, pasividades, beneficios sociales y otras prestaciones. Además, las cuentas se distinguen por si manejan fondos propios o de terceros.

SUPERVIELLE distinguió diversas categorías de operaciones que forman parte del conjunto denominado como depósito bancario¹⁶⁰. La diferenciación se basa en la intención económica para las partes y la función característica que cada modalidad cumple. Siguiendo un razonamiento análogo, se podría distinguir tipos de cuentas bancarias según la intención económica y la función característica que cada una persigue.

De lo expuesto surge que, si se entiende que cada tipo de cuenta bancaria representa un servicio independiente, las instituciones de intermediación financiera pueden rechazar de manera legítima la apertura de ciertos tipos de cuentas sin contravenir las regulaciones de relaciones de consumo. Por ejemplo, si una institución no proporciona cuentas de custodia, estaría justificado denegar la apertura de cuentas bancarias para operar por intermediarios de valores¹⁶¹.

¹⁶⁰ SUPERVIELLE SAAVEDRA, B., *El Depósito Bancario* (Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Biblioteca de Publicaciones Oficiales, 1960), p. 33.

¹⁶¹ La Ley 18.627/2009, del 2 de diciembre, de Regulación del Mercado de Valores, define en su artículo 94 a los intermediarios de valores como aquellas personas que realizan en forma profesional y habitual operaciones de intermediación entre oferentes y demandantes de valores, ya sean de oferta pública o privada. Dentro de la categoría definida como intermediarios de valores, se diferencian los agentes de valores, quienes actúan en el ámbito extrabursátil, y los corredores de bolsa, que actúan como miembros de una bolsa de valores u otra institución que constituya un mercado de negociación de valores de oferta pública. La Recopilación de Normas del Mercado de Valores establece en su artículo 62 las actividades que pueden realizar los intermediarios de valores una vez obtenida la autorización para funcionar. Entre dichas actividades, se encuentra la custodia de valores a nombre propio por cuenta de clientes.

b. La tutela del consumidor contratante

La Ley 17.250/2000 aborda la protección de los consumidores en su rol de contratantes. El artículo 30 enuncia que, cualquier cláusula incluida en un contrato de adhesión que implique desequilibrios claros e injustificados en los derechos y deberes de las partes, perjudicando al consumidor, es considerada abusiva y susceptible de ser declarada nula. En la misma línea, el artículo 31, literal D, considera abusiva las cláusulas que concedan exclusivamente al proveedor la facultad de poner fin a la relación contractual.

Las disposiciones referidas en el párrafo precedente son aplicables específicamente a los contratos de adhesión entre proveedores y consumidores¹⁶². En los contratos sujetos a negociación, la legislación no considera el desequilibrio como una circunstancia relevante¹⁶³.

Así, nuestro régimen jurídico reconoce la necesidad de estandarizar la contratación en contextos de producción masiva, dirigida a una pluralidad de contratantes indeterminados¹⁶⁴, como ocurre en el sector bancario, donde la homogeneización de los términos contractuales es esencial para su funcionamiento. El legislador comprende que la negociación individual de los contratos podría aumentar los costes de transacción o incluso hacer inviable la operativa de las empresas, lo que justifica acudir a los contratos de adhesión. No obstante, los proveedores a menudo redactan estos contratos priorizando sus intereses, resultando en cláusulas que comprometen el equilibrio jurídico, motivo por el cual el ordenamiento regula su uso¹⁶⁵.

¹⁶² SZAFIR sostiene que, aunque la Ley 17.250/2000 consagró la prohibición de cláusulas abusivas únicamente en los contratos de adhesión, analógicamente se pueden aplicar también a los contratos negociados cuando existe diferente poder de negociación entre las partes (SZAFIR, op. cit., p. 364).

¹⁶³ GAMARRA, J., *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXVI (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009), p. 53.

¹⁶⁴ Id. *Ibíd*, p. 8.

¹⁶⁵ DE CORES HELGUERA, «*Introducción al derecho...*», op. cit., pp. 207-208.

Para asegurar que las cláusulas no se interpreten como desequilibradas o contrarias al principio de igualdad, en los contratos bancarios se suele estipular el desistimiento unilateral y recíproco entre los contratantes¹⁶⁶.

En otros casos, el desistimiento unilateral es atribuido por la ley, como en las cuentas corrientes. El artículo 34 de la Ley 6.895/1919, del 24 de marzo, de Regulación de los Cheques y las Cuentas Corrientes, permite tanto al banco como al cliente solicitar el cierre de la cuenta corriente, exigiendo, en todo caso, un preaviso de diez días, a menos que exista un acuerdo en contrario.

En ausencia de disposiciones contractuales o legales específicas, y considerando que los contratos de cuenta bancaria suelen ser de duración indefinida, los principios generales del ordenamiento jurídico conceden, a ambas partes, la facultad de desistir del contrato. Aunque el contrato tenga fuerza vinculante, se reconoce la libertad jurídica para dar por terminada la relación contractual, evitando que las partes queden indefinidamente comprometidas¹⁶⁷. La única exigencia es que se brinde a la contraparte un aviso previo y razonable¹⁶⁸.

¹⁶⁶ El desistimiento unilateral implica el ejercicio del derecho de receso, concedido a uno o ambos contratantes, que permite a quien lo ejerce poner fin al vínculo contractual por su propia voluntad y sin intervención judicial. Para su ejercicio, basta con la acción unilateral del interesado, logrando así el efecto deseado sin requerir acción alguna de la contraparte (GAMARRA, J., *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XIV, 3ª ed. [Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000], p. 233).

¹⁶⁷ Id. *Ibid.*, p. 240.

¹⁶⁸ MILLER propone la implementación de un procedimiento de dos etapas para determinar si el desistimiento unilateral se llevó a cabo de manera abusiva. En la primera etapa, se debe analizar de manera aislada, sin considerar otros factores, si la parte que lo ejerce tiene justa causa para hacerlo. Si se establece que existe una justa causa, no es necesario un aviso previo. En caso de no existir justa causa, se ingresa a la segunda etapa. La presencia de un aviso previo, en un plazo razonable, se considera indicador de buena fe en la ejecución. La razonabilidad del plazo se fundamenta en que la parte que sufre la terminación del contrato cuente con la posibilidad de reorganizarse y buscar alternativas comerciales similares (MILLER, A., *Manual de Derecho Comercial. Derecho Comercial I*, t. II [Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2022], pp. 223-225).

c. La tutela del no consumidor

Muchos de los contratos bancarios se celebran entre instituciones de intermediación financiera y empresarios¹⁶⁹. La redacción dada al inciso 2 del artículo 2 de la Ley 17.250/2000 suscita dificultades interpretativas sobre si las empresas pueden ser consideradas consumidores.

SZAFIR sostiene que las empresas no están necesariamente excluidas de la tutela legal. Según su interpretación, quienes no sean destinatarios finales de un producto o servicio, pero no lo integren en los procesos de transformación, producción o comercialización, deben ser considerados consumidores. Por consiguiente, la definición de consumidores abarcaría, tanto a las empresas que son destinatarias finales, como a aquellas que no lo son, siempre, claro, que no integren el producto o servicio en los procesos mencionados¹⁷⁰.

En posición contraria, OLIVERA argumenta que la Ley 17.250/2000 no brinda protección a las empresas debido a su carácter profesional. Las empresas se encuentran en condiciones de tomar decisiones informadas y adecuadas a sus necesidades económicas y productivas. Esta postura se sustenta en términos económicos. Las empresas, se razona, adquieren bienes y servicios por su valor de cambio, mientras que el consumidor obtiene satisfacción personal a través del uso¹⁷¹. GAMARRA respalda esta postura al distinguir entre proveedores y consumidores. Las empresas estarían catalogadas como proveedores debido a que producen bienes y servicios de manera habitual, con una organización estable y con el objetivo de obtener beneficios y satisfacer necesidades profesionales¹⁷². CAFFERA, en la misma línea, afirma que el inciso 2 del artículo 2 no establece requisitos acumulativos, sino que la condición de no ser

¹⁶⁹ GAMARRA, op. cit., t. XXVI, p. 109.

¹⁷⁰ SZAFIR, op. cit., p. 41.

¹⁷¹ OLIVERA GARCÍA, R., «El concepto de consumidor en la Ley de relaciones de consumo», *Tribuna del Abogado*, n°119 (Montevideo: Colegio de abogados del Uruguay, 2000), pp. 11-13.

¹⁷² GAMARRA, op. cit., t. XXVI, p. 12.

destinatario final es el resultado de la integración de los productos o servicios en los procesos de transformación, producción o comercialización¹⁷³.

MERLINSKI coincide en que las empresas no están protegidas por la regulación de consumo, porque adquieren productos o servicios con el fin de incorporarlos en dichos procesos. Por el contrario, aquellas personas físicas y jurídicas que no utilicen los bienes o servicios para las actividades empresariales, sino para satisfacer necesidades estrictamente personales, como la colocación de ahorros con fines de inversión, serán consideradas consumidores¹⁷⁴.

LÓPEZ RODRÍGUEZ sostiene que el hecho de que una persona sea el destinatario final de un producto o servicio es lo que determina su condición de consumidor, independientemente de si integra el producto en un proceso de producción, transformación o comercialización. La clave del concepto de consumidor radica en la calidad de destinatario final, es decir, en utilizar el producto o servicio para su propio beneficio, fuera del ámbito comercial. El consumidor representa el último eslabón del ciclo económico y, por ende, el bien o servicio no se comercializa nuevamente. Aunque sea adquirido con el propósito de integrarlo en un proceso, el sujeto seguirá siendo consumidor si se constituye en el destinatario final¹⁷⁵.

WONSIK aboga por un enfoque equilibrado, basado en un criterio de razonabilidad. Propone atender el contexto específico de cada transacción para determinar si una empresa puede ser considerada consumidor. En caso de que el producto o servicio adquirido sea esencial para el proceso de producción, transformación o comercialización, la

¹⁷³ CAFFERA, G., *Obligaciones* (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2018), p. 181.

¹⁷⁴ MERLINSKI, R., «Consumidores de servicios financieros: ¿quiénes son?», en: AA.VV., *Dinamismo y Desafíos del Derecho Comercial* (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2013), pp. 412-414.

¹⁷⁵ RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, op. cit., t. IV, pp. 246-247.

empresa no debería ser considerada consumidor¹⁷⁶. Siguiendo este criterio, si una empresa utiliza la cuenta bancaria exclusivamente para realizar los pagos a los proveedores, podría ser considerada consumidor según la Ley 17.250/2000, porque el servicio contratado tiene una función instrumental y facilitadora. En cambio, si la cuenta bancaria se integra en la operativa de la entidad, como sucede cuando realizan transferencias de fondos, otorgamiento de créditos o custodia de valores, el vínculo entre la empresa y la institución de intermediación financiera no configuraría una relación de consumo.

En lo que nos ocupa, las distintas posiciones doctrinarias muestran que el concepto de consumidor es más restringido que el de cliente bancario, ya que es posible que algunos clientes no se consideren consumidores de acuerdo con la Ley¹⁷⁷. No obstante, aunque las empresas interesadas en contratar servicios financieros no se consideren consumidores, aún podrían encontrar protección ante los actos de *de-risking*.

En efecto, BLENGIO propone extender por analogía la normativa de la Ley 17.250/2000 a otras situaciones que presenten disparidad de poder negocial, a pesar de que no configuren relaciones de consumo. Considera que no es la condición de consumidor lo que justifica una regulación protectora, sino la asimetría de poder entre las partes involucradas¹⁷⁸. Desde esta perspectiva, un acto de *de-risking* realizado por una institución de intermediación financiera hacia una empresa en posición de debilidad en las negociaciones, le permitiría reclamar la protección

¹⁷⁶ DÍAZ SIERRA, M., «Desde la autonomía de la voluntad a la institucionalización de la figura del sujeto débil. ¿La caída de la doxa?», *Revista de Derecho*, año 1, n° 2 (Montevideo: Universidad de Montevideo, 2002), p. 126.

¹⁷⁷ ALFARO BORGES, op. cit., p. 149.

¹⁷⁸ BLENGIO, J. E., «Ámbito subjetivo de aplicación de ley de las relaciones de consumo desde la perspectiva de la noción de consumidor y la viabilidad de su extensión analógica», *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXX (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000), pp. 463-464.

que la legislación otorga a los consumidores, a pesar de que su condición de consumidor pueda ser cuestionada.

La viabilidad de una interpretación analógica no recibe respaldo unánime. CAFFERA afirma que la protección del contratante débil no debe extenderse más allá del ámbito establecido por las leyes especiales. En este caso, afirma, no existe un vacío legal que deba ser integrado, ya que la normativa general abarca todos los contratos, incluso aquellos que presentan asimetrías. Por su parte, la Ley 17.250/2000 protege a todos los consumidores, independientemente de su posición de fuerza o debilidad. Lo que justifica su régimen especial es que los contratos tienen como finalidad satisfacer necesidades personales. La distinción que realiza la normativa, no se basa en la simetría o asimetría de las relaciones, sino en la finalidad de satisfacer necesidades personales o de lucro¹⁷⁹.

GAMARRA añade que, al sancionar la Ley 17.250/2000, el legislador reconoció que en otras situaciones no se aplicaría el mismo criterio. La regulación, mediante una ley especial, no debería ampliarse más allá de la categoría sectorial específicamente abordada por dicha ley¹⁸⁰.

Debe observarse, además, que si una empresa se encuentra afectada por prácticas de *de-risking* implementadas por instituciones de intermediación financiera, puede buscar amparo en los principios generales del derecho a través del instituto del abuso del derecho¹⁸¹.

¹⁷⁹ CAFFERA, op. cit., pp. 182-187.

¹⁸⁰ GAMARRA, op. cit., t. XXVI, pp. 144-145.

¹⁸¹ La evolución de los derechos subjetivos ha sido influenciada por la visión del ser humano como un ser social. Esta transformación implica abandonar la idea de los derechos como prerrogativas absolutas y de ejercicio ilimitado, sin considerar los intereses de terceros que podrían verse afectados. En su lugar, se priorizan los intereses colectivos sobre los individuales. En este nuevo paradigma, surge el concepto del abuso del derecho. El instituto reconoce que la antijuricidad no se limita a cuestiones meramente formales, basadas únicamente en la idea de que todo lo no prohibido está permitido. Se amplía la noción para abarcar situaciones en las cuales los actos, aunque se ajusten

Según la doctrina nacional, este instituto es reconocido por el artículo 1321 del Código Civil, del cual se desprende que exceder los límites internos de los derechos constituye una conducta ilícita que conlleva la obligación de reparar el daño causado.

El ejercicio de la libertad empresarial por las instituciones de intermediación financiera encuentra límites en la buena fe, la moral y las buenas costumbres¹⁸². Si prevalece la intención de causar perjuicio, en lugar de buscar beneficios, si se opta por la alternativa que causa más perjuicio a la otra parte, o si la actuación deja de ser razonable para volverse arbitraria, entonces se considera que la institución está abusando de esa libertad.

El contexto social y económico en el que se desenvuelven las entidades modernas también debe ser tenido en cuenta al abordar los límites a la libertad de empresa. La concepción tradicional de las empresas persiguiendo ganancias a cualquier costo ha evolucionado hacia una perspectiva de responsabilidad social corporativa, donde las empresas se perciben como actores fundamentales del desarrollo económico y social. Ya no se trata de entidades aisladas, sino que se conciben como una parte integral de la economía global¹⁸³. Desde este enfoque, se asume que la actividad empresarial puede tener impactos, tanto positivos como negativos, en la sociedad. Por lo tanto, las empresas continúan creando riqueza y bienestar, pero incorporan la responsabilidad social en su misión¹⁸⁴.

formalmente al ordenamiento jurídico, producen resultados contrarios a los fines y propósitos de dicho ordenamiento (BLENGIO, J. E., «Abuso del derecho. Breves reflexiones sobre algunos de sus aspectos principales», en: *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXXVIII [Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008], p. 638).

¹⁸² ORDOQUI CASTILLA, G., *Abuso del derecho en civil, comercial, procesal, laboral y administrativo* (Montevideo: Amalio M. Fernández, 2009), p. 413.

¹⁸³ CONESA, F., *Libertad de empresa y Estado de Derecho* (Madrid: Rialp, 1978), p. 128.

¹⁸⁴ CALLEJA CANELAS, T., *El protagonismo social de la empresa*, Cuadernos de Empresa y Humanismo, n°66 (Pamplona: Universidad de Navarra, 1997), p. 32.

En consecuencia, es imperativo evaluar las decisiones empresariales, incluidos los actos de *de-risking*, desde una perspectiva socialmente responsable. Dado que el acceso universal al sistema financiero se considera crucial para el progreso económico y social, la falta de colaboración suficiente por parte de las instituciones de intermediación financiera para facilitarlo podría ser interpretada como un abuso de su derecho. Ante el ejercicio abusivo, GAMARRA sostiene que la respuesta no se limita a la reparación del daño causado, sino que, también, se produce una especie de caducidad de ese derecho, excluyéndolo de la tutela por parte del ordenamiento jurídico¹⁸⁵.

2. Ley 16.696/1995

El artículo 38 de la Carta Orgánica del Banco Central del Uruguay, atribuye a la Superintendencia de Servicios Financieros competencias vinculadas a la protección de los consumidores financieros. A estos efectos, dicta normas generales de prudencia e instrucciones particulares, así como atiende los reclamos de los consumidores de las entidades supervisadas.

La razón para otorgar un especial tratamiento al consumidor financiero radica en la significativa influencia y complejidad del sector. Por un lado, el adecuado funcionamiento del mercado financiero es crucial para mantener la continuidad en la cadena de pagos, incentivar el ahorro público, posibilitar el financiamiento de sectores productivos y ejecutar las políticas monetarias y crediticias¹⁸⁶. Por otro lado, en el ámbito financiero, los clientes suelen estar en una posición desventajosa frente a las instituciones de intermediación financiera debido al conocimiento

¹⁸⁵ GAMARRA, J., *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XIX, v. I, 2ª ed. (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1998), p. 205.

¹⁸⁶ ARTECONA GULLA, D., «El Banco Central del Uruguay como autoridad reguladora del sistema financiero nacional», en: Duran Martínez (Dir.), *Estudios de Derecho Administrativo*, n° 16, pp. 61-92 (Montevideo: La Ley Uruguay, 2017), p. 70.

técnico superior que éstas poseen¹⁸⁷. La especialidad de las operaciones financieras y los riesgos asociados, hacen necesaria la implementación de un régimen particular de protección al consumidor financiero y la designación de una autoridad de regulación y control con un profundo entendimiento de las características del sector. Este enfoque busca promover la transparencia en las transacciones y reducir la disparidad informativa.

En 2009, mediante el dictado de las Circulares 2.015/2009, del 9 de marzo, y 2.016/2009, del 26 de marzo, se reguló el relacionamiento de las instituciones de intermediación financiera con sus clientes y los aspectos vinculados con la transparencia de la información en la oferta de servicios. Estas circulares, sujetas a sucesivas modificaciones, se encuentran compiladas en el Libro IV de la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero, bajo el título «*Protección al usuario de los servicios financieros*». La normativa establece los requisitos de información que las instituciones de intermediación financiera deben proporcionar en las distintas etapas de la relación contractual, los compromisos de las instituciones para un funcionamiento adecuado del servicio y los procedimientos para resolver las disputas con los usuarios. Los aspectos regulados incluyen, asimismo, las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, alineándose las normas administrativas con la legislación vigente, ya que los artículos 335 y 336 de la Recopilación refieren, expresamente, a los artículos 30 y 31 de la Ley 17.250/2000.

Las normas bancocentralistas no abordan el acceso a los servicios financieros. El Libro IV de la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero hace referencia en todo momento al término «cliente», enmarcando una relación contractual ya perfeccionada o, en el mejor de los casos, detallando la información a proporcionar previo a la formalización del contrato. No se establece el derecho de acceso para aquellos interesados en contratar servicios financieros, ni se

¹⁸⁷ MILLER, op. cit., t. II, p. 526.

impone a las instituciones de intermediación financiera la obligación de facilitar la apertura o el mantenimiento de las cuentas bancarias.

En cambio, el Libro III de la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero, en el Capítulo II referente a los procedimientos de diligencia a aplicar, contempla dos situaciones en las que las instituciones de intermediación financiera no pueden prestar sus servicios. En primer lugar, el artículo 293, en la redacción dada por la Circular 2.311/2018 del 10 de diciembre, ordena abstenerse de iniciar nuevas relaciones comerciales o finalizar las relaciones existentes cuando no sea posible aplicar procedimientos adecuados de diligencia debida. En segundo lugar, el artículo 302, en la redacción dada por la Circular 2.367/2020 del 17 de diciembre, establece que, tratándose de cuentas vinculadas a personas que manejan fondos de terceros, se debe restringir o finalizar la relación si el cliente se niega reiteradamente a proporcionar información sobre los beneficiarios de una operación o el origen de los fondos. Adviértase que la negación del acceso al sistema financiero está prevista ante una verdadera imposibilidad de gestionar los riesgos por parte de la institución o, en su caso, una efectiva falta de colaboración del cliente.

B. Régimen de defensa de la competencia

La Ley 18.159/2007, de 20 de julio, de Defensa de la libre competencia en el comercio, reglamentada por el Decreto 404/007, del 29 de octubre, establece tres conductas sujetas a regulación: las prácticas prohibidas, el abuso de posición dominante y la concentración de empresas.

La Exposición de Motivos destaca la importancia de la regulación de la defensa de la competencia como una herramienta para la mejora de la calidad de vida de todos los habitantes. A pesar de que el principio de libertad empresarial se encuentra consagrado en la Constitución, se enfatiza que la existencia de mercados competitivos beneficia, tanto a los

consumidores actuales, como a los futuros. Estos mercados permiten que los ciudadanos dispongan del mayor número de bienes y servicios al menor precio posible, fomentan la búsqueda continua de calidad e innovación y facilitan la asignación eficiente de los recursos¹⁸⁸. La centralidad del consumidor en el régimen de la defensa de la competencia implica que, al igual que la Ley 17.250/2000, esta norma actúa como un instrumento para su protección¹⁸⁹.

El régimen de la competencia se sustenta en la premisa de que el daño derivado de la concurrencia es, en sí mismo, lícito. El artículo 2 inciso 3 de la Ley reconoce que es aceptable que un agente económico pueda captar clientes o proveedores en detrimento de otro competidor. Para ello, la libre competencia promueve, como único esfuerzo justificable, que cada participante en el mercado procure un desempeño mejor que el de sus competidores¹⁹⁰.

1. De-risking y actos de competencia

El fenómeno de *de-risking* ha llevado a muchas instituciones de intermediación financiera a excluir del sistema financiero, incluso, a sujetos que están supervisados en términos de prevención del lavado de activos. Un ejemplo es la negativa de apertura de cuentas bancarias a empresas de transferencia de fondos, otorgamiento de crédito o intermediarios de valores, a pesar de encontrarse bajo supervisión del Banco Central del Uruguay. Las normas bancocentralistas han exigido a estas entidades invertir en recursos humanos, materiales y técnicos para mitigar el riesgo de ser utilizadas para el lavado de activos.

¹⁸⁸ PODER EJECUTIVO; *Proyecto de Ley de Promoción y Defensa de la Competencia* (Montevideo: Ministerio de Economía y Finanzas, 2005), pp. 1-2. Descargado de: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/documentos/repartido/representantes/46/322/0/PDF> Fecha de consulta: 24/10/2024.

¹⁸⁹ RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, op. cit., t. IV, p. 169.

¹⁹⁰ MARTÍNEZ BLANCO, C., *Curso de Derecho de la Competencia uruguayo* (Montevideo: Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, 2019), p. 84.

El modelo tradicional de intermediación financiera ha atravesado una crisis debido a dos factores principales; en primer lugar, la reducción de las ganancias en la actividad de intermediación, y, en segundo lugar, el aumento de los riesgos crediticios. En respuesta, los inversores comenzaron a dirigir sus recursos directamente a los prestatarios finales, evitando la intermediación a pesar del mayor riesgo que esto conlleva. Esta tendencia derivó en una revisión de la operativa bancaria. Los bancos advirtieron que, además de su función tradicional de intermediación, podían ofrecer una gama diversificada de servicios financieros. Así, comenzaron a actuar como asesores especializados, canalizadores de inversiones y custodios de valores. De este modo, la operativa bancaria ya no se limita a la clásica intermediación a través de contratos de depósito irregular y préstamos, sino que debe entenderse como una actividad financiera más amplia, que abarca cualquier gestión de inversión en recursos financieros¹⁹¹.

Como consecuencia de lo anterior, se ha señalado a los bancos por emplear la regulación sobre lavado de activos como una excusa para resguardarse de la competencia¹⁹². Prevalece la percepción de que, con la entrada de nuevos competidores en el mercado, las instituciones de intermediación financiera temen una disminución en la demanda de ciertos servicios que ofrecen, particularmente aquellos que no se ajustan al modelo tradicional de intermediación financiera¹⁹³.

Esta percepción se basa en estudios realizados en sectores que han sufrido prácticas de *de-risking*. Así, se ha demostrado que la reducción de

¹⁹¹ OLIVERA GARCÍA, «*Cuestiones de...*», op. cit., pp. 115-116.

¹⁹² TOSO MILOS, op. cit., p 8.

¹⁹³ Buen ejemplo de ello es el caso de la empresa remesadora Safe, a la que le cerraron las cuentas bancarias. Safe alegó que el cierre de sus cuentas bancarias por parte de instituciones financieras constituía un acto anticompetitivo, dado que el servicio podía ser sustituido por transferencias bancarias al exterior. Considerando que la Ley obligaba a las empresas remesadoras a mantener una cuenta corriente para efectuar transferencias de fondos, Safe manifestaba que el cierre de sus cuentas implicaba la imposibilidad de operar.

la competencia en el mercado de transferencias de fondos conduce a un incremento de los precios de los servicios. La menor competencia y la mayor participación de las instituciones de intermediación financiera en este mercado, se traduce en tarifas más elevadas¹⁹⁴. Asimismo, al examinar el tamaño de las empresas, se observa que las remesadoras más grandes se enfrentan al fenómeno de *de-risking* en la misma medida, o incluso más, que las pequeñas. Esto sugiere que la negativa de acceso al sistema financiero no está necesariamente relacionada con la reputación de la entidad interesada o con los recursos que destina al cumplimiento de las políticas de prevención de lavado de activos¹⁹⁵.

Por lo tanto, frente a la negativa de abrir cuentas a empresas competidoras de las instituciones de intermediación financiera, es crucial analizar si la decisión se basa, realmente, en un acto de *de-risking* o, por el contrario, la normativa de prevención de lavado de activos está siendo utilizada como una excusa para encubrir una conducta sujeta a regulación por la Ley 18.159/2007.

a. Prácticas prohibidas

La Ley establece un enfoque dual en cuanto a la interpretación de las conductas que prohíbe. El artículo 4 identifica prácticas que son consideradas prohibidas y sujetas a sanción una vez aplicada la «regla de la razón»¹⁹⁶. Por otro lado, el artículo 4 bis enumera prácticas que se

¹⁹⁴ BECK, T y MARTÍNEZ PERÍ, M., «What Explains the Price of Remittances? An Examination Across 119 Country Corridors», *World Bank Economic Review*; v. 25, issue 1 (UK: Oxford University Press, 2011), p. 107.

¹⁹⁵ FINANCE AND MARKETS GLOBAL PRACTICE OF THE WORLD BANK GROUP, *Report On The G20 Survey On De-Risking Activities In The Remittance Market* (Washington: The World Bank Group, 2015), p. 17.

¹⁹⁶ La Regla de la Razón establece que al evaluar prácticas que restringen la competencia se debe analizar sus efectos en el mercado relevante, considerando su impacto en la libre competencia y en los consumidores. A diferencia de aplicar automáticamente sanciones a prácticas anticompetitivas, esta regla exige un análisis detallado que evalúe aspectos como la naturaleza, el propósito y los efectos de la distorsión en el mercado. Por lo tanto, conductas que, aunque formalmente restrictivas, benefician a los consumidores o promueven la eficiencia económica, no se consideran anticompetitivas. El objetivo es

consideran prohibidas por su sola verificación. Estas conductas prohibidas *per se* son enunciadas de manera taxativa.

En el artículo 4 se identifican tres prácticas prohibidas que podrían ser relevantes para describir la conducta de las instituciones de intermediación financiera al denegar el acceso a cuentas bancarias a sus competidores: impedir el acceso a infraestructura esencial, obstaculizar el acceso de potenciales interesados en el mercado y rechazar injustificadamente la prestación del servicio. Además de las mencionadas, es posible que existan otras prácticas prohibidas, no enunciadas explícitamente, pero que se consideran ilegales debido a su concordancia con los criterios establecidos en el artículo 2 de la Ley¹⁹⁷.

***Impedir el acceso a infraestructura esencial**

El literal E de la Ley prohíbe impedir el acceso de los competidores a las infraestructuras que sean esenciales para la producción, distribución o comercialización de bienes, servicios o factores productivos.

Según la Real Academia Española, la infraestructura se define como el conjunto de elementos, dotaciones o servicios necesarios para el buen funcionamiento de la organización¹⁹⁸. En el ámbito de la política de competencia de la Unión Europea, el Glosario de Términos describe una infraestructura esencial como aquella necesaria para llegar a los clientes o permitir que los competidores ejerzan sus actividades empresariales. Se considera esencial si duplicarla resulta imposible o extremadamente complicado debido a obstáculos físicos, geográficos, legales o económicos¹⁹⁹.

determinar si la conducta ha sido razonable desde la perspectiva del mercado o si ha resultado perjudicial (MILLER, A., *Manual de Derecho Comercial. Parte general*, t. I [Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2022], pp. 161-162).

¹⁹⁷ MARTÍNEZ BLANCO, op. cit, p. 124.

¹⁹⁸ Voz, «infraestructura», REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Descargado de: <https://dle.rae.es/infraestructura> Fecha de consulta: 24/10/2024.

¹⁹⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Glosario de Términos utilizados en el ámbito de la política de competencia de la Unión Europea*, (Bruselas: Dirección General de

En lo que nos ocupa, el acceso a una cuenta bancaria es crucial para ciertas empresas, especialmente aquellas cuyas operaciones dependen de transacciones bancarias. Es el caso de las empresas de transferencia de fondos, otorgamiento de créditos o custodia de valores. En efecto, la falta de acceso al sistema financiero puede significar la imposibilidad de desarrollar sus operaciones comerciales.

Los bancos son las entidades de intermediación financiera que cuentan con mayor alcance operativo, permitiéndoles realizar cualquier operación incluida en el concepto de intermediación financiera²⁰⁰. El artículo 17-BIS del Decreto-Ley 15.322/1982, establece que, únicamente los bancos y las cooperativas de intermediación financiera, pueden recibir depósitos en cuenta corriente y depósitos a la vista. El artículo 6, en concordancia con el artículo 168, literal 22, de la Constitución, establece que los bancos necesitan obtener autorización del Poder Ejecutivo, previo informe favorable del Banco Central del Uruguay. Además, requieren habilitación del Banco Central del Uruguay para comenzar su operativa. Tanto el acto de autorización como de habilitación deben estar fundados en razones de legalidad, oportunidad y conveniencia.

Considerando las estrictas exigencias para que las instituciones de intermediación financiera desarrollen su actividad, resulta evidente que existen restricciones legales y económicas significativas para replicar estas entidades. El Estado, mediante requisitos rigurosos, genera obstáculos que dificultan la entrada de nuevos actores al mercado²⁰¹.

En este contexto, podría sostenerse, pues, que la cuenta bancaria constituye una infraestructura esencial y, por lo tanto, negar el acceso a

Competencia, 2002), pp. 30-31. Descargado de: https://ec.europa.eu/translation/spanish/documents/glossary_competition_archived_es.pdf Fecha de consulta: 24/10/2024.

²⁰⁰ OLIVERA GARCÍA, «Cuestiones de...», op. cit., p. 16.

²⁰¹ MARTÍNEZ BLANCO, op. cit, p. 173.

los competidores configuraría una práctica prohibida²⁰². Sin embargo, esta concepción no es compartida por el Banco Central del Uruguay.

En términos prácticos sirva, como ejemplo, el siguiente. En 2016, Aduro S.A. (Paganza) presentó una denuncia contra el Banco Itaú Uruguay S.A. por abuso de posición dominante y ejercicio de prácticas anticompetitivas, entre otras razones, por no permitir el acceso al débito instantáneo de las cuentas de sus clientes, cuando sí lo permitía a otros agentes. El Banco Itaú le comunicó a Paganza la rescisión unilateral del contrato salvo que proceda al pago de comisiones más elevadas, constituya garantías adecuadas y se establezcan límites máximos por transacción.

Según Paganza, esta conducta tenía como objetivo la exclusión de un competidor del mercado. A Paganza le resultaba esencial el acceso al débito instantáneo, pues de ello dependía el funcionamiento de una aplicación que facilita a sus clientes el pago de facturas en línea mediante débito automático desde sus cuentas bancarias. La falta de acceso a las cuentas bancarias del Banco Itaú implicaba que no podía realizar transacciones con los clientes de esta entidad financiera.

El Banco Central del Uruguay consideró que las condiciones impuestas a Paganza no constituían un obstáculo para el uso de una infraestructura esencial. Asimismo, tras realizar una consulta no vinculante a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia,

²⁰² En el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2015/2366, del 25 de noviembre, sobre servicios de pago en el mercado interior, acepta el carácter de infraestructura esencial de las cuentas bancarias. Reconoce la emergencia de nuevos e innovadores servicios de pago, como ser los pagos por teléfonos celulares o por internet. Con el fin de establecer servicios de pago eficientes, fortalecer la seguridad de las transacciones y proteger a los consumidores, la norma introduce cambios significativos en el acceso que terceros tienen a las infraestructuras ofrecidas por las instituciones de intermediación financiera. El Considerando 39 califica como imprescindible que los proveedores de servicios de pago puedan abrir y mantener cuentas para poder prestar sus servicios. Por ello el artículo 36 promueve que los Estados miembros aseguren que tengan acceso a los servicios de cuentas de pago en forma objetiva, no discriminatoria y proporcionada. El acceso debe permitir que las entidades de pago presten su servicio de forma eficiente y sin obstáculos. Además, en caso de denegación de acceso, la institución debe justificar su decisión ante la autoridad competente.

según lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 27 de la Ley 18.159/2007, determinó que el mercado relevante, en este caso, era específicamente el de servicios de pagos no presenciales, incluyendo débitos automáticos en cuentas bancarias, pagos a través de páginas web de entidades bancarias y pagos mediante aplicaciones móviles. Así las cosas, razona, el Banco Itaú no ejercía una posición de dominio en este mercado, por lo que mal pudo haber abusado de ella. En consecuencia, por Resolución 238/2018, dictada por su Directorio el 10 de octubre, el Banco Central del Uruguay desestimó la denuncia de prácticas anticompetitivas presentada por Paganza.

Si, en contraste con la interpretación del organismo regulador, se concluye que la cuenta bancaria constituye una infraestructura esencial para la Ley 18.159/2007, el impedimento de acceso a las empresas que la necesitan para operar configuraría una práctica prohibida.

La doctrina extranjera sostiene que, las empresas que controlan una infraestructura esencial en el mercado, deben facilitar el acceso a los competidores, siempre que esto no perjudique a los usuarios actuales del recurso²⁰³. Bajo esta perspectiva, las instituciones de intermediación financiera que demuestren que aceptar a un competidor como cliente les ocasiona dificultades operativas y financieras, podrían aplicar prácticas de *de-risking*. Sin embargo, esta interpretación no debe ser de recibo en la legislación nacional, pues la Ley refiere, exclusivamente, al impedimento de acceso.

*** Obstaculizar el acceso de potenciales entrantes al mercado**

El literal F de la Ley prohíbe obstaculizar el ingreso de posibles competidores al mercado. La conducta prohibida implica realizar actos concretos destinados a dificultar la entrada, incluso incurriendo en costos adicionales para disuadir a los potenciales competidores²⁰⁴. Esta práctica puede configurarse adoptando diversas formas que van, desde una negativa

²⁰³ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, v.1 (Buenos Aires: Heliasta, 2005), p. 583.

²⁰⁴ MARTÍNEZ BLANCO, op. cit, p. 175.

directa a negociar, hasta la degradación de la calidad del producto o servicio del competidor.

Las empresas de transferencia de fondos, otorgamiento de créditos o custodia de valores, entre otras, requieren, necesariamente, de una cuenta bancaria para prestar sus servicios. Por lo tanto, la negación de acceso al sistema financiero es un obstáculo significativo que les impide brindar sus servicios o los fuerza a buscar alternativas en mercados informales. En el escenario más favorable, les obliga a recurrir a instituciones de intermediación financiera con una reputación menos sólida, lo que repercute en la calidad de los servicios que pueden ofrecer.

Las barreras de acceso no siempre son evidentes. MARTÍNEZ BLANCO señala la existencia de algunas más sutiles, como, por ejemplo, los prejuicios basados en la reputación o historial de los competidores. En efecto, las instituciones de intermediación financiera ya establecidas en el mercado, pueden dificultar el ingreso de nuevos competidores mediante prácticas alineadas con las políticas de la casa matriz, adoptando comportamientos similares a los implementados en otros países. Ante estas circunstancias, los potenciales competidores enfrentan la necesidad de evaluar minuciosamente la viabilidad de entrar al mercado financiero local²⁰⁵.

***Rechazar injustificadamente la prestación del servicio**

El literal H de la Ley prohíbe el rechazo injustificado de la venta de bienes o la prestación de servicios.

Los procedimientos rigurosos de diligencia que deben realizar las instituciones de intermediación financiera, de modo de cumplir con la regulación de prevención de lavado de activos, no siempre parecen justificar la negativa de acceso a una cuenta bancaria. Algunas de las empresas rechazadas se encuentran bajo la supervisión del Banco Central del Uruguay, al igual que las instituciones de intermediación financiera.

²⁰⁵ MARTÍNEZ BLANCO, op. cit, p. 180.

Por ende, en cumplimiento de la normativa bancocentralista, implementan un sistema integral de prevención de lavado de activos²⁰⁶. Esto supone la ejecución de políticas internas para prevenir ser utilizadas para el lavado de activos, así como designar un oficial de cumplimiento, responsable del funcionamiento de los procedimientos establecidos. Incluso, en ciertos casos, se exige el sometimiento periódico a auditorías externas en la materia²⁰⁷.

La falta de justificación para rechazar el acceso a una cuenta bancaria se evidencia en el análisis efectuado a nivel internacional en el sector de transferencia de fondos. En 2014, el Banco Mundial realizó una encuesta en los países del G-20 sobre los actos de *de-risking* realizados por las instituciones de intermediación financiera, específicamente vinculados a las empresas de envío de remesas. Los resultados revelaron que las sanciones y medidas coercitivas impuestas por violaciones de la normativa de prevención del lavado de activos, relacionadas con las empresas de remesas, fueron insignificantes entre los años 2012 y 2014. Sólo en dos países se informó de medidas tomadas contra una institución de intermediación financiera por infracciones vinculadas a su relación con empresas de remesas. Del total de remesadoras encuestadas, el 78%

²⁰⁶ La Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero, Libro III, Título I, obliga a las empresas de transferencia de fondos a implementar un sistema integral para prevenirse de ser utilizadas para el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva. El Título II del mismo libro, obliga a la implementación de un sistema integral por las empresas administradoras de crédito de mayores activos. Por su parte, la Recopilación de Normas del Mercado de Valores, Libro III, Título I, establece la obligación para los intermediarios de valores.

²⁰⁷ El artículo 151.25 de la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero exige contratar los servicios de auditoría externa de prevención de lavado de activos por las empresas administradoras de crédito de mayores activos. Esta misma obligación se establece en el artículo 151.1 de la Recopilación de Normas del Mercado de Valores para los intermediarios de valores. Los auditores contratados deben estar inscriptos en el registro que mantiene para este propósito el Banco Central del Uruguay.

aseguró no contar con antecedentes de sanciones en la materia²⁰⁸ y el 92% declaró estar registrada o tener licencia en el país de operación. Con una sola excepción, todas las empresas de envío de remesas indicaron disponer de un programa de cumplimiento en términos de prevención del lavado de activos, acorde con los estándares y prácticas internacionales²⁰⁹.

Surge, entonces, la interrogante sobre cuándo sería justificado negar el acceso a una cuenta bancaria. Mientras que el artículo 19 de la Directiva 92/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 23 de julio, establece, expresamente, las situaciones en las cuales una institución puede rescindir unilateralmente un contrato de Cuenta de pago básica, en la legislación nacional no existe una norma similar. Esto implica que cada caso debe ser analizado individualmente para determinar si existe, o no, justificación.

Como fuera analizado *ut-supra*, los artículos 293 y 302 de la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero establecen circunstancias bajo las cuales las instituciones de intermediación financiera deben negar el servicio de cuenta bancaria. Aunque estas normas son de rango administrativo, pueden proporcionar pautas para interpretar cuándo sería justificada la negativa. En estos casos, se requiere una verdadera imposibilidad de gestionar los riesgos por parte de la institución o una falta de cooperación del cliente. No se contempla la finalización de la relación comercial simplemente por desinterés de las instituciones de intermediación financiera en administrar los riesgos de lavado de activos asociados con las cuentas bancarias.

*** Cumplimiento de requisitos del artículo 2**

Si bien el artículo 4 de la Ley ofrece una guía sobre qué comportamientos específicos son considerados prohibidos, la lista no es

²⁰⁸ FINANCE AND MARKETS GLOBAL PRACTICE OF THE WORLD BANK GROUP, op. cit., p. 11.

²⁰⁹ FINANCE AND MARKETS GLOBAL PRACTICE OF THE WORLD BANK GROUP, op. cit., p. 20.

taxativa. Si una conducta no se ajusta a ninguno de los literales, aun así, podrá ser considerada prohibida si cumple con los criterios previstos en el artículo 2 de la Ley.

La negativa de apertura de cuenta bancaria o su cierre, constituye una práctica o conducta. La Ley no exige que sea positiva, sino que también puede tratarse de una acción negativa. Tal es el caso del impedimento a un competidor de acceder a un recurso²¹⁰.

La conducta prohibida no se limita a acciones individuales por parte de las instituciones de intermediación financiera, sino que también puede ser el resultado de acuerdos entre múltiples instituciones. No obstante, no todas las conductas similares adoptadas por las instituciones implican una acción concertada. La estandarización de los productos y servicios en el sector bancario puede dar lugar a la uniformidad en las conductas adoptadas, lo que dificulta discernir si la similitud es el resultado de un propósito deliberado o, simplemente, una consecuencia natural de la información disponible en el mercado financiero. En cualquier caso, las conductas paralelas tienen un valor presuntivo considerable, por lo que las instituciones de intermediación financiera deben proporcionar justificaciones sólidas sobre cómo su comportamiento puede ser uniforme con respecto a la práctica de *de-risking* a potenciales competidores en ausencia de colusión entre ellas²¹¹. Para ello, será trascendente considerar factores como la homogeneidad de los productos y servicios ofrecidos, la similitud en la estructura operativa y, en especial, la comparación de los costes involucrados en la gestión de las cuentas bancarias asociadas a las operativa de las empresas competidoras.

Adicionalmente, el artículo 2 requiere una valoración de la conducta, analizando su efecto en el mercado mediante la aplicación de la regla de la razón. MARTÍNEZ BLANCO sostiene que ciertas prácticas, que

²¹⁰ MARTÍNEZ BLANCO, op. cit, p. 88.

²¹¹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, op. cit., v. 1, pp. 374-376.

en principio parecen restringir la competencia, podrían tener una razón justificada y resolver problemas de mercado²¹².

La práctica de *de-risking* llevada a cabo por las instituciones de intermediación financiera frente a potenciales competidores, no parecería generar eficiencia para el mercado. Por el contrario, obliga a las empresas competidoras a ofrecer servicios de menor calidad, depositando los valores de los clientes en mercados informales, no regulados, ni supervisados o, en el mejor de los casos, en instituciones de intermediación financiera de menor reputación. La conducta deriva en el aumento del riesgo de lavado de activos y, en consecuencia, en la afectación de la sociedad en su conjunto. Por otro lado, restringir el acceso al sistema financiero conlleva una mayor homogeneidad de los participantes en el mercado, facilitando conductas coordinadas y reduciendo la variedad de alternativas para los consumidores. Esto, a su vez, puede resultar en una menor accesibilidad al crédito a tasas razonables, considerando a la cuenta bancaria como el canal para acceder a otros servicios financieros. Asimismo, puede derivar en que las instituciones de intermediación financiera ofrezcan sus servicios a tarifas superiores a los que se fijarían en un mercado con mayor competencia.

A efectos de evaluar si una práctica afecta las condiciones de competencia debe determinarse cuál es el mercado relevante en el que se desarrolla la conducta. ORDIOZOLA explica que el concepto de mercado relevante implica identificar los productos sustitutos, el ámbito geográfico comprendido y el factor temporal²¹³. Se trata de delimitar el conjunto de productos y servicios que compiten directamente para satisfacer las necesidades de los consumidores. Para ello se identifica qué empresas tienen la capacidad de ofrecer esos productos en un plazo relativamente breve y en qué área geográfica las condiciones de competencia son lo

²¹² MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 91.

²¹³ ORDIOZOLA PERRONE J.M., «El Mercado Relevante», en: Pereira Campos y Rueda Kramer (Dir.), *Estudios sobre defensa de la competencia y relaciones de consumo* (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008), p. 66.

suficientemente homogéneas. Por lo tanto, en cada caso, se debe analizar el grado en que los servicios ofrecidos por las empresas competidoras, como las de transferencia de fondos, otorgamiento de créditos o custodia de valores, son intercambiables con los ofrecidos por las instituciones de intermediación financiera.

b. Abuso de posición dominante

El artículo 6 de la Ley establece los criterios para determinar la existencia de una posición dominante en el mercado y define lo que considera abuso de dicha posición y, por lo tanto, una conducta ilícita.

La posición dominante se define como la capacidad de un sujeto para comportarse de manera independiente en el mercado, actuando sin considerar a los proveedores, clientes o competidores. No obstante, la definición legal exige que la posición dominante afecte sustancialmente las variables relevantes del mercado, de manera que el competidor pueda causar una grave perturbación en su funcionamiento. La Ley introduce un umbral mínimo de relevancia para configurar una posición de dominio, indicando que el Estado solo debe intervenir cuando los comportamientos sean significativos para el mercado en su conjunto, limitando un ámbito restringido de la actuación. En ausencia de este umbral, el asunto se considera privado y la intervención estatal queda excluida, debiendo dirimirse en vía judicial²¹⁴.

En relación con el abuso de la posición dominante, la Ley lo establece como una forma de abuso de derecho. En ambos casos, se parte de una licitud inicial. La posición dominante, en sí misma, no se sanciona, sino que incluso se reconoce a los competidores el derecho a conquistar el mercado mediante una mayor eficiencia. La ilicitud surge cuando el competidor con posición dominante actúa de manera indebida y con un propósito específico, consistente en obtener ventajas o causar perjuicios a

²¹⁴ RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, op. cit., t. IV, pp. 185-186.

otros competidores, que no serían posibles sin la existencia de dicha posición²¹⁵.

Según revela un análisis sobre la concentración y el poder de mercado del sector bancario en Uruguay desde la recuperación de la crisis económica y financiera de 2002, las instituciones de intermediación financiera tienen una posición dominante en el mercado debido a la falta de competencia sustancial. Este estudio abarcó datos del período entre enero de 2003 y diciembre de 2005, centrándose en las catorce instituciones de intermediación financiera más relevantes. Los resultados evidenciaron que el sector financiero uruguayo se caracteriza por ser un oligopolio²¹⁶ altamente concentrado y con un significativo ejercicio de poder de mercado²¹⁷. A pesar de que ninguna empresa tenga, individualmente, una participación preponderante, el mercado puede catalogarse como afectado por una posición dominante si las empresas que poseen preeminencia no compiten efectivamente entre sí²¹⁸.

Ante la posibilidad de que las instituciones de intermediación financiera tengan una posición dominante, resulta necesario examinar si la negativa de acceso al sistema financiero constituye un abuso de esa posición. Para ello, la Ley requiere una actuación indebida, pero no establece cuándo se incurre en ella.

²¹⁵ Id. *Ibid.*, p. 188.

²¹⁶ En un mercado oligopólico, el número de proveedores es reducido y ninguno de ellos tiene una posición de privilegio. No obstante, las acciones de cada proveedor inciden directamente en los otros (RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, op. cit., t. IV, p. 45).

²¹⁷ MELLO COSTA, M., *Midiendo la concentración y el poder de mercado en el sector bancario uruguayo: 2003-2005*, p. 27. Descargado de: <https://www.bcu.gub.uy/Comunicaciones/Jornadas%20de%20Economia/iees03j3100806.pdf> Fecha de consulta: 24/10/2024.

²¹⁸ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, v. 2 (Buenos Aires: Heliasta, 2005), p. 188.

Resulta claro que, si se incurriera en cualquiera de las prácticas enumeradas en el artículo 4 o 4bis de la Ley, la actuación sería definitivamente indebida²¹⁹. El problema aparece en otras situaciones.

MARTÍNEZ BLANCO afirma que la negación de acceso a una instalación esencial, entendida ésta en su sentido técnico, puede considerarse un abuso de posición dominante por parte de la entidad que la controla²²⁰. En efecto, una vez más, la cuenta bancaria es un recurso controlado por las entidades que realizan intermediación financiera. Puede ser considerada una instalación esencial y, por tanto, razonarse que la falta de acceso determina la imposibilidad de operación o, en su caso, una clara desventaja en la calidad del servicio que ofrecen algunas empresas competidoras.

Para establecer si un sujeto que niega el acceso a una infraestructura esencial está abusando de su posición dominante, se debe considerar ciertos elementos. En primer lugar, el recurso en cuestión, en este caso la cuenta bancaria, debe ser esencial para llegar a los clientes del interesado en acceder a ella, sin la posibilidad de obtener el recurso por medios propios. En segundo lugar, debe haber suficiente capacidad de suministro de ese activo esencial para satisfacer la solicitud, sin excluir a otros interesados, ni afectar su uso por parte del titular. El uso de ese recurso debe adecuarse a las necesidades técnicas y al volumen de operaciones necesarios para su utilización adecuada. En tercer lugar, la solicitud del interesado debe ser razonable y debe estar dispuesto a pagar un precio adecuado por el acceso a esa infraestructura esencial²²¹.

De lo dicho precedentemente puede concluirse que, si una institución de intermediación financiera niega el acceso al sistema financiero a una empresa que necesita la cuenta bancaria para desarrollar su operativa, a cambio de un precio justo, podría considerarse un abuso de

²¹⁹ LÓPEZ RODRÍGUEZ, op. cit., pp. 118-119.

²²⁰ MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 164.

²²¹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, op. cit., v. 1, p. 585.

posición dominante por parte de la institución. Tratándose de un sujeto de alto riesgo en términos de lavado de activos, considerando los costes operativos asociados, es posible que el precio adecuado sea significativo.

Asimismo, el rechazo injustificado de la entidad de intermediación financiera a prestar un servicio a un competidor, puede configurar un abuso de posición dominante. De hecho, es una situación muy similar a la negativa de venta de un producto o servicio en condiciones comerciales habituales, práctica que suele ser un ejemplo de abuso de posición de dominio en el mercado²²².

Las instituciones de intermediación financiera tienen variados incentivos para no establecer relaciones comerciales con potenciales competidores. Negar el acceso a la cuenta bancaria les permite extender su posición de dominio en el mercado, lo que es especialmente relevante en un contexto de fomento y promoción de la inclusión financiera, donde se espera un aumento constante de las transacciones bancarias.

C. Régimen sancionatorio

El Banco Central del Uruguay, en su carácter de unidad reguladora del sistema financiero, cuenta con potestad normativa, fiscalizadora y sancionatoria sobre las instituciones de intermediación financiera ante actos que afecten al consumidor o a la libre competencia²²³. Estas prerrogativas están claramente establecidas en el artículo 44 de la Ley

²²² MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 206.

²²³ La Ley 17.250/2000 confía la responsabilidad de su aplicación al Área de Defensa del Consumidor, organismo dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas. Por su parte, la Ley 18.159/2007 designa a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, vinculada al mismo ministerio, para llevar a cabo la aplicación de sus disposiciones. Ambas entidades son investidas con las competencias necesarias para regular y controlar su respectiva área. Sin embargo, su competencia es residual. En ambos casos, el régimen legal establece una doble institucionalidad respecto del órgano de aplicación. Determinados sectores se encuentran sometidos al control por sus unidades reguladoras, como es el caso del sector financiero por el Banco Central del Uruguay.

17.250/2000 de Relaciones de Consumo y en el artículo 27 de la Ley 18.159/2007 de Defensa de la Competencia. El legislador considera que el Banco Central del Uruguay posee más información y conocimiento del funcionamiento del sector financiero que los órganos genéricos de aplicación. Por lo tanto, atendiendo su especialización en el mercado, se le atribuyen los cometidos y facultades que en cada caso tienen los órganos de aplicación²²⁴.

Ante el incumplimiento de las disposiciones sobre protección del consumidor o defensa de la competencia por las instituciones de intermediación financiera, surge la interrogante sobre si el Banco Central del Uruguay debe aplicar las sanciones establecidas en la normativa bancocentralista o las específicamente contempladas en las Leyes 17.250/2000 (artículos 47 a 49) y 18.159/2007 (artículos 17 a 19). Considerando la normativa más específica, se concluye que la segunda opción es la apropiada.

La Carta Orgánica del Banco Central del Uruguay es clara en cuanto a las competencias del organismo para imponer sanciones a las entidades bajo su supervisión. No especifica, en cambio, si el organismo también posee la facultad de ordenar a las instituciones de intermediación financiera el cese del comportamiento ilícito, como puede ser la negación del acceso al sistema financiero, y la reparación de los daños causados al consumidor²²⁵. En caso de concluir que cuenta con estas facultades, no implica que asuma función jurisdiccional. En todo caso, el pronunciamiento del Banco Central del Uruguay estará sujeto a revisión, sea en la jurisdicción anulatoria por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o en la jurisdicción reparatoria por el Poder Judicial²²⁶.

²²⁴ MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 416.

²²⁵ PÉREZ BENECH, V., «El alcance de las competencias del Banco Central en materia de derecho del consumo: el caso de la reparación de los daños sufridos por el consumidor», *Revista de Derecho*, año 12, n° 24 (Montevideo: Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, 2013), p. 116.

²²⁶ Id. *Ibíd.*, pp. 122-123.

El literal A) del artículo 38 de la Carta Orgánica del Banco Central del Uruguay establece la potestad de la Superintendencia de Servicios Financieros de dictar instrucciones particulares orientadas a proteger a los consumidores de servicios financieros. Estas instrucciones no constituyen reglamentos ni sanciones, sino que actos administrativos dirigidos a encausar la conducta de la institución²²⁷. Se trata de órdenes que imponen restricciones a la libertad de la institución²²⁸. Mediante la exigencia de acciones específicas o la prohibición de ciertos comportamientos, establecen un imperativo de conducta que, aunque debe estar en consonancia con la legislación, es exigible para la institución a partir de un acto emanado de un órgano administrativo²²⁹. Las instrucciones particulares pueden utilizarse por el Banco Central del Uruguay para ordenar la reparación de los perjuicios a los consumidores ante un caso concreto²³⁰.

El literal W) del artículo 38 de la Carta Orgánica del Banco Central del Uruguay establece la responsabilidad de la Superintendencia de Servicios Financieros de atender los reclamos de los consumidores de las entidades supervisadas. La redacción de la norma hace referencia a satisfacer la petición del consumidor, que consiste en poner fin a la conducta ilícita por parte de la institución de intermediación financiera y en reparar el daño ocasionado.

Las normas emitidas por el Banco Central del Uruguay respaldan esta interpretación. La Circular 2.171/2014, del 7 de marzo, incorporada en los artículos 326 y 327 de la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero, exige a las instituciones de intermediación financiera implementar un servicio de atención de reclamos cuyo propósito es velar por los derechos de los clientes. El

²²⁷ ARTECONA GULLA, op. cit., p. 77.

²²⁸ OLIVERA GARCÍA, «Manual de derecho...», p. 117.

²²⁹ DELPIAZZO, «El Banco Central...», p. 119.

²³⁰ PÉREZ BENECH, op. cit., p. 117.

procedimiento de atención de reclamos debe contemplar la difusión de la posibilidad que tienen los clientes de trasladar su reclamo a la Superintendencia de Servicios Financieros, siempre que no haya sido satisfecho por la propia institución. Por lo tanto, el organismo interviene de manera subsidiaria cuando la institución de intermediación financiera no logra satisfacer la petición del cliente, procurando resolver el mismo reclamo presentado anteriormente ante la entidad supervisada. El reclamo, que eventualmente atenderá el Banco Central del Uruguay, tiene como objetivo el cese de la violación de los derechos del consumidor y la reparación del daño ocasionado.

A la misma conclusión se arriba del análisis de las normas legales de defensa de la competencia. El artículo 17 de la Ley 18.159/2007 establece, expresamente, que el órgano de aplicación que detecta infracciones, además de sancionar a los responsables, debe ordenar el cese inmediato de la conducta y de los efectos que persistan, lo que incluye los daños causados por la infracción. Las Leyes 17.250/2000 y 18.159/2007 forman parte de un sistema normativo diseñado para tutelar a los consumidores, buscando la intervención estatal para restablecer el equilibrio y promover su bienestar. Este fundamento, común entre ambas normas, permite integrar la regulación de las relaciones de consumo con la regulación de defensa de la competencia, cuando existe un vacío legal. Por consiguiente, podría extenderse el régimen del artículo 17 de la Ley 18.159/2007 al ámbito de las relaciones de consumo, como criterio interpretativo del alcance de las facultades del Banco Central del Uruguay, en su carácter de órgano de aplicación en el ámbito financiero²³¹.

Por otro lado, del régimen de competencia desleal podrá derivar una responsabilidad civil de las instituciones de intermediación financiera que aplican actos de *de-risking*. En caso de que el riesgo de lavado de activos no sea la verdadera razón para denegar los servicios, sino un pretexto para excluir a un competidor del mercado, realizando aseveraciones falsas e

²³¹ PÉREZ BENECH, op. cit., pp. 117-119.

infundadas de una posible asociación con actividades ilícitas, la conducta podría implicar la desacreditación de la actividad comercial del competidor. De acuerdo con el artículo 10bis del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883, modificado en varias ocasiones y aprobado por Uruguay según el Decreto-Ley 14.910/1979, del 19 de julio, el acto podría constituir competencia desleal. Esta denigración, que causa daños reputacionales y financieros a las empresas afectadas, puede dar lugar a reclamos contra las instituciones de intermediación financiera. El régimen de competencia desleal se limita a la reparación del daño causado a los competidores afectados y se aborda por la vía judicial, conforme a los artículos 1319 y 1321 del Código Civil²³².

En última instancia, podrá surgir una responsabilidad civil del Banco Central del Uruguay si no realiza una supervisión adecuada sobre las instituciones de intermediación financiera que aplican prácticas de *de-risking*, sin el respaldo normativo correspondiente. Las disposiciones generales que rigen la responsabilidad de los órganos del Estado, en particular el artículo 24 de la Constitución, establecen que el organismo de supervisión podría ser responsable ante terceros por los daños causados por una supervisión insuficiente, lo cual incluye áreas como las relaciones de consumo y la defensa de la competencia en el mercado financiero. Aunque el organismo cuenta con discrecionalidad para cumplir con sus funciones, evaluando la oportunidad y conveniencia de sus acciones administrativas, esta discrecionalidad no implica actuar de manera arbitraria o imprudente, lo cual podría dar lugar a responsabilidad²³³.

Por lo tanto, el sujeto al que se le niega el acceso a una cuenta bancaria en virtud de un acto de *de-risking* contrario a la normativa de las

²³² RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, op. cit., t. IV, p. 48.

²³³ RODRÍGUEZ OLIVERA, N. E. y LÓPEZ RODRÍGUEZ C. E., *Manual de Derecho Comercial Uruguayo, Intermediación Financiera y Bursátil, Negocios Fiduciarios*, t. III, 2da. ed. (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2024), pp. 112-115.

relaciones de consumo o de defensa de la libre competencia, podrá reclamar, por vía administrativa, el cese de dicha conducta y, en caso de sufrir perjuicios, la reparación del daño causado. En cambio, en la vía judicial, únicamente podrá reclamar la responsabilidad civil, ya sea de la institución de intermediación financiera en caso de competencia desleal, o del Banco Central del Uruguay en caso de una supervisión insuficiente de la institución bajo su control. La reparación obtenida por la vía judicial no resolverá la exclusión del sujeto del sistema financiero.

Conclusiones

Latinoamérica y Europa comparten un interés común en la promoción de la inclusión financiera, reconociendo el acceso a las cuentas bancarias como una herramienta importante para el desarrollo económico y social. Ambas regiones han establecido estrategias orientadas a garantizar que la población tenga acceso a cuentas bancarias con algunos servicios básicos. Las diversas jurisdicciones difieren, sin embargo, en el enfoque utilizado para promocionar la inclusión.

En Europa se ha establecido obligaciones claras de apertura de cuentas bancarias para las instituciones de intermediación financiera, sin permitir la discriminación por motivos de falta de interés en gestionar los riesgos de lavado de activos. Este marco normativo se complementa con una jurisprudencia que protege el acceso al sistema financiero ante actos de *de-risking*. En algunos países latinoamericanos, como Colombia, se observan disposiciones similares, aunque limitadas a sectores específicos como el minero. Por otro lado, en muchas jurisdicciones de la región, el Estado asume un papel protagónico, prestando los servicios a través de instituciones de intermediación financiera estatales, que compensan la falta de oferta privada.

En el caso de Uruguay, se reflejan avances significativos desde la sanción de la Ley 19.210/2014, de Inclusión Financiera, que ha facilitado el acceso de una gran parte de la población y pequeñas empresas a servicios financieros básicos. Los datos recopilados en la Rendición de

Cuentas correspondiente al ejercicio 2018, revelan que más de un millón de personas, aproximadamente el 40% de la población mayor de quince años, logró acceder a cuentas bancarias o instrumentos de dinero electrónico, sin incurrir en costos. Esto, a su vez, brindó la posibilidad de acceder a un conjunto de servicios financieros asociados. Además, en el año 2017, alrededor de 28.000 pequeñas empresas obtuvieron acceso por primera vez a algún servicio financiero²³⁴.

A pesar de los avances logrados, el fenómeno del *de-risking* plantea un desafío que compromete el principio de universalización del acceso al sistema financiero. En este contexto, el análisis del ordenamiento jurídico uruguayo permite identificar una serie de conclusiones relevantes respecto de las herramientas disponibles para tutelar el acceso.

En primer lugar, se observa que no existe un derecho subjetivo que garantice el acceso al sistema financiero para los sujetos considerados de alto riesgo en materia de prevención del lavado de activos. Si bien el marco normativo incorpora declaraciones y políticas orientadas a la universalización del acceso al sistema financiero, en la práctica funcionan como objetivos programáticos, más que como verdaderas garantías de acceso.

En segundo lugar, aunque la normativa prevé ciertos supuestos de obligatoriedad de apertura de cuentas bancarias, estos se encuentran limitados a situaciones específicas en las que el riesgo de lavado de activos suele ser relativamente bajo. La normativa de inclusión financiera ha estado principalmente orientada a evitar la exclusión financiera de sujetos que no resultan comercialmente atractivos para las instituciones

²³⁴ PODER EJECUTIVO; *Rendición de Cuentas 2018 y Balance de Ejecución Presupuestal - Informe económico-financiero: Exposición de Motivos* (Montevideo: Ministerio de Economía y Finanzas, 2019), pp. 182-183. Descargado de: https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/sites/ministerio-economia-finanzas/files/documentos/publicaciones/Exposici%C3%B3n_de_Motivos%20RRCC2018.pdf Fecha de consulta: 24/10/2024.

de intermediación financiera por razones distintas de la percepción de un mayor riesgo en materia de prevención del lavado de activos.

En tercer lugar, las herramientas que ofrece el derecho comercial para enfrentar estas situaciones, como las previstas en la regulación de las relaciones de consumo, la normativa del Banco Central del Uruguay o la defensa de la competencia, pueden, en determinados casos, brindar vías para cuestionar prácticas restrictivas de acceso al sistema financiero. No obstante, estas herramientas no configuran un sistema robusto de acceso. Se trata de soluciones limitadas y fragmentadas, cada una con finalidades regulatorias propias que, aunque pueden resultar útiles en casos particulares, requieren un análisis individual de cada situación y no ofrecen una respuesta general para los sujetos de mayor riesgo.

En cuarto lugar, se reconoce que las instituciones de intermediación financiera no constituyen un actor económico más dentro del mercado. Por el contrario, cumplen una función económica y social estructural, lo que justifica que se encuentren sometidas a un régimen especial de regulación y supervisión. En este marco, el rol del Estado adquiere particular relevancia, pudiendo actuar tanto a través del establecimiento de incentivos regulatorios que promuevan el acceso al sistema financiero de los sujetos de mayor riesgo, como mediante la prestación directa de servicios financieros a través de la banca pública.

De lo expuesto se concluye que la estructura normativa vigente favorece, al menos de manera indirecta, la exclusión financiera de los sujetos considerados de alto riesgo. No se trata de una contradicción entre la normativa de inclusión financiera y la normativa de prevención del lavado de activos, ambas impulsadas por el propio Estado, sino más bien de un problema de diseño normativo. El conjunto de obligaciones, incentivos y vacíos regulatorios existentes hace razonable, desde la perspectiva de las instituciones de intermediación financiera, la adopción de respuestas defensivas frente a estos sujetos.

En definitiva, el desafío radica en determinar, a nivel institucional, cuál es el grado de exclusión financiera que la sociedad está dispuesta a tolerar en nombre de la estabilidad y la integridad del sistema financiero frente a los riesgos de lavado de activos. El presente trabajo no pretende ofrecer una respuesta definitiva a esta cuestión, sino que contribuir al debate.

Bibliografía

- ADRIASOLA, G. *El lavado de capitales desde la perspectiva de la teoría del delito*. Montevideo: Ingranusi Ltda, 2001.
- , «El lavado de dinero del narcotráfico y la responsabilidad de las entidades financieras», en: AA.VV., *Secreto Bancario en el Uruguay*, pp. 21–32. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996.
- ALFARO BORGES, J. «La naturaleza jurídica del depósito bancario en cuenta corriente y el derecho a la información del depositante como consumidor», *Revista de Derecho*, año 3, n. 5, pp. 131-164. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2004.
- ARTECONA GULLA, D. «El Banco Central del Uruguay como autoridad reguladora del sistema financiero nacional», en: Durán Martínez (Dir.), *Estudios de Derecho Administrativo*, n. 16, pp. 61-92. Montevideo: La Ley Uruguay, 2017.
- BANCA DE LAS OPORTUNIDADES Y SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA. *Reporte de Inclusión Financiera 2023*. Bogotá: 2024.
- , *Reporte de Inclusión Financiera 2018*. Bogotá: Banco de Colombia, 2019.
- BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. *Informe de Inclusión Financiera. Abril de 2024*. Argentina: 2024.
- BANCO MUNDIAL. «La inclusión financiera es un elemento facilitador clave para reducir la pobreza y promover la prosperidad», en: AA.VV., *Inclusión Financiera, Panorama general. Contexto*. Descargado de: <https://www.bancomundial.org/es/topic/financialinclusion/overview#1> Fecha de consulta: 22/10/2024.
- BECK, T y MARTÍNEZ PERÍ, M. «What Explains the Price of Remittances? An Examination Across 119 Country Corridors», *World Bank Economic Review*; v. 25, issue 1, pp. 105-131. UK: Oxford University Press, 2011.

- BLANCO CORDERO, I. «Principios y recomendaciones internacionales para la penalización del lavado de dinero. Aspectos sustantivos», en: AA.VV., *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, pp. 99-187. Montevideo: Presidencia de la República Oriental del Uruguay-Junta Nacional de Drogas, 2003.
- BLENGIO, J. E. «Abuso del derecho. Breves reflexiones sobre algunos de sus aspectos principales», *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXXVIII, pp. 637-648. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- _____. «Ámbito subjetivo de aplicación de ley de las relaciones de consumo desde la perspectiva de la noción de consumidor y la viabilidad de su extensión analógica», *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXX, pp. 457-468. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000.
- _____. «La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir», *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXVII, pp. 395-414. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, v.1. Buenos Aires: Heliasta, 2005.
- _____. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, v.2. Buenos Aires: Heliasta, 2005.
- CAFFERA, G. *Obligaciones*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2018.
- CAJARVILLE PELUFFO, J. P. *Intermediación financiera, Concepto legal actualmente vigente*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016.
- _____. *Sobre derecho administrativo*, v. I, 2ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.

- CALLEJA CANELAS, T. *El protagonismo social de la empresa*. Colección Cuadernos de Empresa y Humanismo, n°66. Pamplona: Universidad de Navarra, 1997.
- CAPARROS, E. F. «Antecedentes: Evolución de las iniciativas internacionales. Efectos del lavado de dinero. Bien jurídico tutelado. Fenomenología del lavado de dinero», en: *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, pp. 9-96. Montevideo: Presidencia de la República Oriental del Uruguay-Junta Nacional de Drogas, 2003.
- CASSINELLI MUÑOZ, H. «Aspectos constitucionales de la desregulación y la privatización», en: AA.VV., *Aspectos Legales y Socioeconómicos de la Desregulación y la Privatización*, pp. 42-49. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1991.
- CELORRIO, H. «Derechos sociales y tutela judicial», en: Durán Martínez (Dir.) *Estudios de Derecho Administrativo*, n°3, pp. 3-21. Montevideo: La Ley Uruguay, 2011.
- COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Guía legislativa de la CNUDMI sobre los principios fundamentales de un registro de empresas*. Viena: Naciones Unidas, 2019. Descargado de: https://uncitral.un.org/es/texts/msmes/legislativeguides/business_registry Fecha de consulta: 29/11/2024.
- _____. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Utilización y el Reconocimiento Transfronterizo de la Gestión de la Identidad y los Servicios de Confianza*. Viena: Naciones Unidas, 2023. Descargado de: <https://uncitral.un.org/es/mlit> Fecha de consulta: 29/11/2024.
- _____. GRUPO DE TRABAJO I (MIPYME), *Acceso de las microempresas y pequeñas y medianas empresas (MIPYME) al crédito*, 37° período de sesiones. Nueva York: Naciones Unidas, 2022.

- COMISIÓN EUROPEA. *Glosario de Términos utilizados en el ámbito de la política de competencia de la Unión Europea*, (Bruselas: Dirección General de Competencia, 2002), pp. 30-31. Descargado de: https://ec.europa.eu/translation/spanish/documents/glossary_competition_archived_es.pdf Fecha de consulta: 24/10/2024.
- CONESA, F. *Libertad de empresa y Estado de Derecho*. Madrid: Rialp, 1978.
- DE CORES, C. «Los medios de pago electrónico en la Ley de Inclusión Financiera N°19.210. Perspectiva desde el derecho privado», en: AA.VV., *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, t. 3, año 3, pp. 79-86. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2015.
- DE CORES HELGUERA, C. J. *Introducción al derecho de los servicios financieros*. Montevideo: La Ley Uruguay, 2009.
- DE KOKER, L., SINGH, S., CAPAL, J. «Closure of Bank Accounts of Remittance Service Providers: Global Challenges and Community Perspectives in Australia», *University of Queensland Law Journal*, v. 36, n° 1, pp. 119-154. Australia: Universidad de Queensland, 2017.
- DELPIAZZO, C. E. «La Carta Orgánica del Banco Central del Uruguay frente a las nuevas tendencias del Derecho Administrativo», *La Justicia Uruguaya*, t. 146, D115-D130. Montevideo: Thomson Reuters, 2012.
- _____. *El Banco Central del Uruguay*, 2da ed. Montevideo: Amalio M. Fernández, 1998.
- DEMIRGUC-KUNT, A., KLAPPER, L. y SINGER, D. «Financial Inclusion and Inclusive Growth: A Review of Recent Empirical Evidence», *Policy Research Working Paper 8040*. Washington: World Bank, 2017.
- DÍAZ SIERRA, M. «Desde la autonomía de la voluntad a la institucionalización de la figura del sujeto débil. ¿La caída de la doxa?», *Revista de Derecho*, año 1, n° 2, pp. 115-150. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2002.

- DURÁN MARTÍNEZ, A. «Dimensión social de la actividad administrativa», en: DURÁN MARTÍNEZ (Dir.), *Estudios de Derecho Administrativo*, n° 15, pp. 79-108. Montevideo: La Ley Uruguay, 2017.
- DURNER, T. y SHETRET, L. *Understanding bank de-risking and its effects on financial inclusion. An exploratory study*. Nueva York: Global Center on Cooperative Security-Oxfam International, 2015.
- ECONOMIST IMPACT. *Repensando el Microscopio Global para la Inclusión Financiera: Reporte de hallazgos claves 2021*. Nueva York: The Economist Group, 2021.
- FINANCE AND MARKETS GLOBAL PRACTICE OF THE WORLD BANK GROUP. *Report On The G20 Survey On De-Risking Activities In The Remittance Market*. Washington: The World Bank Group, 2015.
- FLEITAS VILLAREAL, S. «Prevención y detección del lavado de activos», *Revista de Legislación Uruguaya*, año 6, n.7, pp. 1463-1537. Montevideo: La Ley Uruguay, 2015.
- _____. «El bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos. Su regulación en la legislación uruguaya», *Revista de Derecho*, año 8, n° 16, pp. 149-188. Montevideo: Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, 2009.
- FLEITAS VILLAREAL, S. *El delito de lavado de activos como hecho punible. Su regulación en la legislación uruguaya*. Montevideo: La Ley Uruguay, 2009.
- FLORES DAPKEVICIUS, R. *Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo. Leyes N° 19574 y N° 19749*. Buenos Aires: Del Foro, 2021.
- FUJII-RAJANI, R. «Money Remitters Left Out in the Cold: Blanket De-Risking Policies, Counterterrorism and Government Intervention in New Zealand», *Auckland University Law Review*, v. 23, pp. 204-234. Nueva Zelanda: University of Auckland, 2017.

- GAFI. *High-Level Synopsis of the Stocktake of the Unintended Consequences of the FATF Standards*. París: FATF. 2021. Descargado de: <https://www.fatf-gafi.org/publications/financialinclusionandnpoissues/documents/unintended-consequences-project.html> Fecha de consulta: 22/10/2024.
- . *Clarifies risk-based approach: case-by-case, not wholesale de-risking*; (París, FATF, 2014). Descargado de: <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfgeneral/Rba-and-de-risking.html> Fecha de consulta: 22/10/2024.
- GAFILAT. *Glosario de definiciones*. Descargado de: <https://www.gafilat.org/index.php/es/glosario-de-definiciones> Fecha de consulta: 22/10/2024.
- GAMARRA, J. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXVI. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009.
- . *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XIV, 3ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000.
- . *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XI, 3ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1993.
- . *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XIX, v. I, 2ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1998.
- GÁMBARO ROGLIA, X. y GAMARRA PAOLI, M. «Criptoactivos y su regulación en el derecho uruguayo: algunos comentarios a la recientemente aprobada ley de activos virtuales N° 20.345», en: AA. VV., *Semana académica en homenaje a la Prof. Emérita Dra. Nuri E. Rodríguez Olivera*, pp. 89-96. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2024.
- GOLDENBERG SERRANO, J. L. «Los dilemas de la inclusión financiera. Contexto y mirada desde la realidad chilena», *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 48, pp. 1-34. Montevideo: Facultad de Derecho, 2020.

- GRZETICH LONG, A. *Trabajo informal, un enfoque jurídico laboral*. Montevideo: Amalio M. Fernández, 1992.
- HINOSTROZA, A. y RAMIREZ, D. «Políticas y marcos normativos de inclusión financiera en los países de la Alianza del Pacífico», *Revista Moneda*, n°193, pp. 30-36. Lima: Banco Central de la Reserva de Perú, 2023.
- JIMENEZ GIL, W. «La constitucionalización del derecho financiero en el derecho colombiano», *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, n° 7, pp. 145-165. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, 2014.
- LANGÓN CUÑARRO, M., MONTANO, P. y TEXO, A. *Código Penal uruguayo y Leyes complementarias comentados*, 2ª ed. Montevideo: Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, 2009.
- LEMA, J.E. «El empleo informal al finalizar el milenio», en: Forni, Angélico y Torres, *Articulaciones en el mercado laboral. Reflexiones y experiencias*, Centro de Estudios e Investigaciones Laborales CEIL, pp. 83-89. Buenos Aires: La Colmena, 2001.
- LINDNER, T. «Normas antilavado y banca privada», en: Durán Martínez (Dir.), *Estudios de Derecho Administrativo*, n° 16, pp. 45-59. Montevideo: La Ley Uruguay, 2017.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, C.E. *Defensa de la Competencia*. Montevideo: La Ley Uruguay, 2009.
- MARTÍNEZ BLANCO, C. *Curso de Derecho de la Competencia uruguayo*. Montevideo: Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho, 2019.
- MARTINS, D.H. «Bases constitucionales de la regulación de la actividad privada», en: Rotondo (Coord.), *Regulación de la actividad privada. En homenaje a los profesores Dres. Mariano R. Brito y Horacio Cassinelli Muñoz*, pp. 11-21. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2015.

- MELLO COSTA, M. *Midiendo la concentración y el poder de mercado en el sector bancario uruguayo: 2003-2005*. Descargado de: <https://www.bcu.gub.uy/Comunicaciones/Jornadas%20de%20Economa/iees03j3100806.pdf> Fecha de consulta: 24/10/2024.
- MERLINSKI, R. «Consumidores de servicios financieros: ¿quiénes son?, en: *Dinamismo y Desafíos del Derecho Comercial. Sociedades-Contratos-Concursos*, Instituto de Derecho Comercial, pp. 409-414. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2013.
- _____. «La actividad bancaria y las relaciones de consumo», *Revista de Derecho Comercial*, n° 2, pp. 271-282. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009.
- MILLER, A. *Manual de Derecho Comercial. Parte general*, t.I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2022.
- _____. *Manual de Derecho Comercial. Derecho Comercial I*, t.II, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2022.
- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y SECRETARÍA DE COMUNICACIÓN SOCIAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE BRASIL. *G20. Brasil 2024*. Descargado de: <https://www.g20.org/es/noticias/brasil-puede-aprovechar-su-posicion-para-ayudar-a-resolver-el-reto-mundial-de-la-inclusion-financiera> Fecha de consulta: 22/10/2024.
- NACIONES UNIDAS. *Objetivos de desarrollo sostenible*. Descargado de: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/> Fecha de consulta: 22/10/2024.
- OLIVERA GARCÍA, R. *Cuestiones de derecho bancario*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2015).
- _____. «El concepto de consumidor en la Ley de relaciones de consumo», *Tribuna del Abogado*, n° 119, pp. 11-13. Montevideo: Colegio de abogados del Uruguay, 2000.
- _____. *Manual de derecho bancario*, t.I. Montevideo: Instituto de estudios empresariales de Montevideo, 1989.

- ORDIOZOLA PERRONE, J. M. «El Mercado Relevante», en: Pereira Campos y Rueda Kramer (Dirs.), *Estudios sobre defensa de la competencia y relaciones de consumo*, pp. 63-87. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- ORDOQUI CASTILLA, G. *Abuso del derecho en civil, comercial, procesal, laboral y administrativo*. Montevideo: Amalio M. Fernández, 2009.
- PÉREZ BENECH, V. «El alcance de las competencias del Banco Central en materia de derecho del consumo: el caso de la reparación de los daños sufridos por el consumidor», *Revista de Derecho*, año 12, n° 24, pp. 115-123. Montevideo: Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, 2013.
- PODER EJECUTIVO. *Proyecto de Ley de Inclusión Financiera*. Montevideo: Ministerio de Economía y Finanzas, 2013. Descargado de: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/documentos/versiones-taquiograficas/senadores/47/2642/0/CAR> Fecha de consulta: 22/10/2024.
- _____. *Proyecto de Ley de Promoción y Defensa de la Competencia*. Montevideo: Ministerio de Economía y Finanzas, 2005. Descargado de: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/documentos/repartido/representantes/46/322/0/PDF> Fecha de consulta: 24/10/2024.
- PODER EJECUTIVO. *Rendición de Cuentas 2018 y Balance de Ejecución Presupuestal - Informe económico-financiero: Exposición de Motivos*. Montevideo: Ministerio de Economía y Finanzas, 2019. Descargado de: https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/sites/ministerio-economia-finanzas/files/documentos/publicaciones/Exposici%C3%B3n_de_Motivos%20RRCC2018.pdf Fecha de consulta: 24/10/2024
- RIEBER DE BENTATA, J. «Libertad de Empresa en la Liberalización del Sistema Económico»; en: *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carias”*. *El principio de*

legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica, t.I, pp. 399-446. Caracas: Funeda, 2004.

ROTONDO TORNARÍA, F. «Aspectos generales de la regulación de la actividad privada». *Regulación de la Actividad Privada. En homenaje a los profesores Dres. Mariano R. Brito y Horacio Cassinelli Muñoz, Rotondo (Coord.)*, pp. 23-36. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2015.

RODRÍGUEZ OLIVERA, N. E. y LÓPEZ RODRÍGUEZ C. E. *Manual de Derecho Comercial Uruguayo, Intermediación Financiera y Bursátil, Negocios Fiduciarios*, t. III, 2da. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2024.

RODRÍGUEZ OLIVERA, N. E. y LÓPEZ RODRÍGUEZ C. E. *Manual de Derecho Comercial Uruguayo, El mercado: defensa de la competencia y del consumidor*, t. IV, 2da. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2021.

STARNES, S., KURDYLA, M., PRAKASH, A., VOLK, A. y WANG, S. *De-Risking and Other Challenges in the Emerging Market Financial Sector: Findings from IFC's Survey on Correspondent Banking*. Washington: International Finance Corporation - World Bank, 2017.

SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP. *Reporte de indicadores de Inclusión Financiera de los sistemas financieros, de seguros y de pensiones. Junio 2023*.

SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS CHILE. *Informe de inclusión financiera en Chile 2019*.

SUPERVIELLE SAAVEDRA, B. *El Depósito Bancario*. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Biblioteca de Publicaciones Oficiales, 1960.

SZAFIR, D. *Consumidores. Análisis exegético de la Ley 17.250*, 5ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2022.

- THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. *Microscopio global de 2018. El entorno propicio para la inclusión financiera y la expansión de los servicios financieros digitales*. Londres: EIU, 2018.
- _____. *Microscopio global de 2020. El papel de la inclusión financiera en la respuesta frente a la Covid-19*. Londres: EIU, 2020.
- TOSO MILOS, A. «De-risking: una consecuencia indeseada del enfoque basado en el riesgo aplicado por los bancos en materia de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo», *Revista Chilena de Derecho*, v. 47, n° 1, pp. 1-24. Santiago de Chile: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 2020.
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes*. Viena: UNODC, 2011.
- VERGARA, J., AGUILAR, T. y MARÍN DEVIA, L. F. «Inclusión financiera en el sector minero colombiano: avances y recomendaciones de política pública»; en: AA.VV., *Ensayos sobre inclusión financiera en Colombia*, v. II, pp. 132-189. Bogotá: Asobancaria, 2022.
- ZARAGOZA AGUADO, J. A. «El blanqueo de bienes de origen criminal», en: AA.VV., *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, pp. 191-244. Montevideo: Presidencia de la República Oriental del Uruguay-Junta Nacional de Drogas, 2003.
- _____. «Medidas cautelares sobre bienes en los procesos penales relativos al tráfico ilícito de drogas y en el marco de la cooperación jurídica internacional», en: *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, pp. 269-283. Montevideo: Presidencia de la República Oriental del Uruguay / Junta Nacional de Drogas, 2003.