

Remesas de dinero al extranjero no bancarias. Legislación nacional y extranjera

Se describe la regulación nacional y de Perú y España sobre remesas de dinero internacionales no bancarias, efectuadas por Empresas de Transferencia de Dineros (ETD).

En Chile, las ETD no se encuentran específicamente reguladas. No obstante, es posible constatar que existen algunas pocas disposiciones que se refieren a su respecto y hay otras normas que las regulan de manera subsidiaria.

En materia de lavados de activos una Circular de la UAF determinó que las ETD deben tener un adecuado conocimiento de las personas con las que realizan sus operaciones y de las actividades que éstas desarrollan como, asimismo, del origen y/o destino de los fondos que transan o transfieren por un monto igual o superior a US\$5.000.

Asimismo, las operaciones de las ETD pueden ser calificadas como contratos de cambio, los que no son mayormente regulados por el Código de Comercio.

Las relaciones entre usuarios y ETD podrían ser de competencia de la Ley de Protección al Consumidor.

Existen algunos instrumentos internacionales bilaterales de fomento de estas remesas, suscritos por Chile.

En Perú, las ETD son empresas del mercado financiero y se regulan en general por la ley específica y deben ser inscritas en la Superintendencia del ramo.

El Reglamento 1025-2005 regula a las ETD, especialmente en cuanto a las exigencias de constitución, funcionamiento, información contable y estadística, cese de operaciones,

disolución y liquidación e información y transparencia con los usuarios.

También en Perú las ETD deben someterse, en lo pertinente, a las normas de la Ley de Protección al Consumidor en materia de servicios financieros.

Por último, en España, las ETD son reguladas esencialmente por la Ley sobre servicios de pago, en materia de capital mínimo, agencias, auditoría, información y transparencia y algunas disposiciones de protección al consumidor.

También, se les aplican normas sobre lavados y blanqueo de activos (Ley 10/2010). Éstas han impactado en el negocio de las remesas, por cuanto la autoridad pertinente calificó a las operaciones de alto riesgo, debiendo las ETD tomar resguardos especiales en sus relaciones con los usuarios.

Está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley, contribuyendo a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.

Contacto

E-mail: atencionparlamentarios@bcn.cl
Tel.: (56)32-226 3168 (Valpo.)

El presente documento responde a una solicitud parlamentaria del Congreso Nacional, conforme a sus orientaciones y particulares requerimientos. Por consiguiente, tanto la temática abordada como sus contenidos están determinados por los parámetros de análisis acordados y por el plazo de entrega convenido. Su objeto fundamental no es el debate académico, si bien su elaboración observó los criterios de validez, confiabilidad, neutralidad y oportunidad en la entrega.

Guido Williams

Abogado, Universidad de Chile
Magíster en Derecho (PUCV)
Doctor (c) en Derecho (PUCV)
E-mail: gwilliams@bcn.cl
Tel.: (56) 3226180

Introducción

Se describe la regulación nacional y de Perú y España sobre las llamadas remesas de dinero internacionales no bancarias.

El análisis de los dos países extranjeros fue solicitado por el requirente.

A diferencia de Chile, Perú y España han regulado el modelo de negocios y las empresas dedicadas a las remesas internacionales de dinero no bancarias.

En todos los casos, se constata que la actividad se encuentra sometida a las normas sobre lavado de activos y blanqueo de capitales.

I. Chile

Las remesas internacionales de dinero se pueden realizar por canales muy diversos. Así, por ejemplo, pueden ser efectuadas por servicios de entrega de dinero en efectivo ofrecidos por particulares a sus comunidades locales de inmigrantes (remesas de bolsillo), servicios de operadores especializados en la transferencia internacional de dinero o también llamados Empresas de Transferencia de Dinero (ETD), transferencias interbancarias o por servicios prestados a través de sistemas de tarjetas (Del Real, *et.al.*, 2011:3).

Básicamente, en el modelo de negocios de transferencias de remesas no bancarias de las ETD se pueden identificar tres participantes: el remitente, el receptor y el proveedor de servicios de remesas. Las ETD cumplen la función de ser los proveedores. Para cumplir el rol existen dos agentes de la empresa, uno en el país emisor y otro en el país receptor. En este caso, la remesa de dinero no se realiza desde un Banco a otro Banco, mediante cuentas corrientes.

El modelo de negocios de las ETD no se encuentra específicamente regulado en Chile, sin perjuicio la existencia de disposiciones originadas en los contratos de este tipo de prestaciones de servicios.

Más allá de los contratos, es posible constatar que existen algunas pocas disposiciones que se refieren particularmente a

las ETD y hay otras normas que las regulan de manera subsidiaria.

1. Lavado de activos y blanqueo de activos

En primer lugar, en materia de prevención de lavado y blanqueo de activos, la Ley N° 19.913 establece el conjunto de personas naturales o jurídicas obligadas a informar a la Unidad de Análisis Financiero¹ (o UAF) sobre las operaciones sospechosas de lavados de activos que adviertan en el ejercicio de sus actividades. Esta ley además determinó las sanciones administrativas, conforme a la gravedad y reiteración de las infracciones cometidas. Entre las entidades obligadas a informar se encuentran las empresas de transferencia de valores y dinero (artículo 3).

Corresponde a las ETD mantener registros especiales por el plazo mínimo de cinco años e informar a la Unidad de Análisis Financiero cuando ésta lo requiera, de toda operación en efectivo superior a diez mil dólares² o su equivalente en pesos chilenos (artículo 5, Ley N° 19.913).

Mediante la Circular 0018 de 2007³, la Unidad de Análisis Financiero determinó que las empresas de transporte de valores y dinero deben tener un adecuado conocimiento de las personas con las que realizan sus operaciones y de las actividades que éstas desarrollan como, asimismo, del origen y/o destino de los fondos que transan o transfieren por un monto igual o superior a 5 mil dólares⁴. Para cumplir con lo anterior, la UAF estableció que se debe requerir y registrar, por lo menos, lo siguiente:

- Nombre completo: en el caso de personas jurídicas se debe registrar la razón social completa a nombre de quien se hace la transacción y el de la persona natural que la está materializando;
- Sexo de quien solicita la transacción.
- Nacionalidad de quien solicita la transacción;
- Número de Cédula Nacional de Identidad o número de pasaporte. En el caso de personas jurídicas se deberá solicitar su Rol Único Tributario;
- Profesión, ocupación u oficio y giro en el caso de personas jurídicas;
- Dirección o residencia en nuestro país, o país de origen o residencia (en el caso de personas jurídicas se deberá

¹ La Unidad de Análisis Financiero es el servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que se relacionará con el Presidente de la República por medio del Ministerio de Hacienda. Su objetivo es prevenir e impedir la utilización del sistema financiero y de otros sectores de la actividad económica, para la comisión de alguno de los delitos descritos en el

artículo 27 de esta ley, y en el artículo 8° de la Ley N° 18.314 (sobre conductas terroristas).

² De los Estados Unidos de América.

³ Por la cual imparte instrucciones en materia de prevención de lavado o blanqueo de activos.

⁴ De los Estados Unidos de América.

registrar las direcciones de la persona jurídica y de la persona natural que está materializando la operación);

- Teléfono de contacto.

Además de los datos indicados, quien realiza la remesa debe efectuar una declaración suscrita o firmada por el solicitante de la operación en la cual da cuenta del origen y/o destino de los fondos involucrados en la transacción.

Del mismo modo, la Circular 0018 estableció que las ETD deben disponer que estas entidades deben disponer de un Manual de Procedimiento de Prevención de Lavado de activos y Financiamiento del Terrorismo. Éste debe establecer precisamente las políticas y procedimientos a aplicar para evitar que ellas se vean envueltas o sirvan de medio en la eventual comisión del delito de lavado o blanqueo de activos.

2. Protección de los derechos del consumidor

Por otra parte, en términos generales, las ETD pueden ser consideradas proveedores conforme a la Ley de Protección al Consumidor (Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores)⁵.

En efecto, de acuerdo al artículo 1 de la Ley N° 19.496 son proveedores, las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades, entre otras, de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa. La ley no especifica el tipo de prestación de servicios, la que podría incluir la transferencia internacional de dineros por encargo de un tercero.

Complementariamente, cabe considerar que las prestaciones de servicios de las ETD, al no estar reguladas por una ley especial, son expresamente materia de la Ley N° 19.496 (artículo 2 bis).

En esta materia, por regla general todo proveedor de servicios está obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega de la prestación del servicio (artículo 12, Ley N° 19.496).

Relacionado con el modelo de negocios de las ETD (intermediarias de dineros), el artículo 43 de la Ley N° 19.496 dispone que el proveedor que actúa como intermediario debe responder directamente frente al consumidor por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el prestador de los servicios o terceros que resulten responsables.

De manera resumida, otros deberes del proveedor establecidos en la Ley N° 19.496, atinentes al caso en estudio, son:

- Entregar información veraz y oportuna a los consumidores, sobre los servicios que ofrece, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos.
- Respetar los términos, condiciones y modalidades ofrecidas o convenidas con el consumidor.
- En los contratos celebrados por medios electrónicos, enviar confirmación por escrito de la misma. La confirmación debe contener una copia íntegra, clara y legible de lo comprado o contratado.
- No negar injustificadamente la venta de servicios en las condiciones ofertadas.
- Respetar el derecho a retracto o la posibilidad del consumidor de poner término unilateralmente al contrato, en un plazo de 10 días contados desde la contratación del servicio y antes de la prestación del mismo, por ejemplo en los contratos realizados por medios electrónicos y en los que se acepta una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia.

3. Contrato de cambio

Cuando la prestación de servicios se realice entre comerciantes, o entre personas no comerciantes para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales, se podrían aplicar a las ETD las reglas del Código de Comercio relacionadas al contrato de cambio⁶ que es

[u]na convención por la cual una de las partes se obliga, mediante un valor prometido o entregado, a pagar o hacer pagar a la otra parte o a su cesionario legal cierta cantidad de dinero en un lugar distinto de aquel en que se celebra la convención (artículo 620, Código de Comercio).

Este contrato de cambio se perfecciona por el solo consentimiento de las partes acerca de la cantidad que debe ser pagada, el precio de ella, el lugar y época del pago y puede ser probado por cualquiera de los medios de prueba que reconoce el Código de Comercio (artículo 621, Código de Comercio).

Para Sandoval (2009:68), son tres los elementos fundamentales del contrato de cambios: i) el objeto, que consiste en pagar o

⁵ Esta ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias.

⁶ Cabe mencionar que la letra de cambio nació como un documento accesorio al contrato de cambio y más tarde se convirtió en el medio de ejecución y de prueba del mismo.

hacer pagar una cantidad de dinero; ii) el precio, que es el valor prometido o entregado; iii) la *distancia loci*, que es lugar distinto de aquel en el que se celebra la convención, en el que debe pagarse la cantidad de dinero.

El contrato de cambio es consensual y puede ejecutarse de varias maneras, una de las cuales es el empleo de una letra de cambio, pero también puede efectuarse mediante el uso de otros documentos, como órdenes de pago e incluso a través de un giro postal o telegráfico (Sandoval, p.70).

Para terminar en este punto, cabe tener en cuenta que cuando la entrega del dinero ocurre en un país distinto del que se celebra el contrato (como es el caso analizado) supone además la realización de transacciones en divisas diferentes. Por lo anterior, se debe sumar al contrato de cambio, la compra y venta de monedas extranjeras, para que ellas sean entregadas en el país de pago.

4. Instrumentos de derecho internacional

En al menos dos instrumentos de derecho internacional suscritos por Chile con otros países se ha mencionado, sin desarrollar mayormente, la necesidad de facilitar entre otros el llamado “derecho de transferencias de remesas”.

Lo anterior consta en el Acuerdo de Asociación entre la República de Chile y la República de Ecuador (Decreto N° 254 de 2008 de Relaciones Exteriores) y en el Memorando de entendimiento para la asociación estratégica entre la República de Chile y la República de Colombia (Decreto N° 88 de 2012 de Relaciones Exteriores).

5. Caso de las Agencias de Valores y ETD

Al menos una ETD (AFEX) es además una agencia de valores⁷, regulada y creada conforme a la Ley de Mercado de Valores (Ley N° 18.045). Ella, realiza intermediación de valores fuera de la Bolsa de Valores (artículo 24, Ley N° 18.045).

Las agencias de valores pueden participar del Mercado Cambiario Formal⁸, conforme el Compendio de Normas de Cambios internacional del Banco Central (capítulo III). En este caso, las agencias de valores deberán constituirse como sociedades anónimas abiertas y encontrarse inscritas en el Registro de Valores en los términos que prescribe el artículo 2° de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas. De la misma manera deberán evacuar los informes al Banco Central que les

requieren las normas del Compendio citado y la Ley orgánica constitucional del citado Banco (Ley N° 18.840).

En el capítulo II del Compendio, se dispone que las compras, ventas, transacciones, remesas o el traslado (Transferencias) de moneda extranjera que efectúen las empresas bancarias y demás personas jurídicas señaladas en el Capítulo III, como las Agencias de Valores, deben formalizarse mediante las Planillas y Códigos referidos en el Capítulo I del Manual de Procedimientos y Formularios del Compendio de Cambios Internacionales del Banco Central e informarse, además y en su caso, al Banco Central de Chile, de la manera dispuesta en el mismo Compendio.

II. Perú

En Perú, las empresas que realizan remesas de dinero al extranjero no bancarias se encuentran reguladas por, al menos, dos leyes y dos reglamentos.

1. Ley N° 26.702

La Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley N° 26.702) establece que son empresas del mercado financiero las Empresas de Transferencia de Fondos o ETF (artículos 1 y 12 en relación al artículo 17) en calidad de empresas de servicios complementarios y conexos.

Por lo anterior, la regulación de las empresas del mercado financiero peruano se extiende a las ETD. De la misma manera, por expresa disposición, las normas del derecho mercantil y del derecho común, así como los usos y prácticas comerciales, son de aplicación supletoria a dichas empresas (artículo 4, Ley N° 26.702).

Estas entidades, para funcionar, requieren de autorización previa de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones (Superintendencia) de acuerdo con las normas establecidas en la ley en comento y en su reglamento respectivo.

En términos generales, la ley dispone que las ETD pueden fijar libremente las comisiones y gastos para sus operaciones activas y pasivas y servicios (artículo 9, Ley N° 26.702) y que sus organizadores deben ser de reconocida idoneidad moral y solvencia económica (artículo 19). No hay número mínimo

⁷ Así consta en listado de Agencias de Valores de la Superintendencia de Valores y Seguros, disponible en: <http://www.svs.cl/portal/principal/605/w3-propertyvalue-18535.html> (agosto, 2017).

⁸ El Mercado Cambiario Formal es aquel constituido por las empresas bancarias y que tiene por objetivo esencialmente las operaciones de

cambios internacionales las compras y ventas de moneda extranjera y, en general, los actos y convenciones que creen, modifiquen o extingan una obligación pagadera en esa moneda, aunque no importen traslado de fondos o giros de Chile al exterior o viceversa

para los organizadores, sin embargo, por lo menos uno debe ser suscriptor del capital social de la empresa respectiva.

2. Reglamento 1025-2005 sobre ETF

El Reglamento 1025-2005 regula particularmente a las ETF peruanas, especialmente en cuanto a las exigencias de constitución, funcionamiento, información contable y estadística, cese de operaciones, disolución y liquidación. Estas disposiciones se complementan con las normas de la Ley N° 26.702 sobre la misma materia, como por ejemplo en materia de Gobierno Corporativo, estatutos, capital, información requerida por la Superintendencia, etc.

En primer lugar, el Reglamento define a las ETF como aquella empresa que tiene por giro principal la actividad de ofrecer al público en general el servicio de recepción de órdenes de transferencia de fondos conforme a instrucciones de los ordenantes y/o su puesta a disposición de los correspondientes beneficiarios.

Se entiende por ordenante, según el Reglamento a quien remite fondos a través de una ETF, a otra persona (beneficiario) ubicada generalmente en una plaza geográfica distinta. El beneficiario a su vez es la persona a favor de la cual se remiten los fondos que envía el ordenante. También en materia de definiciones, el Reglamento señala que transferencia de fondos es la actividad consistente en la recepción de fondos en efectivo de un ordenante para ser entregados al beneficiario designado por el ordenante.

Ahora bien, la actividad de transferencia de fondos se puede realizar como representante de empresas de alcance internacional o en forma independiente mediante contratos suscritos con empresas corresponsales del exterior.

También pueden realizar la actividad de transferencia de fondos, aquellas empresas que efectúan dicha labor de manera complementaria y accesoria a su giro principal y cuyas transacciones promedios superan una cantidad determinada.

El Reglamento establece que las ETF pueden realizar sus labores mediante oficinas principales, agencias, locales compartidos y agentes.

Las oficinas principales son el establecimiento central y domicilio legal de la empresa, donde se encuentra la alta dirección que organiza, administra y dirige las actividades y negocios de la ETF. La agencia es el establecimiento que depende orgánicamente de la oficina principal y pueden realizar todas las operaciones de la oficina. Los locales compartidos son aquellos que realizan las labores de las empresas, pero además otras actividades de empresas supervisadas por la Superintendencia. Por último, los agentes son personas naturales o jurídicas cuya actividad principal no es la transferencia de dinero y con la cual la ETF suscribe contratos para la recepción y envío de dinero en nombre y en representación de la ETF y por medio de sus sistemas operativos.

El Reglamento reconoce también la existencia de corresponsales extranjeros, con los cuales las ETF suscriben contratos para la recepción y/o envío de fondos a nivel internacional.

En cuanto a la forma societaria y estatutos de las ETF, el Reglamento prescribe que ellas deben ser sociedades anónimas y deben disponer de un Directorio. En cuanto al número de accionistas y directores, se aplican las reglas de la Ley N° 26.702. Las modificaciones a los estatutos deben ser aprobados por la Superintendencia.

Se les exige a las ETF un capital social aportado en efectivo y un capital mínimo determinado en la mencionada Ley N° 26.702.

De la misma manera, el Reglamento exige de las ETF algunos requisitos específicos para obtener la autorización, en relación a otras empresas complementarias del mercado financiero. Así, por ejemplo se requiere:

- Contratar pólizas de seguro al momento de iniciar las operaciones, las que deben cubrir los riesgos principales propios del volumen de operaciones de transferencia de fondos.
- Presentar corresponsalías y agencias, acompañando los contratos respectivos, junto a las autorizaciones obtenidas para ejercer en el extranjero o en Perú.
- Informes y documentación que den cuenta que disponen de infraestructura necesaria para cumplir la normativa.

El Reglamento también regula lo relativo a los horarios de atención al público. Las ETF deben brindar atención todos los días laborales del año, por a lo menos seis horas cada día. Fuera de los días indicados, la atención es voluntaria.

Igualmente, se norma lo relacionado a publicidad y transparencia en la información al público. Existe un régimen de libertad tarifaria, de comisiones, tipos de cambio usados y gastos cobrados por los servicios. Esta información debe ser publicitada, en cada local, tanto en los contratos suscritos con los clientes como en cuadros informativos o folletos. Adicionalmente, las ETF cuando operen como representantes de empresas internacionales deberán informar esta calidad a sus clientes, sin perjuicio de aclarar que es ella la que realiza la prestación de servicios. Finalmente, en materia de publicidad, el Reglamento exige que las páginas web de las empresas incluyan una relación actualizada de los agentes de la entidad.

En este punto, en anexo al Reglamento se acompañan diversos formularios exigidos a las ETF. Uno de ellos dice relación con los Cobros por transferencia de Fondos.

Este formulario indica que se deben detallar los cobros al ordenante o al beneficiario, respecto de: monto de comisión fija; porcentaje de la comisión variable, cobros por servicios adicionales (por ejemplo se cobra por notificación telefónica al beneficiario, mensaje al beneficiario, entrega física al beneficiario, pregunta clave al beneficiario y otros

servicios) y moneda en que se entrega al beneficiario, pudiendo ser libre elección de moneda o cambio obligatorio a la moneda del beneficiario. En el caso que se cobre a este último, el formulario requiere especificar forma y cálculo del cobro.

La norma administrativa prescribe que si una ETF durante 24 meses consecutivos no realiza actividades de transferencia de fondos podrán dejar ser consideradas tales, procediéndose a la cancelación de su autorización de funcionamiento.

El Reglamento también establece infracciones y sanciones. Se disponen tres categorías de infracciones: leves, graves y muy graves. Entre las primeras, se encuentra por ejemplo no informar sobre los contratos suscritos o renovados con agentes y corresponsales; no constituir y mantener actualizados los archivos de información de cada uno de sus agentes; etc. Son graves, no incluir en los contratos con Agentes o Corresponsales, las cláusulas mínimas establecidas por la Superintendencia; establecer relaciones con corresponsales que no cuenta con autorización para funcionar en el país de su domicilio. Muy graves, son no contar con capital mínimo requerido por la Ley N° 26.702 y no poder cumplir sus obligaciones con los ordenantes y/o beneficiarios en forma permanente.

Las sanciones son determinadas por la Ley N° 26.702 (artículo 361) y ellas corresponden a:

- Amonestación.
- Multa a la empresa
- Multa al director o trabajador responsable
- Destitución.
- Inhabilitación del director o trabajador en caso de ser responsable de la intervención o liquidación de la institución a su cargo.
- Prohibición de repartir dividendos.
- Intervención.
- Suspensión o cancelación de la autorización de funcionamiento.
- Disolución y liquidación.

3. Ley N° 28.587

En el ordenamiento jurídico peruano, las empresas ETF también deben someterse, en lo pertinente, a las normas de la Ley N° 28.587 complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de servicios financieros.

Esta disposición legal dispone que en materia de información, las empresas

[e]stán obligadas a brindar a los usuarios toda la información que estos demanden de manera previa a la celebración de cualquier contrato propio de los productos o servicios que brindan, sin perjuicio de lo dispuesto en normas legales de carácter especial.

La información proporcionada a los usuarios debe considerar aquellos aspectos relevantes relacionados principalmente a los beneficios, riesgos y condiciones del servicio.

En cuanto a los formularios de los contratos, la Ley N° 28.587 establece que sus caracteres deben ser adecuadamente legibles para los usuarios, los cuales no deben ser inferiores a tres milímetros.

Las comisiones o gastos conforme a esta Ley N° 28.587 deben implicar la prestación de un servicio efectivo, tener justificación técnica e implicar un gasto real y demostrable para el proveedor del servicio.

En materia de publicidad de los cobros, la Ley N° 28.587 dispone que se debe garantizar el acceso de los usuarios a dicha información pudiendo emplearse para ello diversos medios, sean éstos a través de comunicaciones directas, avisos a través de comunicados en televisión, radio y periódicos, en sus locales y páginas web.

4. Reglamento de auditoría externa de empresas supervigiladas por la Superintendencia

El Reglamento de auditoría externa de las empresas supervigiladas por la Superintendencia dispone que estas empresas, en relación a las ETF, deberán informar en relación al giro del negocio y los controles existentes, a lo menos, lo siguiente:

a. En cuanto al giro de negocios:

- Las políticas y procedimientos de recepción y envío de órdenes de transferencia de fondos;
- Los grupos económicos y personas naturales y jurídicas vinculadas según los criterios establecidos por la Superintendencia;
- Los procedimientos de registro, supervisión y centralización de las operaciones de los agentes, así como de las realizadas con los corresponsales; y
- El cumplimiento del límite operativo referido a fondos disponibles compatibles con el volumen de operaciones.

b. En cuanto a los controles: Revisión de los controles existentes en la ETF, de la seguridad y de la confiabilidad de los sistemas informáticos que producen la información financiera, en el ámbito de la auditoría externa.

III. España

En España, las remesas de dinero al extranjero fuera del sistema bancario son reguladas esencialmente por la Ley 16 de 2009 sobre servicios de pago (Ley 16/2009). También, como se verá, se les aplican normas sobre lavados y blanqueo de activos (Ley 10/2010), las que han impactado en el negocio de las remesas.

Cabe mencionar que en enero de 2016, entró en vigencia la Segunda Directiva de Servicios de Pago de la Unión Europea, que obliga a transponer sus normas, a nivel nacional, antes de enero de 2018.

La mayoría de las normas de esta nueva Directiva buscan generar un mercado europeo de pagos más integrado y eficiente; que proteja a los usuarios haciendo sus pagos más seguros y creando un nuevo régimen regulatorio para los terceros que quieran acceder a información bancaria y efectuar pagos por cuenta de sus clientes. La nueva Directiva, además busca promover un conjunto de estímulos de nuevos servicios que beneficiarán a los consumidores en el manejo de sus finanzas, y aumentarán la competencia a través de los servicios financieros (*HM Treasury*, 2017).

1. Ley 16/2009

Esta disposición legal busca incorporar diversas Directivas Comunitarias⁹, vigentes a 2009, que procuraban garantizar que los pagos realizados en el ámbito de la Unión Europea puedan realizarse con la misma facilidad, eficiencia y seguridad que los pagos nacionales internos de los Estados miembros.

En sus fundamentos, la Ley 16/2009 señala que también busca contribuir al reforzamiento y protección de los derechos de los usuarios de los servicios de pago.

El objeto regulado por esta ley son los servicios de pago prestados en España, incluyendo el envío de dinero.

La misma ley establece que el servicio de envío de dinero es (artículo 13, N° 13):

u]n servicio de pago que permite bien recibir fondos de un ordenante sin que se cree ninguna cuenta de pago a nombre del ordenante o del beneficiario, con el único fin de transferir una cantidad equivalente a un beneficiario o a otro proveedor de servicios de pago que actúe por cuenta del beneficiario, o bien recibir fondos por cuenta del beneficiario y ponerlos a disposición de éste.

En términos de las personas involucradas en la operación, la disposición legal puntualiza que usuario de servicios de pago, es la persona natural o jurídica que haga uso de un servicio de pago, ya sea como ordenante, como beneficiario o ambos. A su vez, ordenante es una persona natural o jurídica titular de una cuenta de pago que autoriza una orden de pago a partir de dicha cuenta o, en el caso de que no exista una cuenta de pago, la persona física o jurídica que dicta una orden de pago. El beneficiario es una persona física o jurídica que sea el

destinatario previsto de los fondos que hayan sido objeto de una operación de pago. Y el consumidor en esta ley, aun cuando no incluido en la definición de la operación, es una persona natural que, en los contratos de servicios de pago, actúa con fines ajenos a su actividad económica, comercial o profesional.

Desde el punto de vista de los proveedores del servicio, la ley dispone que una de ellas son las llamadas entidades de pago (o EP). Esto es personas jurídicas, que no sean entidades de crédito o entidades de dinero electrónico, a las cuales se haya otorgado autorización para prestar y ejecutar los servicios de pago. La autorización podrá contemplar todos o alguno de los servicios de pago citados.

Las entidades de pago no podrán llevar a cabo la captación de depósitos u otros fondos reembolsables del público ni emitir dinero electrónico. Los fondos recibidos por dichas entidades de los usuarios de servicios de pago para la prestación de servicios de pago no constituirán depósitos u otros fondos reembolsables.

La creación de las EP y sus sucursales, deberán ser autorizadas por el Ministro de Economía y Hacienda, previo informe del Banco de España y del Servicio Ejecutivo de la Comisión de prevención del blanqueo de capitales e infracciones monetarias en los aspectos de su competencia. Una vez obtenida la autorización y tras su constitución e inscripción en el Registro Mercantil, las EP deberán, antes de iniciar sus actividades, quedar inscritas en el Registro Especial de Entidades de Pago que se creará en el Banco de España, el que además las supervisará. Cabe señalar que este Registro, actualizado periódicamente, debe estar a disposición del público para su consulta, y ser accesible a través de internet.

La Ley determina las actividades a las que no se aplica, por ejemplo:

- Pagos en efectivo y directamente del ordenante al beneficiario;
- Pagos del ordenante al beneficiario a través de agente comercial autorizado para negociar o concluir la compra o venta de bienes o servicios por cuenta del ordenante o del beneficiario;
- Pagos mediante determinados cheques, efectos, vales o giros postales en papel.
- Los servicios en los que el beneficiario proporciona dinero en efectivo al ordenante como parte de una operación de pago, a instancia expresa del usuario del servicio de pago inmediatamente antes de la ejecución de

⁹Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior,

por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2005/65/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE.

una operación de pago, mediante pago destinado a la compra de bienes o servicios.

- Las operaciones de pago efectuadas por cuenta propia entre proveedores de servicios de pago y sus agentes o sucursales.

Igualmente, la Ley establece que las EP deberán contar con un capital mínimo y recursos propios, además de reglas de contabilidad y auditoría de cuentas, ambas adaptadas por el Ministerio de Economía a los modelos de negocios.

En materia de información, la Ley distingue si el usuario del servicio de pago es consumidor o no. En el primer caso, en una lógica de protección la ley establece que el proveedor debe facilitar, de un modo fácilmente accesible para él, toda la información y condiciones relativas a la prestación de los servicios de pago. No se podrá cobrar al usuario por el suministro de información.

Cuando el usuario no es consumidor, las partes podrán acordar reglas distintas en materia de información.

Al igual que en materia de información, la ley establece reglas sobre derechos y obligaciones, tendiendo a proteger a los consumidores.

En primer lugar, como regla general, se debe transferir la totalidad del importe de la operación de pago, absteniéndose de deducir gasto alguno de la cantidad transferida. No obstante, el beneficiario y su proveedor podrán acordar que este último deduzca sus propios gastos del importe transferido antes de entregárselo al beneficiario. En este caso, la cantidad total de la operación de pago, junto con los gastos, aparecerá por separado en la información facilitada al beneficiario por su proveedor.

La norma dispone que los gastos deben estar mencionados en el contrato entre el usuario y el proveedor de servicios de pago “y serán adecuados y acordes con los costes efectivamente soportados por el proveedor de servicios de pago” (artículo 24).

Luego, si la operación supone conversión de divisas, ordenante y beneficiario deberán pagar los gastos a sus proveedores de servicios. En caso que no incluya la conversión, se aplica igual regla.

La Ley precisa que reglamentariamente podrán establecerse límites al derecho de cobro de gastos teniendo en cuenta la necesidad de fomentar la competencia y promover el uso de instrumentos de pago eficientes.

Conforme la ley, el momento de recepción de una orden de pago es aquel en que ella es recibida por el proveedor del ordenante. Si no es un día hábil para el proveedor, la orden de pago se considerará recibida el siguiente día hábil.

Se deberán notificar al usuario los rechazos de ejecución de una orden de pago, indicando los motivos de la decisión e informando el procedimiento para rectificar los posibles errores de hecho.

Adicionalmente, la Ley estableció la posibilidad que los consumidores puedan acudir, cuando así lo acuerden, al arbitraje de consumo previsto en el Real Decreto 231/2008 que regula el sistema arbitral de consumo.

En materia de responsabilidad por no ejecución o ejecución defectuosa de las órdenes de pago, la Ley dispone que el proveedor es responsable ante el ordenante, por la correcta ejecución de la operación de pago, hasta el momento en que la suma se abone al proveedor del beneficiario. Ocurrido esto, será responsable el proveedor de este último.

Por la no ejecución o la ejecución defectuosa el proveedor del ordenante debe devolver sin demora la cantidad correspondiente al ordenante. Misma regla opera para el proveedor del beneficiario, quien debe pagar inmediatamente.

Complementariamente, si la no ejecución o ejecución defectuosa es responsabilidad de otro proveedor o de un intermediario, el proveedor del ordenante o del beneficiario podrá repetir contra los primeros.

Finalmente, la ley regula las sanciones. A las entidades de pago, les es aplicable el régimen sancionador previsto en la Ley 26/1988, de disciplina e intervención de las entidades de crédito, así como el procedimiento sancionador establecido para los sujetos que participan en los mercados financieros.

1. Ley 10/2010

La Ley 10 de 2010 trata sobre la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. La norma dispone, en su artículo 2 letra h, que su regulación se aplica entre otras a las entidades de pago, sus agentes e intermediarios.

Las entidades de gestión están obligadas a comprobar la identidad de todas las personas naturales o jurídicas que pretendan establecer relaciones de negocio o intervenir en sus operaciones.

De los usuarios, según la Ley 10 de 2010 establece, las entidades de pago deben obtener información sobre el propósito e índole prevista de la relación de negocios, además de información a fin de conocer la naturaleza de su actividad profesional o empresarial y también deben adoptar medidas dirigidas a comprobar razonablemente la veracidad de dicha información. Estos procedimientos deben tener en cuenta el diferente nivel de riesgo y en la obtención de los clientes de documentos que guarden relación con la actividad declarada o en la recopilación de información sobre dicha actividad, incluso ajena al propio cliente. Complementariamente, las entidades de pago aplicarán medidas de seguimiento continuo a la relación de negocios, incluido (artículo 6)

[e] escrutinio de las operaciones efectuadas a lo largo de dicha relación a fin de garantizar que coincidan con el conocimiento que tenga el sujeto obligado del cliente y de su perfil empresarial y de riesgo, incluido el origen

de los fondos y garantizar que los documentos, datos e información de que se disponga estén actualizados.

Este conjunto de procedimientos descritos, por parte de las entidades de pago, se denominan medidas de diligencia debida. Ellas deben ser aplicadas a clientes nuevos o antiguos en función del riesgo y dependiendo del tipo de cliente, relación de negocios, producto u operación. Las entidades de pago no deben establecer relaciones de negocio ni ejecutar operaciones cuando no puedan aplicar las medidas de diligencia debida previstas en la Ley 10 de 2010.

La Ley 10 de 2010, se complementa con un Reglamento, el Real Decreto 304/2014. Éste, dispone que las EP obligadas a identificar y comprobar, mediante documentos fehacientes, la identidad de los usuarios que pretendan establecer relaciones de negocio o intervenir en cualesquiera operaciones ocasionales cuyo importe sea igual o superior a 1.000 euros.

En 2008, el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC) emitió el Informe denominado “Factores claves para la prevención del blanqueo de capitales en la gestión de transferencias”.

En este Informe se calificó como una actividad de riesgo para el blanqueo de capitales la remisión de dinero mediante las entidades de pago. Argumentos esgrimidos por SEPBLAC fueron que mediante esta acción se introduce dinero en efectivo en el circuito financiero; las operaciones tramitadas implican movimientos internacionales de fondos; generalmente los movimientos internacionales se realizan a través de cuentas de intermediarios y no a nombre de las personas que, en realidad motivan las operaciones; en ocasiones los países de origen y destino de las remesas coinciden con los flujos financieros de algunos comercios ilícitos; el que las operaciones, normalmente, se realicen a través de agentes, con alta rotación de ellos y que sirven a diversas EP, da cuenta de una situación de riesgo, etc. En general, para SEPBLAC las transferencias mediante EP han sido utilizadas por delincuentes para blanquear fondos de distintas formas.

En atención a los argumentos, SEBPLAC considera que estas operaciones requieren “medidas adecuadas de prevención” dirigidas especialmente para controlar la actividad del agente.

Esta calificación y las disposiciones de la Ley 10 de 2010 han generado que las remesas de dinero no bancarias al extranjero sean calificadas de riesgosas y por tanto a las operaciones, los EP les apliquen las medidas de diligencia debida.

La Unión Europea ha instado a España a respetar la presunción de inocencia y flexibilizar los requisitos en los envíos de remesas al extranjero, sobre las que pesa de manera injustificada la sospecha de blanqueo de capitales.

Al respecto, la justicia de la Unión Europea ha sostenido que las calificaciones y exigencias extras implican mayores costos y dificultades, desincentivándolas operaciones transfronterizas. Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en una sentencia de 2016 (causa C 614/14)¹⁰ resolvió lo siguiente:

Una normativa nacional, como la que es objeto del procedimiento principal, que contempla la aplicación de medidas de diligencia debida distintas de las simplificadas con respecto a una entidad de pago implica costes y dificultades adicionales para la prestación de servicios de gestión del envío de fondos, que se añaden a las obligaciones de diligencia que la propia entidad de pago debe cumplir en virtud de la Directiva sobre blanqueo de capitales. Debido en particular a los costes de traducción de los datos que tienen una dimensión transfronteriza, la carga derivada de la aplicación de esas medidas de diligencia debida adicionales puede ser mayor en el marco de una transferencia de fondos transfronteriza, por lo que puede disuadir a la mencionada entidad de pago de prestar esos servicios en tal contexto (Considerando 99).

En esta misma sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea indicó que la normativa española de Blanqueo de Capitales asociada a las remesas internacionales de dinero no bancarias excede lo necesario para alcanzar el objetivo que persigue, en la medida en que la presunción que establece se aplica a todas las transferencias de fondos, “sin contemplar la posibilidad de destruir esta presunción en el caso de las transferencias de fondos que objetivamente no presentan tal riesgo” (considerando 111).

¹⁰ Safe Interenvios SA y Liberbank SA, Banco de Sabadell SA y BBVA SA.

Referencias

- Del Real, *et.al.* (2011). Remesas personal desde y hacia Chile. *Estudios Económicos Estadísticos del Banco Central*, 85. Disponible en: <http://si3.bcentral.cl/estadisticas/Principali1/Methodologias/SE/BDP/see85.pdf> (agosto, 2017).
- HM Treasury (2017). *Implementation of the revised EU Payment Services Directive II: response to the consultation*. Disponible en: <http://bcn.cl/21tw1> (agosto, 2017).
- Sandoval, Ricardo. (2009). *Derecho Comercial*, I, v. I. Santiago: Editorial Jurídica.

Normas citadas

1. Chile

- Código de Comercio. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1974> (agosto, 2017).
- Ley N° 18.045 de mercado de valores. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29472> (agosto, 2017).
- Ley N° 18.840, orgánica constitucional del Banco Central de Chile. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30216> (agosto, 2017).
- Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=61438> (agosto, 2017).
- Ley N° 19.913 que establece el conjunto de personas naturales o jurídicas obligadas a informar a la Unidad de Análisis Financiero. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=219119> (agosto, 2016).
- Acuerdo de Asociación entre la República de Chile y la República de Ecuador (Decreto N° 254 de 2008 de Relaciones Exteriores). Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=283531> (agosto, 2017).
- Memorando de entendimiento para la asociación estratégica entre la República de Chile y la República de Colombia (Decreto N° 88 de 2012 de Relaciones Exteriores). Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1036512> (agosto, 2017).
- Compendio de Normas de Cambios internacional del Banco Central. Disponible en: <http://bcn.cl/21rmm> (agosto, 2017).
- Circular N° 0018 de 2007 de la Unidad de Análisis Financiero, por la cual imparte instrucciones en materia de prevención de lavado o blanqueo de activos. Disponible en: http://www.uaf.cl/legislacion/norm_sector.aspx?id=3&id1= (agosto, 2017).

2. Perú

- Ley 26.702. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8CEF5E01E937E76105257A0700610870/\\$FILE/26702.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8CEF5E01E937E76105257A0700610870/$FILE/26702.pdf) (agosto, 2017).
- Ley 28.587. Disponible en: <http://www.bn.com.pe/transparenciabn/transparencia-financiera/Ley28587-SBS.pdf> (agosto, 2017).
- Reglamento 1025-2005 sobre ETF. Disponible en: http://aempresarial.com/web/solicitud_nl.php?id=7901 (agosto, 2017).
- Reglamento de auditoría externa de empresas supervisadas por la Superintendencia. Disponible en: http://www.sbs.gob.pe/repositorioaps/0/0/jer/pf_normatividad/20160719_Res-17026-2010.pdf (agosto, 2017).

3. España

- Segunda Directiva de Servicios de Pago de la Unión Europea sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2366> (agosto, 2017).
- Ley 16/2009 de servicios de pago. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-18118> (agosto, 2017).
- Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-6737> (agosto, 2017).
- Real Decreto 304/2014 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-4742 (agosto, 2017).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia en juicio Safe Interenvios SA y Liberbank SA, Banco de Sabadell SA y BBVA SA. (Causa rol 614/14). Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=174929&doclang=ES> (agosto, 2017).
- Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (2008). Informe “Factores claves para la prevención del blanqueo de capitales en la gestión de transferencias. Disponible en: http://www.seplac.es/espanol/informes_y_publicaciones/La_gestion_de_transferencias.pdf (agosto, 2017).