

El riesgo de lavado de activos en la nueva regulación peruana

Por Orlando López, en colaboración para sus clientes

La expedición del nuevo Reglamento de Gestión de Riesgos de Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo, emitido mediante la Resolución SBS N° 2660-2015, constituye quizá uno de los hitos regulatorios más importantes desde que a principios de la década pasada se publicara en nuestro país las primeras normas en esa materia, escindiéndose también, por aquel entonces, la figura del lavado de dinero del tipo penal tráfico ilícito de drogas, al cual se hallaba asociada. El novedoso estándar de obligaciones que se desprende de su aplicación no sólo nos alinea con las 40 Nuevas Recomendaciones publicadas en febrero de 2012 por el Grupo de Acción Financiera Internacional - GAFI (FATF, por sus siglas en inglés), sino también con un frente de normalización de enfoque en riesgos que en la mayoría de países de la región ha venido progresivamente madurando y que tuvo como norma precursora al Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo, más conocido como SARLAFT, emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia en abril de 2007. Lo cierto es que esta norma, sin que aquellos que se encargaron luego de impulsarla, hicieran un mayor esfuerzo técnico por conceptualizar y desarrollar la temática que se necesitaba alrededor de este nuevo riesgo, empezó a ser divulgada y exportada hacia la región con tal afán comercial, que terminó convirtiéndose en un producto que empezó a aparecer como etiqueta de cursos, talleres, seminarios y congresos, siendo incluso creativamente utilizada como base metodológica de la construcción de diferentes herramientas automáticas de monitoreo de operaciones inusuales que hoy en día sirven al sistema financiero.

Ahora bien, con el propósito de hacer una aproximación que ponga en relevancia la necesidad de resolver la ausencia conceptual a la que nos hemos referido líneas arriba, precisaremos que en lo tocante al riesgo, no podemos perder de vista que se trata de un concepto que se halla directamente relacionado con un grado de incertidumbre alrededor de sucesos que podrían presentarse en el futuro y que técnicamente deben ser deducidos. En ese sentido, para acotar los espacios en los que se desenvuelve esa incertidumbre, será necesario profundizar en el análisis interrelacionado de los componentes de amenaza y vulnerabilidad que caracterizan al riesgo, lo que en términos prácticos sólo será posible en tanto conozcamos la dinámica factual de frecuencias e impactos que describe el fenómeno objeto de estudio. Estos datos, evaluados a la luz de arribos metodológicos especialmente desarrollados se constituirán en la base de la estimación probabilística del retorno en el tiempo de cada una de los componentes citados, de cara a adelantar un pronóstico que sea de utilidad en la estructuración de nuestros mecanismos de prevención.

En virtud de lo anterior, despejada la necesidad de conocer el comportamiento de las frecuencias e impactos asociados al riesgo como condición sine qua non para limitar los espacios de incertidumbre en los que éste se desenvuelve, nos apoyaremos en la definición que introduce la norma recientemente publicada, para luego procurar inferir los supuestos fácticos que se deberían verificar en la realidad para identificar esas frecuencias y esos impactos, y así lograr una comprensión cabal de este nuevo concepto en perspectiva a su futura gestión:

Artículo 2°, literal “o”.- Riesgos de LA/FT

Posibilidad de que la empresa sea utilizada para fines de LA/FT. Esta definición excluye el riesgo de reputación y el operacional.

De primera impresión podría parecer una definición lacónica, pero si la revisamos con atención encontraremos un contenido sumamente interesante, tanto por lo que dice como también por lo que no dice. Una buena noticia es que esta definición corta el vínculo -casi dogmático- que había creado el referente normativo colombiano, positivizado en la mayoría de regulaciones de la región, el cual precisa que, “(...) El riesgo de LA/FT se materializa a través de los riesgos asociados, estos son: el legal, reputacional, operativo y de contagio...”. Con la puesta en vigencia de esta nueva norma se puso fin a ese no muy largo matrimonio que enlazó el riesgo de LA/FT con el de reputación, y más allá que la amenaza sobre la reputación haya servido de argumento para la asignación de recursos para el sistema de prevención, lo que consiguió fue convertir al riesgo que nos ocupa en una condición inaceptable o inadmisibles, por lo tanto, imposible de gestionar, pues al margen de cualquier esfuerzo emprendido por parte de los sujetos obligados, siempre existía la posibilidad de que esa pradera llamada reputación se incendiara por completo ante la más mínima evidencia de calor. Planteado el problema así, los oficiales de cumplimiento no tuvieron otra alternativa que la de poner etiquetas de peligro en cada parte del proceso de gestión estresándolo al punto de generar modelos de abordaje que, ante la preocupación por incurrir en una acción u omisión capaz de impactar en la reputación, tenían en la sobreexigencia de la actividad de control y en la práctica del reporte por default la mejor barrera de protección para evitar verse envuelto o comprometer a la empresa en un hecho de exposición reputacional.

Volviendo al análisis iniciado, otro riesgo que se excluye aunque parezca obvio decirlo por el hecho de existir una norma específica para éste, es el operacional. No obstante, el interés del regulador en hacer énfasis en ello no nos parece un esfuerzo innecesario, habida cuenta que el precedente normativo colombiano lo incluía como un riesgo subsecuente al de LA/FT. Más allá de ello, haciendo ya una interpretación sistémica de la expresión excluyente contenida en la citada definición sobre la cual no existe duda, añadiremos que resulta claro que también ha quedado excluido el riesgo legal, pues éste, a tenor de lo indicado en el Artículo 3° de la Resolución SBS N° 2116-2009, referido a la definición de riesgo operacional, acota al final de su primer párrafo que el riesgo legal se encuentra incluido dentro sus alcances. Por lo tanto, podemos resolver de facto que el riesgo de LA/FT, también excluye el riesgo legal.

Habiéndonos ocupado en términos razonables del análisis acerca de las anotaciones excluyentes de la norma, pasaremos a revisar aquello que sí se incluye en la definición de riesgo de LA/TF, llamándonos la atención que ese constructo se limite sólo a describir la amenaza como expresión de causalidad del riesgo, puntualizando además que ésta devendría de la “posibilidad de que la empresa sea utilizada para fines de LA/TF”, pero omitiendo precisar el tipo de consecuencia que ello acarrearía, lo que podría interpretarse como una definición incompleta. Así las cosas, la pregunta que resulta inevitable es por qué el órgano regulador omitió referirse de manera específica al tipo de consecuencia o daño derivados de esa utilización -entendemos indebida- de la empresa para fines de LA/TF. En tanto que, yendo un poco más allá, debemos tener claro que una situación en la que no es posible establecer una relación causal concreta entre la acción y el resultado, podría dejarnos sin elementos de juicio objetivos que sirvan a efectos de establecer responsabilidad frente a una conducta que en la práctica sería imposible de verificar.

Entonces, si asumimos que el regulador consideró suficiente el limitar su definición de riesgo de LA/TF a la descripción de la conducta amenazante, la cual tendría en la probabilidad deducida del análisis de frecuencia de reportes de operaciones sospechosas realizado por una empresa, el primer elemento constitutivo del riesgo, por ser éstos los que en la práctica describen la propensión del uso de la empresa con fines de LA/TF, nuestro aporte, de cara a la solución del vacío conceptual existente partiría de cuestionar qué condición objetiva vinculada a esa probabilidad (la norma habla de posibilidad) de que una empresa sea utilizada para fines de LA/TF, devendría en un mayor compromiso o expresaría una mayor exposición para una empresa, y eso nos conduciría a incorporar el elemento cualitativo gravedad del hecho. Es decir, no es más grave un reporte por la tipología identificada en el caso, sino por el volumen monetario de los activos involucrados en la actividad sospechosa y si eso es así, el elemento “gravedad” nos serviría para expresar el impacto de una o un conjunto de operaciones sospechosas identificadas, con lo que podremos inferir que ese impacto (entiéndase gravedad) es una función de la vulnerabilidad y, consecuentemente, obtendremos al otro elemento constitutivo de este riesgo. De ese razonamiento, entonces, se podría desprender la siguiente premisa: cuanto mayor sea el valor de los activos asociados con actividades sospechosas, mayor será la vulnerabilidad deducida de la empresa que se ve afectada por el riesgo de ser utilizada para lavar activos.

Como hemos podido apreciar, dependiendo de la naturaleza o complejidad del riesgo, el lograr conceptualizarlo para lograr arribar a una definición sustentada y basada en una argumentación técnica capaz de ser sostenida y discutida, puede demandar de un esfuerzo de reflexión académica que se sirve de información que puede ir más allá de la formación técnica que tengamos en riesgos. De ahí que contextualizar el enfoque de riesgo dentro del marco regulatorio o normativo al que corresponde y extender nuestro conocimiento sobre otras disciplinas, es un aspecto que no debemos descuidar como especialistas en esta materia. Así que vamos, esto no acaba en un curso o una certificación. El desafío está en ir más allá: estudie, investigue, compara, analice, cuestione.