

PRINCIPALES NOVEDADES DE LA DIRECTIVA (UE) 2015/849 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 20 DE MAYO, RELATIVA A LA PREVENCIÓN DE LA UTILIZACIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO PARA EL BLANQUEO DE CAPITALS O LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO, Y POR LA QUE SE MODIFICA EL REGLAMENTO (UE) 648/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, Y SE DEROGAN LA DIRECTIVA 2005/60/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO Y LA DIRECTIVA 2006/70/CE DE LA COMISIÓN (“CUARTA DIRECTIVA”)

A continuación se resumen las principales novedades de la Cuarta Directiva, por orden de aparición en su articulado.

1. INCLUSIÓN EXPRESA DEL DELITO FISCAL COMO DELITO SUBYACENTE AL DELITO DE BLANQUEO (ARTÍCULO 3)

Los delitos fiscales se incluyen expresamente en la definición de “actividad delictiva” del artículo 3 de la Cuarta Directiva, de acuerdo con las Recomendaciones del GAFI, lo que impacta directamente en el concepto de blanqueo de capitales del artículo 2, que se vincula a actividades delictivas previas.

Por otra parte, el Considerando 11 y el artículo 57 prevén que aunque no haya un concepto unitario de delito fiscal en la Unión Europea, los Estados miembros autoricen, en la mayor medida posible con arreglo a su legislación nacional, el intercambio de información o la prestación de asistencia entre las unidades de inteligencia financiera (UIF).

2. REFUERZO DEL SISTEMA DE ENFOQUE BASADO EN EL RIESGO (ARTÍCULOS 6 A 8)

La Sección 2 “Evaluación de Riesgos” del Capítulo I de la Cuarta Directiva consagra el enfoque basado en el riesgo de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo (“BCFT”), que en España ya tenemos implantado en virtud del Reglamento de desarrollo de la Ley 10/2010 (y previamente, sin carácter normativo, en virtud de las recomendaciones del SEPBLAC de abril de 2013), en la medida en que prevé que la Comisión determine, analice y evalúe en un informe los riesgos de BCFT del mercado interior relacionados con actividades transfronterizas antes del 26 de junio de 2017.

Para preparar el referido informe, la Comisión deberá tener en cuenta el dictamen conjunto que antes del 26 de diciembre de 2016 deben realizar la Autoridad Bancaria Europea (ABE), la Autoridad Europea en materia de Supervisión de Seguros y Pensiones de Jubilación (AESPJ) y la Autoridad Europea en materia de Supervisión de Valores y Mercados (AEVM), denominadas conjuntamente en la Cuarta Directiva como las AES, sobre los riesgos del sector financiero que se irá actualizando cada dos años (llamado “dictamen conjunto”).

A partir de los riesgos detectados en su informe, la Comisión efectuará recomendaciones a los Estados miembro que den respuesta a dichos riesgos. Cada Estado miembro deberá designar una autoridad o establecer un mecanismo para coordinar la respuesta nacional a las recomendaciones de la Comisión.

Finalmente, los Estados miembros velarán porque las entidades obligadas (nueva nomenclatura utilizada por la Cuarta Directiva para referirse a los sujetos obligados) adopten medidas adecuadas que permitan detectar y evaluar sus riesgos de BCFT,

teniendo en cuenta factores de riesgo, incluidos los relativos a clientes, países o zonas geográficas, productos, servicios, operaciones o canales de distribución.

En suma, el enfoque basado en el riesgo de BCFT se aplica a todos los niveles: tanto a la propia Comisión Europea, como a los Estados miembros y a las entidades obligadas, dejando patente que ha venido para quedarse.

3. CREACIÓN DE UNA LISTA NEGRA COMUNITARIA DE TERCEROS PAÍSES DE ALTO RIESGO (ARTÍCULO 9)

Se crea una lista “negra” de terceros países con deficiencias estratégicas que planteen amenazas importantes para el sistema financiero de la Unión (denominados “terceros países de alto riesgo”) a fin de proteger el correcto funcionamiento del mercado interior.

Hasta ahora, había una lista “blanca” de países considerados equivalentes en materia de prevención del BCFT.

4. REDUCCIÓN DEL IMPORTE DE PAGOS EN EFECTIVO RELATIVOS A COMERCIO DE BIENES (ARTÍCULO 11. C)

Se reduce el umbral de los pagos en efectivo en operaciones de comercio de bienes de 15.000 Euros a 10.000 Euros, por encima del cual las entidades obligadas deberán aplicar medidas de diligencia debida.

En cualquier caso, esta novedad tendrá poco efecto práctico en España, en tanto que la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, ya limitó los pagos en efectivo correspondientes a operaciones a partir de 2.500 euros (salvo los pagos efectuados cuando ninguno de los intervinientes en la operación actúe en calidad de empresario o profesional, así como a los pagos o ingresos realizados en entidades de crédito).

5. SE AMPLÍA EL CONTROL SOBRE LAS TRANSACCIONES EFECTUADAS EN EL SECTOR DEL JUEGO (ARTÍCULO 11.D)

Se exige a los proveedores de juego aplicar medidas de diligencia debida en transacciones de un valor económico igual o superior a 2.000 Euros. Nótese que en la Ley 10/2010 (artículo 7.5) únicamente se prevé la obligación para los casinos de identificar a las personas que pretendan comprar o vender fichas de juego por un valor igual o superior a 2.000 euros.

No obstante, en casos de riesgo bajo, los Estados miembro podrán aplicar, de forma limitada y justificada, exenciones a determinadas obligaciones siempre que los riesgos de BCFT sean insignificantes. Asimismo, estas exenciones deberán ser objeto de una evaluación de riesgos específica, en la que se analizará el grado de vulnerabilidad de las transacciones de que se trate.

6. DESAPARECEN LOS SUPUESTOS TASADOS DE NO APLICACIÓN DE MEDIDAS DE DILIGENCIA DEBIDA Y DE APLICACIÓN DE MEDIDAS DE DILIGENCIA DEBIDA SIMPLIFICADA (ARTÍCULOS 15, 16 Y 17)

En la Tercera Directiva se preveía la posibilidad de, en determinados supuestos, no aplicar medidas de diligencia debida (a entidades de crédito o financieras comunitarias o de terceros países que impongan requisitos equivalentes en materia de prevención del BCFT) o aplicar medidas de diligencia debida simplificada (a sociedades cotizadas en mercados regulados en la UE a efectos de la Directiva 2005/39/CE o en terceros países con cotización en bolsa sujeta a requisitos de información compatibles con el Derecho comunitario, o bien a los titulares reales de cuentas agrupadas pertenecientes a notarios y demás profesionales independientes del Derecho de los Estados miembro o terceros países que estén sujetos a requisitos de lucha contra el BCFT compatibles con las normas internacionales y cuyo cumplimiento se someta a supervisión y siempre que pueda solicitarse la información acerca de la identidad del titular real a las entidades que actúan como entidades depositarias de las cuentas compartidas).

La Cuarta Directiva acaba con esta posibilidad, de ahora en adelante únicamente se podrán aplicar medidas de diligencia debida simplificada en función del caso concreto aplicando un enfoque basado en el riesgo real de BCFT. Eso sí, habrá un listado de factores de situaciones potencialmente de menor riesgo que podrán tenerse en cuenta para aplicar dichas medidas (ve el Anexo II de la Directiva a este respecto).

Asimismo, las AES deberán emitir antes del 26 de junio de 2017 directrices dirigidas a las autoridades y entidades financieras y de crédito sobre factores de riesgo a tener en cuenta, lo que potencia el enfoque basado en el riesgo frente al enfoque de reglas fijas, tal y como hemos mencionado anteriormente.

7. EXENCIÓN DE DETERMINADAS OBLIGACIONES A NOTARIOS, OTROS PROFESIONALES INDEPENDIENTES DEL DERECHO, AUDITORES, CONTABLES EXTERNOS, ASESORES FISCALES Y AGENCIAS INMOBILIARIAS (ARTÍCULOS 14.1 Y 34.2)

En línea con la Tercera Directiva, el artículo 14.4 de la Cuarta Directiva exime a los Notarios, otros profesionales independientes del Derecho, auditores, contables externos y asesores fiscales de la obligación de comprobar la identidad del cliente y el titular real, en la medida en que esas personas estén determinando la posición jurídica de su cliente o están ejercitando sus labores de defensa o representando a dicho cliente en un procedimiento judicial o en relación con dicho procedimiento, incluido el asesoramiento sobre la incoación de un procedimiento judicial o la forma de evitarlo.

Por su parte, el artículo 34.2 exime a estos colectivos de la obligación de comunicar operaciones sospechosas en las mismas circunstancias (si bien el considerando (9) de la Cuarta Directiva atribuye esta exención únicamente a los profesionales del Derecho, sin hacer referencia a los restantes colectivos).

Todo lo anterior nos lleva a plantearnos las siguientes cuestiones:

- ¿Qué colectivos quedarían incluidos en “otros profesionales independientes del Derecho”. ¿Se entenderían incluidos aquí los procuradores?
- ¿En qué casos estos otros colectivos determinan la posición jurídica de un cliente o lo defienden en un procedimiento judicial?

Entendemos que esta cuestión quedaría respondida en el considerando (10), que establece expresamente que con el fin de garantizar el respeto de los derechos establecidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (“Carta”) por lo que respecta a los auditores, contables externos y asesores fiscales que en determinados Estados miembros pueden defender o representar a sus clientes en el contexto de una acción judicial o determinar la posición jurídica de sus clientes, la información que aquellos obtengan en el ejercicio de esas funciones no debe estar sujeta a la obligación de comunicación de operaciones sospechosas.

- ¿Quedarían los procedimientos administrativos, sancionatorios y de inspección también amparados por estas exenciones? En este sentido, atendiendo al tenor literal de los referidos artículos 14.4 y 34.2, podría decirse que sí, ya que ambos se refieren a la información obtenida, entre otros, *“representando a dicho cliente en un procedimiento judicial o en relación con dicho procedimiento, incluido el asesoramiento sobre la incoación de un procedimiento judicial o la forma de evitarlo”*.

8. CREACIÓN DE UN REGISTRO DE TITULARES REALES (ARTÍCULOS 30 Y 31)

Una de las principales novedades de la Cuarta Directiva es la creación en cada Estado miembro de un registro central de titulares reales, que puede ser el Registro mercantil, un registro de sociedades o un registro público. No se desarrollan estas alternativas, quedando al arbitrio de los Estados miembros su implementación.

La información obrante en el registro debe estar disponible para autoridades competentes y unidades de inteligencia financiera (el SEPBLAC en España) sin restricción, para entidades obligadas que estén aplicando medidas de diligencia debida y para toda persona u organización que pueda demostrar un interés legítimo. En concreto, a estas últimas, en virtud del artículo 30.3 se les debe poner a disposición el nombre, apellidos, mes y año de nacimiento, nacionalidad y país de residencia del titular real, así como la naturaleza y alcance de la participación real, lo que suscita varias cuestiones que la Cuarta Directiva deja sin resolver:

- ¿Qué se consideraría interés legítimo?
- ¿A quién corresponde juzgar que el interés alegado es legítimo?

Por otra parte, la información que debe constar en el mencionado registro va mucho más allá de la que actualmente consta en las actas notariales de titularidad real (nombre y número de DNI/pasaporte del titular real), lo que entendemos obligará a la modificación del formato de dichas actas de ahora en adelante para que se ajusten a lo establecido en la Cuarta Directiva, así como a la actualización de las ya existentes.

Asimismo, en relación con el registro de titularidad real, cabe destacar que, en virtud del artículo 30.9 de la Cuarta Directiva los Estados miembros podrán eximir de la obligación de autorizar el acceso a la totalidad o una parte de la información sobre la titularidad real a entidades obligadas y personas/organizaciones con intereses legítimos para cada caso concreto y en circunstancias excepcionales, si tal acceso puede exponer al titular real a un riesgo de fraude, secuestro, chantaje, violencia o intimidación o si el titular real es un menor o tiene alguna incapacidad no relacionada con la edad. Esta exención no

aplica a entidades financieras y de crédito, ni a Notarios o y otros profesionales independientes del Derecho que sean funcionarios públicos. En este sentido, sería preciso aclarar los siguientes extremos:

- ¿A quién podría correspondería la decisión de aplicar esta exención en cada caso concreto? ¿Cómo se mediría el riesgo real de fraude, secuestro, chantaje, etc. en cada caso? Ambas parecen cuestiones de difícil implementación práctica.
- ¿Qué sentido tiene excluir de esta posibilidad a entidades financieras y de crédito, Notarios o y otros profesionales independientes del Derecho que sean funcionarios públicos?

9. AMPLIACIÓN DE LOS COLECTIVOS DE ENTIDADES OBLIGADAS QUE PUEDEN DOTARSE DE UN ÓRGANO CENTRALIZADO DE PREVENCIÓN (ARTÍCULO 34.1)

La Tercera Directiva preveía que los Estados miembro podían designar un organismo autorregulador (conocidos en España como “Órganos Centralizados de Prevención” – OCP) de la profesión los auditores, contables externos, asesores fiscales, notarios y otros profesionales independientes del Derecho, que actuase como la autoridad a la que dichos colectivos debían informar en primera instancia de la existencia de operaciones sospechosas de estar relacionadas con el BCFT en lugar de la UIF, y que estos organismos transmitirían de inmediato la información sin filtrar a la UIF.

Ahora, la Cuarta Directiva prevé también esta posibilidad para los agentes inmobiliarios.

En cuanto al OCP de los abogados el considerando 39 de la Cuarta Directiva hace mención expresa a la conocida Sentencia Michaud cuando indica que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un sistema de notificación en primera instancia a un organismo autorregulador constituye una salvaguarda importante para la protección de los derechos fundamentales en lo que se refiere a las obligaciones de información aplicables a los abogados. Asimismo, señala que los Estados miembro deben prever medios y procedimientos que permitan garantizar la protección del secreto profesional, la confidencialidad y la privacidad. Esto constituye, en nuestra opinión, un espaldarazo importante para que aquellos Estados miembros (como España) en los que no hay OCP para los abogados, los se animen a ponerlos en marcha, ya que de otra manera, el secreto profesional podría verse vulnerado.

A título ilustrativo, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de Estrasburgo de fecha 6 de diciembre de 2012, conocida como “Sentencia Michaud” tiene su origen en la demanda presentada por el abogado francés Patrick Michaud contra la República Francesa en la que Michaud alegaba que las Directivas sobre prevención del blanqueo de capitales y su transposición a la legislación francesa, que imponen a los abogados, en determinados supuestos, la obligación de notificar sospechas sobre sus clientes, amenaza el secreto profesional que debe regir la relación entre el abogado y el cliente y específicamente viola el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (derecho a la vida privada), que protege, entre otras cuestiones, la confidencialidad de las relaciones entre letrados y clientes. En dicha sentencia, el TEDH vino a concluir que la comunicación a la administración de sospechas por parte de los abogados respecto

de sus clientes no vulnera el mencionado artículo 8 del Convenio, por dos razones principalmente:

1. En primer lugar, porque en Francia los abogados únicamente están obligados a comunicar en relación con tareas similares a las de otras profesiones no jurídicas (asesoramiento en operaciones financieras e inmobiliarias, texto muy parecido a la Ley de prevención del blanqueo de capitales española) y no como defensores de sus clientes, por lo que no afecta a la esencia de la función defensora del abogado que constituye la base del secreto profesional.
2. En segundo lugar porque el abogado no transmite la sospecha directamente a las autoridades sino a través de un OCP, que se asegura antes de que no se está vulnerando el secreto profesional.

En este sentido, el TEDH considera que revelar una operación al OCP no viola el secreto profesional porque se está revelando a un colega sometido a las mismas normas de conducta y elegido por sus compañeros de profesión para defenderlas. De esta manera, se consigue que se comuniquen únicamente operaciones que cumplan los requisitos legales y cuya comunicación no viole el secreto profesional.

10. REFUERZO DE LA COMUNICACIÓN DE BUENA FE DE INFORMACIÓN A LA UIF (ARTÍCULO 37)

El artículo 37 de la Cuarta Directiva viene a reforzar una salvaguarda que la Tercera Directiva ya recogía consistente en que la comunicación de buena fe de información a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), por parte de una entidad obligada o de sus empleados o directivos no constituirá infracción de ninguna restricción de la divulgación de información impuesta por vía contractual o por disposición legal, reglamentaria o administrativa, y no implicará ningún tipo de responsabilidad para la entidad obligada, sus directivos o empleados, aun cuando no conociesen de forma precisa la actividad delictiva subyacente y con independencia de que la actividad ilegal llegar o no a concretarse realmente.

De esta manera, la Cuarta Directiva “anima” a la comunicación de información a la UIF, ampliando el alcance de la comunicación de buena fe preexistente.

11. NUEVAS OBLIGACIONES EN MATERIA DE CONSERVACIÓN DE DOCUMENTOS (ARTÍCULO 40)

La Cuarta Directiva mantiene el plazo de cinco (5) años, con carácter general, como el período obligatorio durante el cual las entidades obligadas deben cumplir con sus obligaciones en materia de conservación de documentos y datos, tanto respecto de la documentación relativa a las medidas de diligencia debida, como respecto de la documentación consistente en justificantes y registros de transacciones que sean documentos originales o copias que tengan fuerza probatoria en procedimientos judiciales en virtud del Derecho nacional y que resulten necesarios para identificar las transacciones (en ambos casos, el plazo comienza a contar desde la finalización de la relación de negocios o desde la fecha de la transacción ocasional). Ello choca frontalmente con el plazo mínimo de diez (10) años establecido en el artículo 25.1 de la Ley 10/2010, si bien podría salvarse con el artículo 5 de la Cuarta Directiva que

establece que los Estados miembro podrán adoptar o mantener disposiciones más estrictas en el ámbito regulado por la Cuarta Directiva.

Como novedad, prevé que tras la expiración del mencionado plazo de cinco (5) años, los Estados miembros deberán garantizar que las entidades obligadas eliminen los datos personales, salvo que la legislación nacional disponga lo contrario, en cuyo caso se determinará en qué circunstancias las entidades obligadas podrán o deberán conservar más tiempo esos datos. No obstante, los Estados miembros podrán autorizar o exigir un plazo superior de conservación tras haber procedido a una evaluación detallada de la necesidad y proporcionalidad de dicha prórroga y que ello esté justificado a fines de prevención, detección o investigación del BCFT, no pudiendo exceder la prórroga máxima del período de conservación de cinco (5) años adicionales.

12. NUEVAS OBLIGACIONES EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS (ARTÍCULO 41.3)

En virtud del artículo 40.3 de la Cuarta Directiva, se establece la obligación para las entidades obligadas de facilitar a los nuevos clientes la información requerida en el artículo 10 de la Directiva 95 /46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos¹, antes de entablar una relación de negocio o de efectuar una transacción ocasional. Dicha información contendrá, en particular, un aviso general sobre las obligaciones legales de las entidades obligadas con respecto al tratamiento de datos personales a efectos de prevención del BCFT.

13. ESTABLECIMIENTO DE SANCIONES A ENTIDADES OBLIGADAS POR CONDUCTAS DE SUS DIRECTIVOS (ARTÍCULO 60.6)

La Cuarta Directiva prevé en su artículo 60.6 la posibilidad de sancionar a las entidades por conductas de sus directivos si ha fallado la vigilancia o control y ello ha hecho posible que una persona sometida a su autoridad haya cometido por cuenta de la entidad una infracción de lo establecido en el artículo 59, apartado 1 (diligencia debida con respecto al cliente, notificación de las transacciones sospechosas, conservación de documentos y controles internos).

Así, el mencionado artículo establece lo siguiente:

“Los Estados miembros también velarán por que a las personas jurídicas pueda imputárseles responsabilidad cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 5 del presente artículo haya hecho posible que una persona sometida a su autoridad cometa por cuenta de la persona jurídica uno de los incumplimientos mencionados en el artículo 59, apartado 1.”

¹ (i) la identidad del responsable del tratamiento y, en su caso, de su representante; (ii) los fines del tratamiento de que van a ser objeto los datos; y (iii) cualquier otra información como: (a) los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos; (b) el carácter obligatorio o no de la respuesta y las consecuencias que tendría para la persona interesada una negativa a responder; y (c) la existencia de derechos de acceso y rectificación de los datos que la conciernen, en la medida en que, habida cuenta de las circunstancias específicas en que se obtengan los datos, dicha información suplementaria resulte necesaria para garantizar un tratamiento de datos leal respecto del interesado.

Esta redacción parece estar muy en consonancia con la reciente reforma de nuestro Código Penal, cuyo artículo 31 bis atribuye responsabilidad (si bien de tipo penal) a las personas jurídicas por los delitos cometidos (i) en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma; y (ii) de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

No obstante lo anterior, no olvidemos que la responsabilidad en esta materia es exclusivamente de carácter administrativo.

Silvia de Andrés Pérez

Abogada de Broseta Abogados y miembro de la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales del Consejo General de la Abogacía Española