

RESPUESTA DEL CCBE SOBRE EL NUEVO PROYECTO DE UNA DIRECTIVA CONTRA EL BLANQUEO

18/05/2013

I. Introducción

El Consejo de la Abogacía Europea (CCBE) representa los colegios de abogados de 31 países miembros y 12 países asociados y observadores, y, a través de ellos, a más de un millón de abogados europeos.

A CCBE le entusiasmaría tener la posibilidad de formar parte de un diálogo constructivo con las Instituciones Europeas y los Estados miembros para alcanzar un justo equilibrio entre las necesidades de la sociedad en general y los derechos de los ciudadanos, en particular en lo que se refiere a las obligaciones que impone la Directiva a la profesión de abogado y a las obligaciones propuestas en el cuadro de la revisión de la Directiva.

Las observaciones siguientes son la respuesta a la proposición de la Comisión de 5 de febrero de 2013.

II. Comentarios introductorios

Antes de abordar los puntos específicos contenidos en la proposición de la Comisión, CCBE quiere subrayar algunos aspectos del papel de la profesión de abogado en el cuadro de la Directiva. Algunos de estos comentarios ya se presentaron a la Comisión en abril de 2012: en el anexo pueden consultarse las numerosas preocupaciones que, entonces, tenía el CCBE y que están todavía de actualidad.

- CCBE no cierra ni cerrará jamás los ojos a actos de un abogado que es conscientemente parte de las actividades criminales de un cliente, ya sea de blanqueo de capitales o de toda otra actividad criminal. Además ya existen transacciones penales, reglas deontológicas y sanciones disciplinarias para los abogados que participen en actividades criminales de este tipo.
- CCBE recuerda a las Instituciones Europeas y a los Estados miembros que todo abogado es miembro de una profesión reglamentada, contribuyendo al proceso de garantía del Estado de derecho y que, por lo tanto, es su deber aplicar y hacer aplicar la ley. La misión de un abogado independiente y miembro de una profesión reglamentada descansa sobre la confianza absoluta que su cliente le acuerda, quién debe estar en medida de consultar a su abogado con toda confidencialidad y sin temer que su confianza pueda verse traicionada.
- CCBE estima que el papel de la profesión de abogado en la administración de justicia es esencial en el respeto del Estado de derecho. Este papel es fundamentalmente diferente al de las otras profesiones. El abogado debe actuar en interés de su cliente y de forma independiente.
- CCBE quiere subrayar el hecho de que la aplicación de un sistema concebido por el sector de servicios financieros es fundamentalmente incompatible con numerosos sistemas jurídicos europeos, y afecta al papel de los abogados en sistemas jurídicos en los que prevalezca el Estado de Derecho. El hecho de modificar el sistema que se aplica al sector de servicios financieros para aplicarlo a abogados no resolverá los defectos fundamentales de concepción.
- CCBE está convencido de que ciertas disposiciones de la Directiva son contrarias a ciertos valores fundamentales de la profesión y que implican una verdadera vulneración de los derechos de los

ciudadanos. Por supuesto, se admite que la profesión de abogado debe jugar y jugará su papel en la lucha con el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Por ello, es necesario clarificar la extensión de estos derechos. El principio fundamental consiste en equilibrar las obligaciones impuestas a los abogados y sus consecuencias para los ciudadanos en relación con los riesgos percibidos.

- Teniendo en cuenta los principios generales del Derecho, así como los artículos 6 y 8 del CEDH, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Estrasburgo han reconocido el carácter específico y los principios esenciales de la profesión de abogado, sobre todo en lo que respecta la protección del secreto profesional como principio indisoluble de la independencia de los abogados.

III. Comentarios particulares sobre la proposición de la Comisión

(1) Exención de la obligación de declarar (considerandos 7 y 8 y artículo 12-4)

Considerandos 7 y 8

Los considerandos 7 y 8 describen el campo de aplicación para los profesionales del Derecho. Los considerandos establecen una distinción entre, por un lado, la participación en transacciones financieras o en transacciones de empresa en las que la prestación del asesoramiento fiscal (actividades que deberían estar sometidas a la Directiva) y, por otro, las informaciones obtenidas antes, durante o después de un proceso judicial o durante una evaluación de la situación jurídica (actividades que deberían estar exentas). La Directiva parece establecer una distinción entre los consejos fiscales y los consejos jurídicos: los consejos fiscales están sometidos a la obligación de declarar, al contrario que los consejos jurídicos.

CCBE estima que los consejos fiscales son indisolubles de los consejos jurídicos. El consejo fiscal es una categoría del consejo jurídico sobre el camino a seguir en los procesos y frente a las autoridades fiscales: no compete solo a los derechos civiles en el sentido del artículo 6 de la CEDH, pero puede también afectar a otros procesos judiciales y penales.

Artículo 12-4 y artículo 33-2

El artículo 12-4 y el artículo 33-2 reenvían a la formulación actual: “*evaluar la situación jurídica*”. En realidad esta formulación no restringe la evaluación de los procesos judiciales. El CCBE se pregunta por qué la directiva persiste en utilizar la formulación “*evaluar la situación jurídica*” (que es poco clara) en vez de “*consejo jurídico*” como en el considerando 7.

(2) Inclusión de las infracciones fiscales penales (considerandos 9 y artículo 3-4)

La proposición de la Comisión menciona expresamente el artículo 114 del TFUE como base jurídica. El considerando 9 y el artículo 3-4 prevén explícitamente que, las infracciones fiscales penales que sean castigadas con una pena de más de un año de prisión, se incluyan en la definición de actividad criminal. El artículo 114 del TFUE no constituye una base jurídica que permita incluir las infracciones fiscales penales en la directiva, dado que el artículo 114-4 del TFUE excluye expresamente las cuestiones fiscales del ámbito de aplicación de la competencia de armonización de las disposiciones jurídicas que regulan el funcionamiento del mercado interior. Esta exclusión debe entenderse en el sentido amplio (por ejemplo, la exclusión de todas las cuestiones procesales, ver *C-338/01, Comisión / Consejo, Rec. 2004 p. I-4829* del Tribunal de Justicia). En otras palabras, no existe ninguna disposición en los tratados de la Unión Europea que otorguen a la Unión el poder de determinar sobre tal disposición con mayoría cualificada (por ejemplo el artículo 115 del TFUE podría ser una base jurídica pero requiere la unanimidad por parte del Consejo). Depende totalmente de los

Estados miembros elegir en qué medida siguen las recomendaciones del GAFI, incluyendo las infracciones fiscales penales en la definición de actividad criminal con fines de blanqueamiento de capitales.

Las recomendaciones del GAFI (de febrero 2012) engloban las infracciones penales fiscales como infracciones subyacentes pero dan la libertad a cada Estado miembro para definir las infracciones. Se presentan como sigue (página 121):

A la hora de determinar la gama de infracciones que constituyen infracciones subyacentes en cada categoría abajo enumerada, cada país es libre de decidir, conforme a su derecho interno, cómo definirá las infracciones y la naturaleza de cada elemento particular que hace de esas infracciones que sean graves.

CCBE estima, en virtud de las recomendaciones del GAFI, que las disposiciones contra el blanqueamiento de capitales buscan prevenir las infracciones graves. Una infracción castigada solamente con más de un año de prisión es todo, menos severa. Es necesario tener en cuenta el hecho de que la obligación de declarar debe ser equilibrada en virtud del artículo 8 de la CEDH. Tal obligación de declaración relativa a las infracciones fiscales menores parece estar desequilibrada y no responde a los criterios enunciados por el CEDH. Es decir, por razones de subsidiariedad, no existe ninguna competencia para incluir las infracciones fiscales penales, salvo en caso de fraude que atente contra los intereses financieros de la Unión. La represión de las infracciones fiscales penales está prevista en la legislación nacional y difiere enormemente en la Unión. Esto explica igualmente cuando se trata de saber si y qué infracciones fiscales penales deben ser consideradas como una actividad criminal en el sentido de las disposiciones nacionales en materia de blanqueo de capitales. La disposición prevista es contraria al principio de subsidiariedad.

(3) Responsabilidad final (considerando 23 y artículo 24)

Como ya le ha sido indicado repetidas veces a la Comisión, el recurso a terceros no funcionará nunca si la responsabilidad final de procesos de obligación de vigilancia respecto al cliente corresponde a la entidad sometida a la obligación. Sin embargo, el considerando 23 y el artículo 24 mantienen la regla según la cual la responsabilidad final de responder a las obligaciones de vigilancia respecto al cliente corresponde a la entidad sometida a la obligación y tiene recurso a un tercero. Esta disposición obliga a la entidad sometida a la obligación a multiplicar las medidas de vigilancia e impide eficazmente el recurso a terceros.

(4) Plazos de caducidad del derecho de conservación de datos (artículo 39)

Las modificaciones propuestas de las obligaciones de conservación de los documentos proponen plazos de caducidad para el derecho a la conservación de documentos recolectados en el cuadro de la obligación de vigilar al cliente. En algunas circunstancias, los profesionales del derecho deberán conservar durante un mayor periodo de tiempo algunos documentos (los testamentos, por ejemplo), en razón de las obligaciones y de las normas profesionales que no relevan de ninguna ley específica de la conservación de estos datos. Esto es difícil para la profesión de abogado dado que la proposición de que todos los documentos justificativos de una transacción no se conserven más de diez años desde el fin de la relación de negocios no tiene en cuenta ni los tipos de documentos en posesión de los profesionales del derecho (como los testamentos) ni las consecuencias de dichos plazos.

(5) Evaluación de los riesgos (artículo 8)

CCBE desea subrayar que todos los despachos de abogados, independientemente de su tamaño y del tipo del derecho que traten, deberán redactar evaluaciones de riesgo, de política y de procesos en materia de blanqueo y de financiamiento del terrorismo, así como un proceso que permita verificar la eficacia. El CCBE estima que esto se traduciría en costes excesivos y exigencias de conformidad inútiles, desproporcionadas teniendo en cuenta el riesgo. CCBE cree que la Directiva debe asegurarse de que esta exigencia se aplica en los Estados miembros de manera proporcionada al tamaño del despacho de abogados en particular y

mediante consulta con el organismo de autorregulación de la profesión en cada Estado miembro. En todo caso, instaurar la obligación de que las políticas y los procesos contra el blanqueo se controlen de manera independiente impondrá un peso y costes suplementarios excesivos al sector de servicios jurídicos. Ninguno de estos controles independientes debe tener repercusiones sobre los poderes de los colegios de abogados o sobre el secreto profesional.

(6) Vigilancia (artículo 44)

El artículo 44-3 del Proyecto de Directiva obliga a los Estados miembros a velar por que las autoridades competentes adopten medidas que eviten que los criminales tengan una participación en el seno de entidades sometidas a obligaciones. Para los profesionales del derecho, tal disposición significa que los que no sean abogados y posean participaciones en un despacho de abogados (en estructuras de empresas alternativas), deben ser controlados y vigilados tan estrictamente como los abogados. ¿Cómo debe organizarse esta vigilancia? ¿Quién será competente para vigilar a los asociados en estructuras alternativas que no sean abogados?

(7) El régimen de sanciones (artículos 55,56,57 y 58)

El régimen de sanciones es más severo que en la Directiva actual y va más allá de lo que es aceptable según el principio de subsidiaridad. Basta prever que los Estados miembros adopten medidas eficaces y suficientes para hacer respetar las disposiciones de la directa. A falta de pruebas convincentes, no hay razón para ir más allá de dicha disposición general que prevé sanciones eficaces.

En particular, las sanciones y medidas siguientes son inaceptables:

- El artículo 56-2 y el artículo 57 imponen a los Estados miembros denunciar a la persona o entidad sometida a obligaciones que no haya respetado perfectamente las disposiciones de la Directiva. El artículo 56-2 a) menciona *“una declaración pública que precise de la identidad de la persona física o moral”*. El artículo 57-1 indica: *“Los Estados miembros publican lo antes posible las sanciones y las medidas aplicadas...indicando...la identidad de las personas que son responsables, a menos que dicha publicación no sea de naturaleza a comprometer seriamente la estabilidad de los mercados financieros. En el caso de que esta publicación cause un perjuicio desproporcionado a las partes, las autoridades competentes publicarán las sanciones de manera anónima”*.

Según estas disposiciones, toda persona o entidad será denunciada en público a la mínima disconformidad con la Directiva, mientras que en numerosos Estados miembros, las sanciones administrativas y disciplinarias, generalmente, no se publican.

CCBE estima que la publicación de sanciones que indiquen el nombre de la persona física o moral es, no sólo contradictorio a las reglas de protección de datos, pero también excesivo dada la naturaleza de la infracción. Por consiguiente, la publicación de las sanciones de forma anónima debe ser la regla; la denuncia no puede darse más que en casos excepcionales en los que esta publicación es justa y esté motivada por un interés público preponderante y sólo cuando no existan peligros relativos a la protección de datos y la protección del derecho de la persona.

- Las multas impuestas como sanciones administrativas sobrepasan las sanciones previstas por Ley. La Directiva prevé sanciones administrativas que van hasta los 5 000 000,00 EUR (artículo 56-2 f) o hasta el 10% del volumen de negocios anual (artículo 56-2 e).

Estas sanciones deben imponerse por tribunales más que por órganos administrativos. Es decir, las multas parecen totalmente injustas dada la naturaleza de las infracciones.

- Teniendo en cuenta la disposición contenida en el artículo 58 (3) *“Los Estados miembros exigen que las entidades sometidas a las obligaciones que hayan instaurado procesos apropiados que permitan a su personal señalar internamente las infracciones mediante un canal específico, independiente y anónimo”*, CCBE entiende que esta disposición se refiere únicamente a las grandes entidades, las

pequeñas entidades, por ejemplo, de dos o tres empleados, pudiendo ser solamente estas quienes lo apliquen.

- La Directiva debe garantizar que todo régimen de sanciones sea instaurado en los Estados miembros, de tal manera que la célula de inteligencia financiera no pueda estar implicada en ningún proceso disciplinario contra abogados.

IV. **Conclusión**

Estas son las observaciones preliminares de CCBE. A CCBE le complacería tener la oportunidad de abordar estas cuestiones más en detalle si fuera necesario.