

## Principales novedades de la Cuarta Directiva sobre prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo

Silvia DE ANDRÉS PÉREZ

*Abogada de BROSETA. Miembro de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo del CGAE.*

Diario La Ley, N° 8641, Sección Tribuna, 9 de Noviembre de 2015, Ref. D-415, Editorial LA LEY

LA LEY 6537/2015

### I. INTRODUCCIÓN

La Cuarta Directiva, cuyas principales novedades se resumen en este artículo, supone un salto cualitativo en el ámbito comunitario en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Cabe mencionar, no obstante, que en España, con la aprobación del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprobó el reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, ya se dio ese salto, cuando el legislador, adelantándose a la normativa comunitaria, traspuso buena parte del entonces proyecto de Cuarta Directiva. Por ello, aunque deben introducirse algunas modificaciones, tenemos buena parte del camino recorrido.

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

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

Los delitos fiscales se incluyen expresamente en la definición de «actividad delictiva» del art. 3, según las Recomendaciones del GAFI, lo que impacta en el concepto de blanqueo de capitales del art. 2, vinculado a actividades delictivas previas.

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

Esto supondrá, sin duda, el acceso por parte de las autoridades supervisoras a muchísima información que, hasta ahora, tenían vedado.

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

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

Para preparar este informe de evaluación, 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, 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 miembro 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 va a aplicar a todos los niveles: tanto a la Comisión Europea, como a los Estados miembro y entidades obligadas, dejando patente que ha venido para quedarse.

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

A semejanza del GAFI, 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, teníamos una lista «blanca» de países considerados equivalentes en materia de prevención del BCFT.

### V. REDUCCIÓN DEL IMPORTE DE PAGOS EN EFECTIVO EN OPERACIONES DE COMERCIO DE

### BIENES [ ARTÍCULO 11 C ]

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

Esta novedad tendrá poco efecto 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 estas operaciones a partir de 2.500 Euros (salvo pagos efectuados cuando ninguno de los intervinientes en la operación actúe en calidad de empresario o profesional, así como pagos o ingresos en entidades de crédito).

### VI. MAYOR 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 ( art. 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 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 en la que se analizará el grado de vulnerabilidad de las transacciones.

### VII. DESAPARECEN LOS SUPUESTOS TASADOS DE NO APLICACIÓN DE MEDIDAS DE DILIGENCIA DEBIDA Y DE APLICACIÓN DE MEDIDAS DE DILIGENCIA DEBIDA SIMPLIFICADA ( ARTÍCULOS 15 A 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 de junio de 2017 directrices 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.

#### VIII. 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 art. 14.1 de la Cuarta 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 art. 34.2 exime a estos colectivos de comunicar operaciones sospechosas en las mismas circunstancias (si bien el Considerando 9 de la Directiva atribuye esta exención únicamente a profesionales del Derecho, sin referirse a otros colectivos).

Todo lo anterior nos lleva a plantearnos algunas cuestiones:

— ¿Qué colectivos quedan incluidos en «otros profesionales independientes del Derecho»? ¿Se entienden aquí los procuradores? ¿En qué casos estos colectivos determinan la posición jurídica de un cliente o lo defienden en un procedimiento?

Estas cuestiones quedan respondida en el Considerando 10, que establece que, con el fin de garantizar el respeto de los derechos establecidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por lo que respecta a auditores, contables externos y asesores fiscales que en determinados Estados miembros pueden representar a sus clientes en 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 arts. 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».

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

Una de las novedades de la Cuarta Directiva, y seguramente la más polémica, 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 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 art. 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 de esencial importancia que la Cuarta Directiva deja sin resolver:

— ¿Qué se consideraría interés legítimo?

Desde la publicación de la Directiva he tenido la oportunidad de leer y escuchar distintos ejemplos de lo que podrían considerarse personas o entidades «con interés legítimo», por ejemplo, periodistas de investigación, ONGs, entidades especializadas en el cobro a morosos, etc. Dado que esta posibilidad está causando tantas interpretaciones dispares, convendría que el legislador comunitario aclarase qué tipo de colectivos serían idóneos para el acceso al registro de titulares reales por esta vía.

— ¿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 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 art. 30.9 de la Cuarta Directiva los Estados miembro 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, habría sido deseable que la Cuarta Directiva aclarase algunas cuestiones como a quién podría corresponder 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 cuestiones de difícil implementación práctica), o qué sentido tiene excluir de esta posibilidad a entidades financieras y de crédito, Notarios y otros profesionales independientes del Derecho que sean funcionarios públicos.

#### X. 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 de la profesión de 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 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 esto para los agentes inmobiliarios.

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

El art. 37 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 y con independencia de que la actividad ilegal llegara o no a concretarse.

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.

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

La Cuarta Directiva mantiene el plazo de cinco años, con carácter general, como 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 (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 años establecido en el art. 25.1 de la Ley 10/2010, si bien podría salvarse con el art. 5 de la Cuarta Directiva que establece que los Estados podrán mantener disposiciones más estrictas en el ámbito regulado por la Directiva.

Como novedad, prevé que tras la expiración del mencionado plazo de cinco años, los Estados miembro deberán garantizar que las entidades obligadas eliminen los daos 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 podrán exigir un plazo superior de conservación tras haber procedido a una evaluación de la necesidad y proporcionalidad de dicha prórroga y que esté justificado a fines de prevención, detección o investigación del BCFT, no pudiendo exceder la prórroga de cinco años adicionales.

La Cuarta Directiva plantea cuestiones importantes, algunas de ellas muy abiertas, que convendría aclarar en el plazo de transposición de la misma, que expira el 26 de junio de 2017. El registro de titulares reales será una de las cuestiones controvertidas, tanto para su puesta en práctica como para determinar la entidad responsable de su llevanza.