

Obligaciones para el asesor fiscal impuestas por la nueva Ley de Blanqueo de Capitales (I)

Eduardo Barrachina Juan

Magistrado por oposición de lo Contencioso-Administrativo. Tribunal Superior de Justicia de Catalunya.

El blanqueo de capitales es el conjunto de mecanismos y procedimientos, variados y complejos, que tienden a dar apariencia de legalidad a bienes de origen delictivo, o a bienes de origen lícito que sus propietarios extrajeron del círculo de bienes conocidos para la Administración.

En la actualidad, la persecución del llamado “blanqueo, lavado o reciclaje” del dinero proveniente de actividades ilícitas constituye un reto político-criminal de indudable complejidad, tanto en el aspecto económico como fiscal, para todos los ordenamientos jurídicos del actual “mundo globalizado”, que ya se ha visto reflejado tanto en las normas domésticas de los distintos estados como en el derecho convencional internacional.

Por ello, ha sido una constante de la política de prevención criminal, la prevención del blanqueo de capitales, que normalmente está siempre unida a la producción de determinados delitos de terrorismo, trata de blanca, tráfico de estupefacientes y delito fiscal. El daño que las bandas organizadas causan al sistema financiero justificó la adopción de medidas de carácter internacional, como fue la creación en el año 1989 del Grupo de Acción Financiera, así como las Recomendaciones del GAFI, que fueron aprobadas en el año 1990, lo que posteriormente permitió la aprobación en la Unión Europea de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991.

MOVIMIENTOS INTERNACIONALES

Estos son los antecedentes de la prevención en el blanqueo de capitales. Pero con el fin de dar la respuesta legal adecuada a las organizaciones criminales, que se prevalen de ciertas zonas en blanco o difusas tanto en las legislaciones estatales como internacionales, se producen reformas legislativas para poder prevenir las más modernas técnicas de blanqueo de capitales, por cuanto luego es utilizado el sistema financiero para la financiación de determinados delitos, entre ellos, el de terrorismo.

Lo característico del movimiento de capitales, tanto en el aspecto estatal como internacional, es que se invierte para conseguir una posterior legalización, aun cuando no se sepa o se pueda responder del origen de dichos fondos. Esto lo que se trata, de prevenir por medio de la adaptación de una serie de medidas de prevención, que afectan a las entidades bancarias, financieras y personas que intervienen en las transacciones económicas de toda índole.

Una vez legalizado el capital es casi imposible para la policía detectar los efectos económicos y fiscales que ha producido ese blanqueo de capitales, como se demuestra en las noticias que se ofrecen con habitualidad en la prensa. Los medios de información suelen referirse a la localización de grandes inversiones de dinero que proceden de hechos delictivos, sólo cuando ese dinero ya está operando en el mercado financiero de un determinado Estado. Por ello, la mejor forma de hacer frente a esta figura delictiva, es la prevención, el endurecimiento de la penas previstas para sancionar estas conductas, tan complejas y de manifestación diferente.

MEDIDAS EUROPEAS

Con la finalidad de prevenir los distintos regímenes estatales de prevención en el blanqueo de capitales, de conformidad con determinados estándares internacionales establecidos por la policía científica, se aprobó el Reglamento 1781/2006 del Parlamento Europeo, del que procede la última modificación de nuestra legislación en materia de blanqueo de capitales, que es la Ley 10/2010 de 28 de abril. Esta Ley tiene por objeto, como se proclama en su Exposición de Motivos, la protección de la integridad del sistema financiero y de otros sectores de la actividad económica mediante el establecimiento de obligaciones de prevención del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo.

Es indudable que después de una análisis detallada y minucioso del contenido de la nueva Ley, ésta supone un avance sustancial en cuanto a la primitiva Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, así como la Ley 12/2003, de 21 de mayo. En la misma se imponen una serie de obligaciones a los sujetos obligados, especialmente a determinados profesionales, como los asesores fiscales, que en muchas ocasiones y operaciones en las que intervengan, será imposible de cumplir, con el grave riesgo de que posteriormente se les pueda exigir una responsabilidad incluso penal, que iría más allá de la capacidad de reacción y previsión profesional que ellos han superado en los estudios cursados para el acceso al Colegio Profesional al que pertenecen.

El concepto de blanqueo de capitales es más amplio que en la legislación anterior y más determinado, lo que sin duda será de gran ayuda en el momento de tipificar determinadas conductas que pueden ser consideradas blanqueo de capitales, como son incluso las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o facilitar su ejecución.¹

LOS PROFESIONALES Y SU RESPONSABILIDAD

Llama la atención la amplitud que se ha realizado respecto de las personas obligadas, esto es, las persona que están obligatoriamente llamadas por Ley, a quienes se dirige la misma, para que adopten las medidas necesarias con el fin de participar de forma activa en la prevención del blanqueo de capitales. Entre ellos destacaremos los siguientes:

n) Los notarios y los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles.

ñ) Los abogados, procuradores u otros profesionales independientes cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores, la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fideicomisos («trusts»), sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria.

o) Las personas que con carácter profesional y con arreglo a la normativa específica que en cada caso sea aplicable presten los siguientes servicios a terceros: constituir sociedades u otras personas jurídicas; ejercer funciones de dirección o secretaría de una sociedad, socio de una asociación o funciones similares en relación con otras personas jurídicas o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; facilitar un domicilio social o una dirección comercial, postal, administrativa y otros servicios afines a una sociedad, una asociación o cualquier otro instrumento o persona jurídicos; ejercer funciones de fideicomisario en un fideicomiso («trust») expreso o instrumento jurídico similar o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; o ejercer funciones de accionista por cuenta de otra persona, exceptuando las sociedades que coticen en un mercado regulado y estén sujetas a requisitos de información conformes con el derecho comunitario o a normas internacionales equivalentes, o disponer que otra persona ejerza dichas funciones.

p) Los casinos de juego.

q) Las personas que comercien profesionalmente con joyas, piedras o metales preciosos.

r) Las personas que comercien profesionalmente con objetos de arte o antigüedades.

u) Las personas responsables de la gestión, explotación y comercialización de loterías u otros juegos de azar respecto de las operaciones de pago de premios.

Un abogado, un asesor fiscal, un intermediario inmobiliario, etc., incluso un vendedor de lotería, se convierte, en virtud de la presente Ley en un colaborador de la prevención en el blanqueo de capitales, a quienes se les exige estar dotados de una especiales conocimientos detectivescos, para averiguar la verdadera intención de la operación que se somete a su consideración y por la que se exigen sus servicios profesionales.

Entre las obligaciones que se les impone con carácter imperativo e ineludible, aparte de la lógica identificación de las personas intervinientes en las operaciones por medio de los documentos correspondientes, de adoptar las medidas adecuadas para determinar la estructura de la propiedad o el control de las personas jurídicas, lo que depende del asesor o profesional de que se trate, ello será imposible.

OTRAS OBLIGACIONES

Entre las demás obligaciones, destacaremos las siguientes:

1º Recabar información para determinar si los clientes actúan por cuenta propia o de terceros, y en este último caso,

deberán conocer la identidad de las personas por cuenta de las cuales actúan aquellos (artículo 4. 3).

2º Determinar, como se ha indicado anteriormente, la estructura de propiedad o de control de las personas jurídicas, y en caso de que ello no pueda establecerse, se negarán a participar en cualquier clase de operación (artículo 4.4).

3º Obtener información sobre el propósito e índole prevista de la relación de negocios, así como la naturaleza de su actividad profesional o empresarial, así como la veracidad de la información obtenida (artículo 5.1).²

4º Adoptar medidas de seguimiento continuo en la relación de negocios, incluido el escrutinio de las operaciones efectuadas a lo largo de dicha relación (artículo 6).³

5º Aplicar medidas de diligencia debida,⁴ dependiendo del tipo de cliente, relación de negocios, producto u operación (artículo 7.1), tanto a los nuevos clientes como a los ya existentes.

Esta es la obligación más controvertida impuesta a los sujetos obligados, anteriormente mencionados, por tratarse de un concepto jurídico indeterminado, que sólo en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, puede llegar a determinarse. Pero no sólo ello, sino que los sujetos obligados deberán estar en condiciones de demostrar a las autoridades competentes que las medidas adoptadas tienen el alcance adecuado en vista del riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo mediante un previo análisis de riesgo que en todo caso deberá constar por escrito.

Se añade en el segundo párrafo que, en todo caso, los sujetos obligados aplicarán las medidas de diligencia debida cuando concurren indicios de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, con independencia de cualquier excepción, exención o umbral, o cuando existan dudas sobre la veracidad o adecuación de los datos obtenidos con anterioridad.

DILIGENCIA DEBIDA

La diligencia debida es una apreciación muy subjetiva de una realidad. Es por ello que difícilmente se podrá exigir responsabilidad a uno de los obligados anteriormente indicados, en caso de blanqueo de capitales, cuanto éste acredite que, según su propia experiencia y profesionalidad, actuó con la diligencia debida. Lo que para uno de los sujetos obligados puede requerir un minucioso análisis detallado de documentación, que por la índole de la operación es posible que se pueda solicitar, sin embargo, no siempre ello puede ser así, porque las circunstancias cambian de una operación o intervención de asesoramiento a otra, y más aún esa apreciación de las circunstancias que justifican la actuación profesional con diligencia debida.

¿Qué quiere decir diligencia debida? ¿Es la que exige la ley en cada caso? ¿O la que viene determinada por las circunstancias que concurren en cada operación? Lo que para un asesor puede ser sospechoso, es posible que no lo sea necesariamente para todos los demás en la misma situación. De ahí el grave riesgo de fundamentar la responsabilidad de intervención en una posible operación de blanqueo de capitales en la exigencia de una conducta tan general, vaga y difusa como la diligencia debida.

Un asesor fiscal no es un policía, ni tampoco un sustituto de los cuerpos policiales especializados en la prevención del delito de blanqueo de capitales. Ni ha cursado estudios de psicología criminal, ni ha recibido instrucción o cursos de especialización esta materia, tan compleja y difusa como es la psicología criminal.

Si el asesor fiscal interviene en una determinada operación, que en principio a él y exclusivamente a él, por su función de asesor jurídico especializado, le parece razonable, sería tremendamente injusto que si con posterioridad apareciesen vestigios de blanqueo de capitales, se le pudiera exigir responsabilidad penal, nada menos, como ha ocurrido en alguna ocasión, como cooperador necesario, con lo que ello supone de exigencia de responsabilidad penal.

¿Está capacitado el asesor fiscal para llevar a cabo un análisis del riesgo en cada operación en la que intervenga profesionalmente? El artículo 7.2 así lo exige y, sin embargo, la realidad es bien diferente.

Esta exigencia de diligencia debida es tan amplia que incluso el artículo 8 de la Ley 10/2010, también se puede aplicar a terceros, con excepción del seguimiento continuo de la relación de negocios, que estarán obligados a la remisión e inmediata disposición del sujeto obligado, de la información obtenida en aplicación de las medidas de diligencia debida. Asimismo, los terceros remitirán al sujeto obligado, a instancias de éste, copia de la documentación solicitada.

Esta obligación es tan controvertida que el propio Legislador ha aprobado una relación de operaciones donde sólo se debe exigir las denominadas medidas simplificadas de diligencia debida, respecto de clientes (artículo 9), respecto de productos u operaciones (artículo 10).

Pero también hay medidas reforzadas de diligencia debida (artículo 11) cuando se presente una operación de alto riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, en los términos que se determinen reglamentariamente.

En estos casos de nuevo se exige el análisis del riesgo. Ello implica que el asesor fiscal deberá llevar a cabo una valoración circunstanciada y documentada de los elementos que componen cada operación, a efectos de poder cumplir el requisito exigido del análisis del riesgo.

El análisis del riesgo es una mera posibilidad. Una posibilidad de que la operación sujeta a asesoramiento profesional pueda tener una relación con el blanqueo de capitales, cuando por su naturaleza, por su complejidad, o cuando no aparezca un propósito económico claro o lícito de forma aparente, o bien que presente indicios de simulación o fraude.⁵

NOTAS

- 1 Artículo 1.2. d) de la Ley 10/2010.
- 2 Tales medidas consistirán en el establecimiento y aplicación de procedimientos de verificación de las actividades declaradas por los clientes. Dichos procedimientos tendrán en cuenta el diferente nivel de riesgo y se basarán en la obtención de los clientes de documentos que guarden relación con la actividad declarada o en la obtención de información sobre ella ajena al propio cliente.
- 3 Dichas medidas de seguimiento pretenden 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.
- 4 Otro aspecto de exigencia de diligencia debida, pero en este caso como causa eximente de responsabilidad fiscal, en materia sancionadora, se encuentra regulada en el artículo 179. 2 d) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre.
- 5 Artículo 17.