

Análisis de la reciente reforma en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo

Marcos M. Pascual González

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario

Universidad de Oviedo.

En el BOE de 4 de septiembre de 2018 se publicó el Real Decreto-ley 11/2018 por el que se modifica la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo mediante la transposición de la directiva de la Unión Europea en materia de prevención del blanqueo de capitales¹.

En el presente trabajo vamos a destacar las principales novedades que presenta la norma y, en especial, la que puede afectar al ejercicio profesional del asesoramiento fiscal y contable.

Sujetos obligados

Se ha producido una modificación en la letra o) del art. 2.1 de la Ley 10/2010 en relación con los sujetos obligados. Hasta la reforma, quedaban obligados las personas que con carácter profesional prestaren servicios a terceros tales como constituir sociedades, facilitar un domicilio social o ejercer funciones de dirección o secretaría de una sociedad. Tras la nueva redacción quienes quedarán como sujetos obligados serán quienes presten tales servicios con carácter profesional por cuenta de terceros.

También en relación con los sujetos obligados se produce una modificación en la letra u) del citado precepto 2.1 de la Ley 10/2010. En su redacción anterior, quedaban obligados las personas responsables de la gestión, explotación y comercialización de loterías u otros juegos de azar respecto de las operaciones de pago de premios. Desde la reforma, deja de limitarse la obligación de tales sujetos a las operaciones de pago de premios, imponiéndose la condición de sujeto obligado a las personas responsables de la gestión, explotación y comercialización de loterías u otros juegos de azar presenciales o por medios electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos. Sólo para el caso de loterías, apuestas mutuas deportivo-benéficas, concursos, bingos y máquinas recreativas

¹ Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

tipo “B” se mantiene la limitación de la responsabilidad para las operaciones de pago de premios.

Por su parte, con la reforma del apartado 3 del citado artículo 2, a la posibilidad de que reglamentariamente pueda excluirse aquellas personas que realicen actividades financieras con carácter ocasional o de manera muy limitada cuando exista escaso riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, se añade ahora a los juegos de azar que presenten un bajo riesgo de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo.

Medidas de diligencia debida para los casinos

Se mantiene la obligación para los casinos de juego de identificar y comprobar mediante documentos fehacientes la identidad de cuantas personas pretendan acceder al establecimiento. Y para el caso de personas que realicen operaciones de compra o venta de fichas de juego por un valor igual o superior a 2.000 euros en una operación o en varias operaciones entre las que parezca existir algún tipo de relación, ya sea en el momento del cobro de ganancias, de compra o venta de fichas de juego, los casinos deberán aplicar el resto de las medidas de diligencia debida respecto de dicho cliente.

Para el caso de los operadores de juego a través de medios electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos, la obligación de identificar y comprobar la identidad del cliente como medidas de diligencia debida, se extiende a cuantas personas pretendan participar en estos juegos o apuestas.

Medidas de diligencia debida para las personas con responsabilidad pública

antes de la reforma, las medidas de diligencia debida aplicadas a las personas extranjeras con responsabilidad pública eran más reforzadas que las aplicadas a las personas nacionales, para quienes su aplicación se adaptaba a la persona concreta y sus funciones. Con la reforma operada en el art. 14, este régimen se unifica, considerando a todas las personas con responsabilidad pública, sean extranjeras o nacionales, merecedoras de la aplicación de las medidas de diligencia reforzada en cualquier caso.

Conservación de documentos

Para la documentación en que se formalice el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley 10/2010 se establecía un período de conservación de, como

mínimo, diez años. Con la reforma este período será exclusivamente de diez años, transcurridos los cuales podrá proceder a su destrucción.

Pero además se introduce la prevención de poder proceder a tal destrucción transcurridos sólo cinco años desde la terminación de la relación de negocios o la ejecución de la operación ocasional. En tales casos, la documentación conservada únicamente será accesible por los órganos de control interno del sujeto obligado, con inclusión de las unidades técnicas de prevención, y, en su caso, aquellos encargados de su defensa legal.

Procedimientos internos de comunicación de potenciales incumplimientos

La reforma de la Ley introduce un nuevo artículo, en este caso el art. 26 bis, por el que se introducen canales internos para la denuncia. De este modo, a los sujetos obligados se les impone el deber de establecer procedimientos internos para que sus empleados, directivos o agentes puedan comunicar, incluso anónimamente, información relevante sobre posibles incumplimientos de la Ley, su normativa de desarrollo o las políticas y procedimientos implantados para darles cumplimiento, cometidos en el seno del sujeto obligado.

Esta nueva obligación no sustituye la necesaria existencia de mecanismos específicos e independientes de comunicación interna de operaciones sospechosas de estar vinculadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo por parte de empleados reguladas en el artículo 18. Es un refuerzo a tales medidas.

Estos procedimientos podrán integrarse en los sistemas que hubiera podido establecer el sujeto obligado para la comunicación de informaciones relativas a la comisión de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la restante normativa general o sectorial que les fuere aplicable.

En todo caso, siempre habrá que tener en cuenta la normativa de protección de datos de carácter personal a la hora de aplicar estos sistemas de información de denuncias internas. Y, por supuesto, se le impone a los sujetos obligados el deber de adoptar todas las medidas necesarias que garanticen que los empleados, directivos o agentes que informen de las infracciones cometidas en la entidad sean protegidos frente a represalias, discriminaciones y cualquier otro tipo de trato injusto.

Comercio profesional con bienes

Con la reforma operada en el art. 38, las personas físicas o jurídicas que comercien profesionalmente con bienes, quedarán sujetas a las obligaciones que impone la Ley respecto de las transacciones en que los cobros o pagos se efectúen por personas físicas no residentes cuando el importe supere los 10.000 euros y no los 15.000 que se establecían antes. A este respecto, es indiferente que los cobros o pagos se realicen en una o en varias operaciones si entre ellas puede existir algún tipo de relación.

Supervisión e inspección del Servicio Ejecutivo de la Comisión

Las facultades del Servicio Ejecutivo de la Comisión de supervisar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley se encuentran recogidos en el art. 47, que también ha sufrido alguna modificación. En este sentido, ahora se recoge expresamente que esta supervisión podrá extender a aquellos sujetos que han sido objeto de una exención de conformidad con lo previsto en el artículo 2.3 de la propia Ley, a los efectos de determinar que dichas exenciones no han sido utilizadas de manera abusiva.

Asimismo, para el caso de grupos que incluyan filiales y sucursales en el extranjero, el Servicio Ejecutivo de la Comisión podrá supervisar la idoneidad de las políticas y procedimientos aplicados por la matriz a sus filiales y sucursales.

Se añade también un nuevo apartado 7 al citado artículo 47 para añadir cuestiones procedimentales. Así, el Servicio Ejecutivo de la Comisión tendrá un plazo de un año para notificar al sujeto obligado las conclusiones de la inspección. Dicho plazo comenzará a contarse desde la cumplimentación íntegra por parte del sujeto obligado del primer requerimiento de información. El plazo podrá ser ampliado en seis meses adicionales por acuerdo motivado del Director del Servicio Ejecutivo cuando la inspección revista particular complejidad o su prolongación resulte imputable al sujeto obligado.

Sanciones por infracciones muy graves

Uno de los aspectos más destacados de la reforma operada en la Ley es el referido a las sanciones.

Para el caso de la comisión de infracciones muy graves, se mantiene el importe mínimo de las multas en 150.000 euros. La modificación se encuentra en el importe máximo de la multa, que se ha aumentado, pasando a ser el mayor de las siguientes cantidades:

- 10% del volumen de negocios anual total del sujeto obligado.
- Duplo del contenido económico de la operación por la que ha sido sancionado.
- Quíntuplo del importe de los beneficios derivados de la infracción, cuando dichos beneficios puedan determinarse.
- Diez millones de euros.

Para el caso de la comisión de infracciones muy graves por parte de entidades sujetas a autorización administrativa para operar, podía imponerse la sanción de la revocación de tal autorización. Con la nueva redacción del precepto, se añade la posibilidad de la suspensión temporal de la autorización administrativa.

Se mantiene la posibilidad de sancionar no sólo al sujeto obligado por la comisión de infracciones muy graves, sino también a quienes, ejerciendo cargos de administración o dirección, fueran responsables de la infracción. No obstante, aquí se han operado las siguientes modificaciones:

- La multa, que antes era por importe de entre 60.000 y 600.000 euros, ahora podrá ser por importe de entre 60.000 y 10.000.000 de euros.
- La separación del cargo, con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección, que antes era en la misma entidad y por un plazo máximo de diez años, ahora se refiere a cualquier entidad de las sujetas a la ley por un plazo máximo de diez años.
- Cabe la amonestación pública como forma de sanción.

Sanciones por infracciones graves

Al igual que en el anterior caso, se mantiene el mínimo de multa por la comisión de infracciones graves en 60.000 euros, introduciéndose variación en el límite máximo de la multa, que será el mayor de las siguientes cantidades:

- 10% del volumen de negocios anual total del sujeto obligado.
- El tanto del contenido económico de la operación por la que ha sido sancionado más un 50%.
- El triple del importe de los beneficios derivados de la infracción, cuando dichos beneficios puedan determinarse.
- Cinco millones de euros.

Se añade también como posible sanción por la comisión de infracciones graves por parte de entidades sujetas a autorización administrativa para operar, la suspensión temporal de dicha autorización.

Asimismo, en el apartado 2 se añade la opción de imponer sanciones no sólo a quienes ejerzan cargos de administración o dirección en el sujeto obligado que comete la infracción grave, sino también a quien ejerza la función de experto externo, siempre que fuera responsable de la infracción.

En tales casos, tanto al experto externo como a quienes ejerzan cargos de administración o dirección, se les podrá imponer las siguientes sanciones:

- Multa por un importe mínimo de 3.000 euros y un máximo de hasta 5.000.000 euros.
- Amonestación pública o privada.
- Separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier entidad de las sujetas a esta ley por un plazo máximo de cinco años.

Graduación de las sanciones

En el art. 59 de la Ley se recogen las circunstancias a tener en cuenta para la graduación de las sanciones. Con la reforma, se añaden las siguientes circunstancias:

- El grado de responsabilidad o intencionalidad en los hechos que concurra en el sujeto obligado.
- La gravedad y duración de la infracción.
- Las pérdidas para terceros causadas por el incumplimiento.
- La capacidad económica del inculpado, cuando la sanción sea de multa.
- El nivel de cooperación del inculpado con las autoridades competentes.

Comunicación de infracciones.

La reforma ha introducido un nuevo artículo 63 relativo a la comunicación de infracciones. Se dispone así que los empleados, directivos y agentes de los sujetos obligados que conozcan hechos o situaciones que puedan ser constitutivos de infracciones contempladas en esta ley, los podrán poner en conocimiento del Servicio Ejecutivo de la Comisión.

Tales comunicaciones serán remitidas por escrito e incorporarán todos los documentos e informaciones sobre los hechos denunciados que permitan justificar la denuncia.

Se exige en el precepto que los programas de formación de las entidades incluyan la información sobre la existencia de estos mecanismos.

Registro de prestadores de servicios a sociedades y fideicomisos

Hasta el 4 de septiembre de 2018, la Disposición Adicional se refería a la pérdida de la condición de país tercero equivalente. Tras la reforma, el contenido de la Disposición Adicional Única versa sobre la obligación de las personas físicas o jurídicas que de forma empresarial o profesional presten todos o alguno de los servicios descritos en el artículo 2.1.o) de la Ley 10/2010 de inscribirse de forma obligatoria en el Registro Mercantil competente por razón de su domicilio antes del inicio de sus actividades.

Para el caso de personas físicas empresarios, o de personas jurídicas, sea cual sea su clase y salvo que exista una norma específicamente aplicable, se inscribirán conforme a lo establecido en el Reglamento del Registro Mercantil.

Si se trata de personas físicas profesionales, la inscripción se practicará exclusivamente de forma telemática con base en un formulario preestablecido aprobado por orden del Ministro de Justicia.

También será objeto de inscripción en el Registro Mercantil, para las personas jurídicas, cualquier cambio de administradores, así como cualquier modificación del contrato social.

Para las personas físicas o jurídicas que ya estuvieran realizando alguna o algunas de las actividades reseñadas y no constaren inscritas, deberán, en el plazo de un año, inscribirse.

Las personas físicas o jurídicas que ya constaren inscritas en el Registro Mercantil, deberán, en el mismo plazo, presentar en el registro una manifestación de estar sometidas, como sujetos obligados, a las normas establecidas en la Ley. Se añade para las personas jurídicas el deber de manifestar quiénes son sus titulares reales. Estas manifestaciones se harán constar por nota marginal y deberán ser actualizadas en caso de cambio en esa titularidad real.

Las personas físicas y jurídicas prestadoras de servicios a sociedades estarán sujetas a la obligación de depositar sus cuentas anuales en el Registro Mercantil en la forma y con

los efectos establecidos en los artículos 279 a 284 de la Ley de Sociedades de Capital. Se excluyen de esta obligación de depósito de cuentas anuales a los prestadores de servicios a sociedades que sean personas físicas profesionales.

La falta de inscripción de las personas físicas o jurídicas que se dediquen a las actividades a que se refiere el artículo 2.1.o) de esta ley, o la falta de manifestación de sometimiento a la misma o de la titularidad real en el caso de personas jurídicas, tendrá la consideración de infracción leve a que se refiere el artículo 53.

Las personas físicas o jurídicas a las que les sea aplicable esta disposición adicional, con la salvedad de las personas físicas profesionales, deberán cada ejercicio, junto con el depósito de sus cuentas anuales en el Registro Mercantil competente, acompañar un documento para su depósito del que resulten los siguientes datos:

- a) Los tipos de servicios prestados de entre los comprendidos en el artículo 2.1.o) de esta ley.
- b) Ámbito territorial donde opera, indicando municipio o municipios y provincias.
- c) Prestación de este tipo de servicios a no residentes en el ejercicio de que se trate.
- d) Volumen facturado por los servicios especificados en el apartado a) en el ejercicio y en el precedente, si la actividad de prestadores de servicio a sociedades no fuera única y exclusiva. Si no pudiera cuantificarse se indicará así expresamente.
- e) Número de operaciones realizadas de las comprendidas en el mencionado artículo 2.1.o), distinguiendo la clase o naturaleza de la misma. Si no se hubiera realizado operación alguna se indicará así expresamente.
- f) En su caso titular real si existiere modificación del mismo respecto del que ya conste en el Registro, en el sentido indicado en el apartado 4.

Las personas físicas profesionales estarán obligadas a depositar el documento señalado en el apartado anterior en el Registro Mercantil en donde constaren inscritas con excepción de la mención señalada en el apartado f). El depósito que se efectuará dentro de los tres primeros meses de cada año, y se hará de forma exclusivamente telemática.

La falta de depósito de este documento tendrá la consideración de infracción leve a los efectos de lo establecido en el artículo 53 de esta ley y podrá ser sancionada en la forma establecida en su artículo 58.

La reforma de la Ley 10/2010 a través de un Real Decreto-ley

En el preámbulo del Real Decreto-ley que modifica la Ley 10/2010 se intenta argumentar la concurrencia de las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86 de la Constitución Española como presupuesto habilitante para recurrir a este tipo de norma. De su lectura el único motivo que aporta es el vencimiento del plazo para la transposición de la Directiva, que concluyó el 26 de junio de 2017. ¿La inactividad del poder legislativo durante dos años es motivo habilitante para el recurso al Decreto-ley?

Para mí no lo es, por lo que esta reforma podría ser inconstitucional, pero este es un asunto que se deberá dejar para mejor momento.