

# APUNTES SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALS Y FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO

**LUIS MANUEL LOMBARDEO EXPÓSITO**

*Doctor en Derecho.*

*Teniente de la Guardia Civil (Escala Superior de Oficiales)*

«Lo que es digno de hacerse, es digno de que se haga bien»

Conde de Chesterfield

## **Extracto:**

**CON** más de dos años de retraso, el Gobierno ha remitido al Congreso el proyecto de ley de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Nuestro país ha sido objeto de dos condenas por parte del TJCE por no haber transpuesto las Directivas 2005/60/CE y 2005/70/CE, relativas a la prevención del blanqueo de capitales. Con este proyecto se lleva, por fin, a cabo la transposición.

El texto remitido por el Gobierno establece mayores exigencias que las establecidas por la Directiva 2005/60/CE. En lo esencial, sigue las líneas maestras del actual sistema, aunque se introducen sustanciales modificaciones en aspectos relevantes. La ley pasa de 16 a 70 artículos, por lo que puede adivinarse que desciende a detalles que antes eran objeto de regulación reglamentaria. Por otro lado, abarca una parte de la problemática que presenta la financiación del terrorismo, por la similitud de métodos que se observan en ambas amenazas (el blanqueo y la financiación del terrorismo).

Se intenta coordinar la normativa de prevención con la normativa represiva, contenida en el Código Penal, y se integran en el concepto de blanqueo situaciones que antes no lo estaban, o al menos eran discutidas. Si bien, de cara a la galería, destaca la regulación que se efectúa de las personas del medio político, existen otros aspectos de mayor calado, como la ampliación de los sujetos obligados, el fichero de titularidades financieras, las medidas de diligencia debida y un largo etcétera.

Estamos ante un intento de una regulación amplia y detallada, que quizá peque de ser un tanto voluntarista y que presenta algunos defectos de concepto y de técnica jurídica. Confiamos en la sabiduría y mesura del legislador para salvar estos problemas y llegar al resultado deseado.

**Palabras clave:** blanqueo de capitales, sujetos obligados, diligencia debida.

# NOTES ON THE BILL ON THE PREVENTION OF MONEY LAUNDERING AND TERRORIST FINANCING

**LUIS MANUEL LOMBARDEO EXPÓSITO**

*Doctor en Derecho.*

*Teniente de la Guardia Civil (Escala Superior de Oficiales)*

«What is worth making, is worthy to be done well.»

Earl of Chesterfield

## **Abstract:**

**WHIT** more than two years of delay, the Government has submitted to Congress a bill to prevent money laundering and terrorist financing. Our country has been the subject of two sentences by the ECJ for failing to transpose Directives 2005/60/EC and 2005/70/EC, concerning the prevention of money laundering. Whit this Project, is carried at lasto ut of the transposition.

The text presented by the Government sets higher requirements than those established by Directive 2005/60/EC. In essence, follows the guidelines of the current system, while introducing substantial changes in relevant aspects. The law passes from 16 to 70 articles, so you can guess that comes down to details that were previously subject to statutory regulation. On the other hand covers a portion of the issues presented by the financing of terrorism, by similar methods that are seen in both threats (laundering and terrorist financing).

It attempts to coordinate the regulation of prevention with repressive legislation, contained in the penal code and integrated into the concept of money laundering, situations that were not before, or at least were discussed. While outward show, highlights the regulation is made of politically exposed persons, there are other more fundamental issues, such as enlargement of the obligated, file financial entitlements, due diligence measures and a long and so on.

This is an attempt of a comprehensive and detailed regulation, which may be a bit small voluntary and that has some flaws and technical legal concept. Trust in the wisdom and restraint of the legislatura to overcome these problems and achieve the desired result.

**Keywords:** money laundering, obligated, due diligence.

# Sumario

1. Justificación de la reforma.
2. Generalidades.
3. Los sujetos obligados. En especial, los abogados.
4. Diligencia debida.
5. Tratamiento de datos.
6. Organización administrativa.
7. Epílogo.

## 1. JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA

En la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados se encuentra en trámite el proyecto de ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, habiéndose ampliado el plazo de presentación de enmiendas hasta el día 2 de febrero de este año.

Actualmente, la normativa administrativa vigente, de rango legal, está constituida por la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, la cual ha sido objeto de algunas modificaciones puntuales. ¿Por qué una reforma de la norma de prevención del blanqueo de capitales en estos momentos? Además de la plausible intención de cualquier Estado de mejorar su legislación, que sin duda ha presidido la actuación gubernamental en este sentido, no ha carecido de importancia el hecho de que España ha sido recientemente condenada, y en dos ocasiones, por su morosidad en cumplir con las obligaciones que le impone la normativa europea.

En efecto, recordemos que el plazo para la transposición de las Directivas 2005/60/CE (relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, conocida como Tercera Directiva) y 2005/70/CE (por la que se establecen disposiciones de aplicación de la anterior sobre cuestiones concretas) concluyó el 15 de diciembre de 2007. Este retraso de ya más de dos años en cumplir el mandato de la UE ha motivado hasta la fecha dos condenas contra España: el 24 de septiembre y el 1 de octubre de 2009 (Asuntos C-504/2008 y C-502/2008, respectivamente). Ciertamente, otros países europeos han sido condenados por el mismo motivo: Irlanda, Suecia y Bélgica. Como vemos cuatro miembros de la UE han sido condenados y entre ellos nuestro país. El resto, obviamente, sí han cumplido sus obligaciones en esta cuestión.

¿Cuál ha sido el motivo de este retraso? El Gobierno, autor del proyecto de ley, no ofrece explicación alguna acerca del mismo. Tampoco nos parece que lo sean las apuntadas por el Banco Central Europeo en su dictamen (preceptivo) sobre este proyecto: un largo debate sobre el encaje institucional del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales (SEPBLAC, actual piedra angular del sistema de prevención) y la unificación de los regímenes de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Responsables políticos de la Administración habían declarado que la tardanza en la transposición se debía a que se requería para llevarla a cabo tranquilidad y consenso, y que muchos preceptos se encontraban ya incorporados al Derecho

interno. No deberíamos, por otro lado, olvidar que en la fecha en que debía haberse transpuesto la norma comunitaria nuestros partidos políticos estaban «calentando motores» de cara a las elecciones generales de marzo de 2008.

Consideramos que la entrada o no en el legislativo de un proyecto de ley obedece más bien a las prioridades políticas de un Gobierno. Posiblemente, tras las recientes reuniones del G20, a las que ha sido invitado nuestro país, la integridad del sistema financiero y, por tanto, la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo se han convertido en objetivos prioritarios, pese a haber resultado un tanto desatendidas durante el plazo de transposición de las directivas.

Sin embargo, en línea con lo apuntado por el Consejo de Estado en su dictamen sobre el proyecto, consideramos que uno de los motivos de este retraso radica en la extensión y el detalle de la nueva norma (70 artículos por 16 de la actual). Efectivamente, la directiva que se transpone es una directiva de «mínimos». La opción española ha sido elevar a rango legal gran parte de la norma de nivel administrativo, cuando lo lógico para no incurrir en mora hubiese sido redactar una norma legal de transposición básica y poco extensa y, en paralelo, ir preparando la normativa de desarrollo, de rango administrativo.

## 2. GENERALIDADES

No deja de sorprender que no se haya llegado, en la unificación de los regímenes de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo hasta las últimas consecuencias, permitiendo que subsistan algunos artículos de la Ley 19/2003, de 21 de mayo, en lo relativo al blanqueo de la financiación del terrorismo. Ello no dejará de crear cierta confusión.

Una de las virtualidades de este proyecto de ley consiste en que se logra con él una coordinación suficiente con la legislación penal, lo que no ocurre con la legislación vigente: en concreto, con los artículos del Código Penal que establecen la punición del blanqueo de capitales (301 a 304), cabiendo incluso apuntar que el ensamblaje resulta perfecto con el proyecto de ley de modificación del Código Penal, que se está tramitando actualmente en las Cortes.

Uno de los problemas que plantea el proyecto de ley es el coste que su implementación va a suponer para los sujetos obligados. Sin contar las relativas al Fichero de Titularidades Financieras, la Comisión Nacional del Mercado de Valores habla de 21 nuevas obligaciones. Sin embargo, el Gobierno nos anuncia que el coste de la implementación será mínimo, pero, obviamente sólo piensa en la organización de la propia Administración, no en el coste para los sujetos obligados. Incremento de costes que los sujetos obligados trasladarán, indiscutiblemente, a los consumidores. Y todo ello en plena crisis económica. No debe dejar de tenerse en cuenta que, incluso así, las previsiones del Gobierno resultan optimistas en exceso, porque la lectura del informe del GAFI-FATF (Grupo de Acción Financiera Internacional-Financial Action Task Force) sobre la 3.ª evaluación mutua de España refleja con claridad que la organización administrativa española de prevención del blanqueo es

insuficiente para las obligaciones que le impone la normativa actual. Y el proyecto de modificación es considerablemente más ambicioso.

Pasando al contenido concreto del proyecto, comienza éste definiendo el blanqueo de capitales, añadiendo al concepto actual algunas situaciones jurídicas, como por ejemplo, la posesión de bienes a sabiendas de que proceden de una actividad delictiva. También es importante el que se establezca que el delito subyacente o delito-base no tiene por qué ser castigado con pena grave como en la actualidad; valdrá cualquier pena por delito, grave o menos grave. Hasta ahora, para hablar de blanqueo de capitales era necesario, en el ámbito administrativo, que el delito del que procedían los bienes que se «blanqueaban» tuviera establecida una pena superior a tres años de prisión. Ahora este límite desaparece, excluyéndose sólo los bienes procedentes de faltas penales.

Se incluye expresamente en el blanqueo la tentativa de llevar a cabo alguna de las conductas consideradas blanqueo, así como la instigación, el consejo, etc., para realizarlas. Otra cuestión de interés consiste en la posibilidad de que el autor del blanqueo puede ser el autor del delito subyacente, si bien ya venía siendo admitido por nuestra jurisprudencia tras el Acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 2006, según el cual no se excluía el concurso real del blanqueo con el delito antecedente.

Sirve también para zanjar una antigua polémica doctrinal, el establecer que la cuota defraudada en los casos de delitos contra la Hacienda Pública es uno de los bienes que pueden ser objeto de blanqueo. Ahora bien, ¿qué ocurre si la cuota no llega a la cantidad necesaria para perfeccionarse el delito contra la Hacienda Pública, actualmente 120.000 euros? Si no hay actividad delictiva previa, no puede haber blanqueo de capitales, obviamente.

No deja de llamar nuestra atención la calificación que efectúa el proyecto en relación con los documentos o instrumentos jurídicos que acrediten la propiedad u otros derechos sobre los activos procedentes de un delito. Los considera como posibles bienes procedentes de una actividad delictiva, confundiendo e igualando al bien o derecho con el elemento material que lo representa. Le otorga la misma consideración, por ejemplo, a la factura de compra de un automóvil (no impugnada) que al propio automóvil. Nos preguntamos cómo puede ser blanqueada una factura de compra de un automóvil. Otro ejemplo de transposición sin reflexión, pese al tiempo empleado para efectuar dicha operación.

### 3. LOS SUJETOS OBLIGADOS. EN ESPECIAL, LOS ABOGADOS

Respecto a los sujetos obligados, éstos pasan de los 10 tipos que establece la actual ley a 27. Un más que notable incremento. Sin embargo, se elimina la diferencia existente en la actualidad entre sujetos de régimen general y especial, quedando un solo régimen, con algunas excepciones, en función del riesgo o la actividad, lo que nos parece más ajustado a la realidad. Entre otros, quedan sujetos a las prescripciones de la norma las entidades de crédito, compañías de seguros de vida, entidades de pago, promotores inmobiliarios, abogados, procuradores y otros profesionales independientes,

casinos, quienes comercien con antigüedades y obras de arte, auditores de cuentas, contables externos, asesores fiscales, personas físicas que realicen movimientos de medios de pago, fundaciones y asociaciones, etc.

Novedosa resulta la inclusión entre los sujetos obligados de las personas que comercien profesionalmente con bienes, cuando los cobros o pagos sean por importe superior a 15.000 euros, en una o varias operaciones entre las que parezca existir alguna relación y en metálico, con cheque al portador o con cualesquiera otros medios físicos de pago, incluidos los electrónicos, concebidos para ser utilizados como medio de pago al portador. Se pretende, indudablemente, evitar que el dinero «negro» sirva para adquirir bienes de alto coste (automóviles, embarcaciones, etc.). Nos sorprende encontrar sólo menciones a bienes y no a servicios. Consideramos que se trata de una categoría de sujeto obligado que puede ser de una enorme potencialidad, aunque mucho nos tememos que todo podría quedarse en un ejercicio de voluntarismo. Va a ser extraordinariamente difícil verificar el cumplimiento por los mismos de sus obligaciones.

Siguiendo con los sujetos obligados, destaca, por su incidencia en los derechos fundamentales, especialmente en el derecho a un proceso con todas las garantías, la regulación que se establece de los abogados. Efectivamente, en su actuación profesional los abogados están exentos de las obligaciones que impone la normativa de prevención del blanqueo, en la determinación de la posición jurídica a favor de un cliente o la defensa jurídica en un proceso, incluido el asesoramiento anterior a un posible futuro proceso judicial. Pero hablamos sólo del proceso judicial. Ya no, como ahora, del proceso judicial o del procedimiento administrativo.

Efectivamente, tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala), de 26 de junio de 2007, se admite que las obligaciones que la Directiva 91/308/CEE (antecedora de la actual) imponía a los abogados eran compatibles con el derecho a un proceso judicial con todas las garantías. Las obligaciones de las que el proyecto exime a los abogados son las de comunicación por indicios y las de colaboración con la Comisión (de Prevención del Blanqueo) y sus órganos. Pero (otra novedad), sólo se excluye a los abogados, no a los notarios, ni a los profesionales independientes del derecho, ni a los auditores, contables externos o asesores fiscales.

#### 4. DILIGENCIA DEBIDA

Se mantienen las obligaciones de identificación previa a establecer una relación de negocios, incluida la averiguación del titular real. Se prohíbe establecer relaciones de negocio con personas jurídicas cuya estructura de propiedad o control no haya podido determinarse y se mantiene la obligación de conocer la naturaleza de la actividad profesional o empresarial del cliente, comprobándola razonablemente.

De mayor importancia consideramos la novedad de que los sujetos obligados deban aplicar las medidas de diligencia debida no sólo a los nuevos clientes, sino también a los ya existentes. Se dul-

cifica un tanto la medida al establecerse un periodo máximo de cinco años para aplicar estas medidas a los clientes ya existentes.

Es importante saber que si el sujeto obligado se ve imposibilitado para aplicar las medidas de diligencia debida a un cliente, no puede establecer con él una relación de negocios. Si esta imposibilidad es sobrevenida, determina el fin de dicha relación. Puede recurrirse a terceros para la aplicación de las medidas de diligencia debida, lo que sin duda supone un importante «nicho de negocio».

Las medidas de diligencia debida pueden simplificarse en determinados supuestos, bien por el tipo de operación, bien por el tipo de cliente. Dichos supuestos son establecidos en el propio proyecto o se determinarán, en su momento, por vía reglamentaria. Consideramos inadecuado el sus- traer al legislador la integridad de esta competencia.

Del mismo modo, las medidas de diligencia debida deben aplicarse de un modo reforzado en determinados supuestos previstos en el proyecto: banca privada, servicios de envío de dinero, operaciones de cambio de moneda extranjera, banca corresponsal, relaciones de negocio y operaciones no presenciales y aquellas situaciones que por su propia naturaleza puedan presentar un riesgo más elevado de blanqueo de capitales. También se aplicarán a las personas con responsabilidad pública. Del mismo modo, se aplicarán a aquellos supuestos que, por presentar un alto riesgo de blanqueo de capitales, se determinen reglamentariamente. Repetimos lo dicho sobre la integridad de las competencias legislativas.

A grandes rasgos y en general, se establecen obligaciones similares a las existentes, con matices que exceden el ámbito de este trabajo, sobre examen especial de determinadas operaciones, comunicaciones al SEPBLAC (por indicios y *reporting* sistemático), abstención de ejecución de operaciones, colaboración con la organización administrativa de prevención, exención de responsabilidad y confidencialidad por las comunicaciones, medidas de control interno y examen por experto externo.

En relación con la conservación de documentos, se pasa de la obligatoriedad de conservar los mismos durante seis años de la actual ley a diez años, que es el plazo de prescripción de los delitos de blanqueo de capitales dolosos.

## 5. TRATAMIENTO DE DATOS

Otra cuestión novedosa, y polémica, radica en las disposiciones relativas al tratamiento de datos de personas con responsabilidad pública. Efectivamente, la ley exceptúa los datos contenidos en los ficheros relativos a estas personas, que crearán los sujetos obligados en relación con la prevención del blanqueo de capitales (y la financiación del terrorismo), de la obligación de su comunicación a los afectados. Ya sabemos que el artículo 2.º 2 c) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPF), deja al margen de la protección a los ficheros relacio-

nados con las investigaciones criminales sobre terrorismo y delincuencia organizada, con fundamento en el artículo 5.º 5 de la Directiva 95/46/CE (relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos), en el que se dispone que el deber de información al afectado no es de aplicación cuando así expresamente lo prevea una ley. Así pues, no es preciso informar a los afectados acerca de la inclusión de sus datos en estos ficheros. Y, por cierto, para la inclusión de los mismos, no es preciso que estas personas mantengan una relación de negocios con el sujeto obligado. ¿Basta sólo con ser una persona con responsabilidad pública para aparecer en los ficheros de los sujetos obligados? Esperemos que se acote esta posibilidad en la propia ley.

Ya que hemos traído a colación a las personas con responsabilidad pública, el proyecto va más allá de lo que pedía la directiva, obviamente al socaire de nuestra realidad política, donde han alcanzado notoriedad ciertos casos de corrupción y donde se ha extendido entre la opinión pública el convencimiento de que la clase política es, de un modo tan general como injusto, corrupta. Así pues, como un medio más para que la opinión pública llegue al convencimiento de que el Gobierno desea luchar contra este estado de cosas, se somete a las prescripciones de la norma no sólo a las personas del medio político extranjeras, sino también a las españolas.

El fichero de titularidades financieras, regulado en el proyecto de ley, no surge de la transposición de la directiva, es un añadido vernáculo, aunque existan ejemplos de similares instrumentos en el Derecho comparado. El diseñado en el proyecto sigue el modelo propuesto el sistema francés. Básicamente, consiste en un suministro universal de datos. Se comunicará al SEPBLAC por parte de las entidades de crédito la apertura y cancelación de cuentas corrientes, de ahorro, de valores y depósitos a plazo. ¿Es proporcional este mandato con el fin perseguido? Nos parece un acopio excesivo de información para la finalidad pretendida.

Por otro lado, un miembro del Ministerio Fiscal velará por el uso adecuado del fichero. ¿Es que el Gobierno desconfía de que el encargado del tratamiento (SEPBLAC) o el responsable del fichero (Secretaría de Estado de Economía) cumplan con las previsiones establecidas en la LOPD? ¿Es necesario un fiscal velando por el uso adecuado del fichero? ¿No le parecen suficientes al Gobierno las previsiones de la LOPD? Ciertamente, el artículo 3.º 16 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal prevé que a éste le corresponde ejercer las demás funciones que el ordenamiento jurídico estatal le atribuya. Por tanto, nada puede decirse en este sentido, pero resulta incomprensible establecer una excepción a la regla general establecida en la LOPD, ya que si el sistema que ésta diseña no es válido para este fichero, podría no serlo tampoco para cualquier otro.

## 6. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

La proyectada ley diseña también la organización administrativa, con un detalle impropio de una norma de este rango. Dada la premura de tiempo, ¿no hubiese sido más acertado pergeñar en la ley las líneas maestras del sistema y desarrollarlas por vía reglamentaria? ¿Era necesario que el legis-

lativo regulase tan exhaustivamente las competencias y el organigrama de unos órganos de la Administración? Creemos que no se demuestra en el proyecto un entendimiento cabal del papel que le corresponde a la ley y del que debe jugar el reglamento, máxime cuando otras cuestiones de la mayor importancia son remitidas al desarrollo reglamentario (como algunos aspectos importantes del fichero de titularidades financieras o la aplicación de medidas de diligencia simplificada en ciertos supuestos) y quizá debieran ser reguladas en la propia ley.

Existe también en el proyecto un régimen sancionador, que acoge la tradicional clasificación tripartita de infracciones (leves, graves y muy graves), abandonando la dualidad actual de infracciones graves y muy graves.

## 7. EPÍLOGO

Hasta aquí este somero análisis de algunos de los aspectos más relevantes del proyecto de ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, un proyecto técnicamente mejorable (sobre todo, si pensamos que España ha excedido en más de dos años el plazo establecido por la UE para legislar sobre esta cuestión) y quizá excesivamente voluntarista.

En ocasiones, además, se tiende a olvidar que la mejor de las leyes puede no ser más que papel mojado si no se adoptan las medidas presupuestarias y organizativas necesarias para que pueda cumplirse debidamente.

Sólo deseamos que estas breves notas estimulen la reflexión sobre los medios propuestos por el ejecutivo, previa su posible adopción como ley por el legislativo, como los más eficaces y eficientes para la prevención de tan peligrosa como productiva actividad: el blanqueo de capitales. Pronto conoceremos (esperamos) la decisión del Parlamento español sobre la adaptación de nuestras normas al ordenamiento de la Unión, así como sobre la introducción de mayores exigencias en nuestra legislación que las requeridas por aquél.