

La Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo.

Está regulada en España en la Ley 10/2010 de 28 de abril y en el Reglamento 304/2014, de 5 de mayo. Estas normas son trasposición de Directivas de la Comunidad Europea y de acuerdos y reglas internacionales. No se trata en rigor de un derecho propio, sino que aspira a ser un derecho internacional, como regulación uniforme de varios estados.

Se trata de una materia transversal, a caballo de diversas especialidades: penal, administrativo, tributario y civil (se quiere saber quién es el propietario real), internacional y principalmente, de policía criminal, puesto que como veremos, se basa en indicios y sospechas.

Es una materia nueva que traspasa los límites de lo jurídico: éste, la ley, se basa en la seguridad y en la concreción; por el contrario la prevención del blanqueo de capitales debe fundarse en la existencia de riesgo de blanqueo en base a unas presunciones o datos previos de escasa certeza.

Y por último, es una materia árida, de difícil comprensión y aplicación, en la que parece difícil el florecimiento intelectual, pero no por ello es menos necesaria y actual.

Pero esto no es una crítica, es la constatación de una realidad: si el blanqueo de capitales se mueve en el terreno de lo oculto, para incorporarse al mundo económico jurídico y legal, su prevención no tiene más remedio que transitar por semejantes derroteros para intentar conseguir cierta efectividad.

Los límites parecen difusos, porque en una misma actividad (inversiones, actividad económica) el dinero que se mueve tiene origen diverso: desde interior y perfectamente controlado y legal, a procedente del exterior y especialmente de determinados territorios

de riesgo, que no están sujetos a las mismas normas y controles que el nuestro.

En este punto, es interesante distinguir entre evasión y elusión fiscal.

La evasión fiscal supone la ocultación total de los ingresos o beneficios, e implica la transgresión absoluta de la legislación tributaria vigente, mientras que la elusión fiscal supone que los contribuyentes utilizan los resquicios de la ley, actuando, cuanto menos aparentemente, dentro de los márgenes permitidos por la norma.

En la elusión fiscal se declaran los ingresos o beneficios en una jurisdicción que tiene menor presión fiscal, como si allí se hubiera realizado la actividad económica, o se alteran los precios de transferencia de operaciones entre sociedades del mismo grupo multinacional, para localizar los beneficios en una u otra jurisdicción. La evasión fiscal es un ilícito que lleva aparejada una serie de consecuencias jurídicas, mientras que en la elusión fiscal no hay, en principio, ilícito tributario.

A través de la actividad de prevención de blanqueo de capitales, los sujetos obligados deben tratar de tener conocimiento del origen de los fondos y de la actividad del sujeto, de modo que si lo que ha sucedido es una elusión fiscal, esto acaso no entra en el ámbito del blanqueo de capitales y por el contrario, si no puede determinarse el origen de los fondos, será porque proceden probablemente de evasión fiscal o tienen otro origen delictivo.

El dinero oculto (que se quiere blanquear) puede así tener un doble origen:

- dinero evadido, que procede de actividades legales pero se oculta para evitar la carga tributaria,
- dinero procedente de actividades delictivas (tráfico de drogas, comisiones políticas, etc.)

La evasión y la elusión fiscal tienen su apoyo principal en los paraísos fiscales, como soporte territorial, jurídico y seguro desde el que planificar las inversiones.

La OCDE estima que los tipos de gravamen efectivos que soportan las grandes multinacionales es entre 4 y 8,5% por debajo de los que

soportan las empresas similares que operan únicamente a nivel nacional.

Una importante parte de la riqueza en manos de particulares se encuentra también en paraísos fiscales, ya sea procedente de elusión o evasión fiscal, o de otros delitos, aunque también puede proceder de actividades legales que haya tributado correctamente y voluntariamente se sitúen en un paraíso fiscal.

El Objeto de Blanqueo.-

La Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, define –artículo 1- lo que se considera “a efectos de la presente ley”, blanqueo de capitales

a) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.

(...)

A los efectos de esta Ley se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública.

El TS S 29 abril 2015 ha señalado que “el precepto penal restringe el catálogo punitivo, evitando excesos, como considerar un delito de blanqueo de capitales la mera utilización del dinero correspondiente a la cuota impagada en un delito fiscal para gastos ordinarios sin concurrir finalidad alguna de ocultación sobre bienes procedentes de una actividad delictiva previa.”

Si hay delito fiscal con ocultación de dinero (se vende por un precio y se declara por otro inferior) el objeto de blanqueo posterior no será

únicamente la cuota defraudada, sino la totalidad de la base, del dinero ocultado, igual que en cualquier otro delito.

También señala la LBCFT que “Se considerará que hay blanqueo de capitales aun cuando las actividades que hayan generado los bienes se hubieran desarrollado en el territorio de otro Estado.”

Esto nos lleva a considerar que la elusión o defraudación fiscal efectuada en un tercer país, en el caso de que suponga un delito contra la Hacienda Pública de dicho país, si va seguida de ocultación del dinero, (generalmente en un paraíso fiscal), en tal caso, la actividad de introducirlo en el país final de destino si que supone un acto de blanqueo de capital.

La Ley, para poner en marcha sus mecanismos, no exige que efectivamente se trate de blanqueo, sino que es suficiente y necesario que haya riesgo de que se trate de esta actividad, o que haya indicios de ello.

Las operaciones de blanqueo suponen en general la aportación e introducción de dinero desde un territorio de riesgo o paraíso fiscal.

La OCDE ya en 1998 estableció los caracteres, que después ha ido perfilando, que definen a un paraíso fiscal:

Nivel nulo o reducido de imposición para los no residentes.

Ausencia de intercambio de información efectiva con otros Estados.

Ausencia de transparencia administrativa en el ámbito fiscal.

No obligación para los no residentes de ejercer una actividad económica en el territorio del paraíso fiscal.

En los últimos años los paraísos fiscales intentan eludir su calificación de tal a través del instrumento formal de eliminar la segunda características indicada de ausencia de intercambio de información (secreto bancario), mediante la suscripción de acuerdos de transferencia de información con los otros Estados, pero a diferencia de lo que sucede en España, la transferencia de la información fiscal nunca es completa y automática.

La agencia Bloomberg ha publicado que Estados Unidos se ha convertido en un gran receptor de fondos procedentes de Suiza o las

Islas Bermudas. En Europa, Bruselas investiga los acuerdos de reducción de carga fiscal que diversas multinacionales firmaron con Irlanda, Malta, Chipre, Luxemburgo, Holanda y Gran Bretaña si domiciliaban su actividad económica en dichos países.

La definición de País, territorio o jurisdicción de riesgo se contiene en el artículo 22 del Reglamento, y pueden clasificarse en:

Absolutamente ilegales: los que no cuenten con sistemas adecuados de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, países sancionados, o que presenten niveles significativos de corrupción o apoyen actividades terroristas. En estos países debe de ser un verdadero riesgo situar la fortuna para ocultarla.

Países -no se refiere a estados, lo que sería más riguroso-, que presenten un sector financiero extraterritorial significativo (centros “off-shore”)

Países, territorios o jurisdicciones que tengan la consideración de paraísos fiscales.

En un mundo en el que la facilidad de movimiento y traslado han aumentado, en el que se ha instaurado la libertad legal de circulación de capitales, más que el de bienes o mercaderías, en el que los instrumentos de inversión y negocio han cambiado, también deben adaptarse los medios para conseguir el mantenimiento del orden –en este caso económico- y la lucha contra el blanqueo de capitales.

Hay también un tema de mantenimiento de las reglas económicas o lucha contra el “dumping” fiscal, pues el blanqueo de capitales supone además una competencia desleal frente al que ha obtenido y gestiona ordenadamente su patrimonio.

Entremos en el contenido de la Ley de PBCFT

Sujetos obligados:

Entidades financieras y de seguros,

Promotores inmobiliarios y sujetos que intervienen en la compraventa de inmuebles.

Los notarios y registradores

Los abogados, procuradores u otros profesionales independientes cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones de compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos.

Los sujetos obligados los son cumulativamente, y en general, todos con las mismas obligaciones de estudio, control e información.

Medidas de diligencia debida (obligaciones que se imponen a los sujetos obligados)

Se concretan en la identificación formal del inversor, en la identificación del titular real y en la información sobre el propósito e índole de la relación de negocios y el seguimiento del mismo a lo largo de la relación.

La Identificación del Titular Real es la que tiene una regulación más extensa, señalándose que “Los sujetos obligados identificarán al titular real y adoptarán medidas adecuadas a fin de comprobar su identidad con carácter previo al establecimiento de relaciones de negocio o a la ejecución de cualesquiera operaciones”.

El artículo 4 de la Ley define a quien se entenderá por titular real:

a) La persona o personas físicas por cuya cuenta se pretenda establecer una relación de negocios o intervenir en cualesquiera operaciones.

b) La persona o personas físicas que en último término posean o controlen, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 por

ciento del capital o de los derechos de voto de una persona jurídica, o que por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, de la gestión de una persona jurídica.

Señala el Reglamento que cuando no exista persona física que cumpla los requisitos anteriores, “se considerará que ejerce dicho control el administrador o administradores” (o los patronos de las fundaciones).

La identificación y comprobación de la identidad del titular real podrá realizarse con carácter general, mediante una declaración responsable del cliente o de la persona que tenga atribuida la representación de la persona jurídica; no obstante, cuando el cliente, el titular real o la relación de negocios o la operación presenten riesgos superiores al promedio, “será preceptiva la obtención por el sujeto obligado de documentación adicional o de información de fuentes fiables independientes.”

También hay que adoptar las “medidas adecuadas al efecto de determinar la estructura de propiedad o de control de las personas jurídicas”.

Los sujetos obligados no establecerán o mantendrán relaciones de negocio con personas jurídicas cuya estructura de propiedad o de control no haya podido determinarse. Si se trata de sociedades cuyas acciones estén representadas mediante títulos al portador, se aplicará la prohibición anterior salvo que el sujeto obligado determine por otros medios la estructura de propiedad o de control.

Medidas Reforzadas de diligencia debida

El Reglamento detalla supuestos especiales, y entre ellos, cuando se trate de “negocios y operaciones con clientes de países, territorios o jurisdicciones de riesgo, o que supongan transferencia de fondos de o hacia tales países, territorios o jurisdicciones”.

Se tendrán en consideración, como características del cliente, que determinan la aplicación de medidas reforzadas, el tratarse de no residentes en España, las sociedades cuya estructura accionarial y de control no sea transparente o resulte inusual o excesivamente compleja, y las sociedades de mera tenencia de activos.

En estos casos de riesgo más elevado de blanqueo de capitales, se exige obtener documentación o información adicional sobre el origen

de los fondos, el origen del patrimonio del cliente y sobre el propósito de las operaciones.

El artículo 17 de la Ley establece que “Los sujetos obligados examinarán con especial atención cualquier hecho u operación, con independencia de su cuantía, que, por su naturaleza, pueda estar relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, reseñando por escrito los resultados del examen. En particular, los sujetos obligados examinarán con especial atención toda operación o pauta de comportamiento compleja, inusual o sin un propósito económico o lícito aparente, o que presente indicios de simulación o fraude.

Pero estos indicios de simulación o fraude deben estar siempre relacionados con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

Consecuencias: Cuando se aprecie que concurre alguna situación de que la operación suponga (por indicio o certeza) blanqueo de capitales, hay que aplicar medidas de abstención de ejecución si es posible y de comunicación (artículos 18, 19 y 29).

Así, se establece la comunicación por indicio, al establecer que “Los sujetos obligados comunicarán, por iniciativa propia, al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (en adelante, el Servicio Ejecutivo de la Comisión) cualquier hecho u operación, incluso la mera tentativa, respecto al que, tras el examen especial a que se refiere el artículo precedente, exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo”.

Notas finales:

La información y el compartirla con las autoridades nacionales y éstas con las de otros estados, es básica y necesaria pero no suficiente para la lucha contra esta lacra. Se trata de saber quién está detrás de cada estructura económica, quien es el dueño del negocio, porque aunque las personas jurídicas pueden ahora delinquir, son las personas físicas las que lo planifican, se benefician y son las responsables de los actos.

1.- Se hace necesaria la identificación de las personas con asignación de un número o código único para toda su vida, con independencia de su nacionalidad. Especialmente para las personas físicas y jurídicas que establecen relaciones de negocio en países extranjeros. Así es en España, en donde cada persona física española tiene asignado un número que es el que le corresponde en su documento nacional de identidad; y también los extranjeros a los que para realizar cualquier acto que pueda tener trascendencia tributaria, se les asigna el N.I.E. (Número de Identificación de Extranjero). Sorprende que aún no exista un sistema uniforme, ni tan solo a nivel de la Unión Europea, para la identificación de las personas, que facilite la comunicación y transmisión de los datos entre las administraciones de los distintos estados. Hay países, como Italia u Holanda, en que cambia el número de la carta de identidad de sus ciudadanos en cada renovación, si bien tienen documentos fiscales personales en que se mantiene su número de identidad. Posiblemente están más identificados los vehículos a motor en el ámbito de la unión europea y del mundo, que las personas físicas y jurídicas.

2.- La multiplicidad de información y control por los distintos sujetos obligados: sociedad inmobiliaria, agente intermediario, banco y notario sobre una misma operación, hace que el cliente pueda tener ya preparada la información que se le va a solicitar.

Todo lo que he expuesto en estos apuntes está en la Ley que lo toma de los Convenios y acuerdos internacionales. Los asesores de los blanqueadores conocen los procedimientos que se les van a aplicar.

3.- Dificultad de identificar al titular real de sociedades o estructuras extranjeras residentes en territorios de riesgo: la suficiencia de la simple declaración del representante de la inexistencia de titular real que ostente más del 25% de la propiedad o del control, con la consecuencia de que en tal caso se tiene por titular real a la persona física administradora, frustra cualquier intento de información veraz y completa.

Debe rebajarse el umbral de participación mínima, quizás al 5 o al 10%, pues es difícil que una sola persona ostente por sí sola el 25% de un grupo importante.

4.- Determinar claramente si el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales es el propiamente delictivo, tradicional del blanqueo de capitales (dinero procedente del tráfico de drogas, armas, extorsión, cargos públicos...) o se extiende también al fraude fiscal cuando éste supone o puede haber supuesto, la comisión de un delito fiscal en cualquier país, y no solo en el estado propio.

5.- El verdadero caballo de la batalla está en los paraísos fiscales; no solo en los tradicionales, las islas y pequeños países, sino también algunos de los estados federados de Estados Unidos de América, (Delaware, Wyoming, Florida y otros)

que son verdaderos paraísos fiscales para los no residentes, y algunos estados de la Unión Europea que por su baja tributación y acuerdos con empresas facilitan e incitan a ser centros financieros que dificultan el control en la circulación de capitales y distorsionan la libre competencia.

El clamor para la supresión de los paraísos fiscales es paralelo a la exigencia de uniformidad fiscal, con unos mínimos aceptables no solo a nivel europeo, sino de todos los países del mundo. Uniformidad de cuantías o porcentajes de gravamen y de sistemas de comunicación y control. Igual que hay una tendencia, justa, hacia la sanidad universal, debe haberla también hacia una uniformidad fiscal universal en cuanto a tipos de gravamen y presión fiscal.

El desarrollo económico de un territorio, su competitividad y riqueza no pueden basarse en ventajas fiscales irracionales para atraer capitales que no tienen por finalidad generar actividad económica, sino facilitar la elusión, cuando no la evasión fiscal y producir solo beneficio financiero al territorio receptor.

En la lucha contra el blanqueo de capitales se ha dicho que nos jugamos el estado del bienestar, para que nuestros países puedan soportar o aminorar el déficit público creciente. Pero va más allá, pues está en juego la justicia y el equilibrio mundial y el que los países del tercer mundo puedan evitar -o al menos que no se facilite- la actividad delictiva de sus dirigentes, o la ocultación de sus resultados y con ello conseguir una menor pobreza en su población y una mayor estabilidad mundial.

