



COMISIÓN EUROPEA

Bruselas, 11.4.2012
COM(2012) 168 final

INFORME DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO
sobre la aplicación de la Directiva 2005/60/CE, relativa a la prevención de la utilización
del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo

(Texto pertinente a efectos del EEE)

INFORME DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO

sobre la aplicación de la Directiva 2005/60/CE, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo

(Texto pertinente a efectos del EEE)

1. INTRODUCCIÓN

La Directiva 2005/60/CE (en lo sucesivo denominada «Tercera DBC») establece un marco normativo para proteger la solidez, integridad y estabilidad de las entidades de crédito y financieras, así como la confianza en el conjunto del sistema financiero contra los riesgos de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo. Las disposiciones de la UE se basan en gran medida en las normas internacionales adoptadas por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). Además, como la Directiva no pretende ir más allá de una armonización mínima, esas disposiciones se completan con las adoptadas a nivel nacional¹.

El GAFI emprendió en su día una profunda revisión de las normas internacionales que ha culminado en febrero de 2012 en una nueva serie de recomendaciones². También la Comisión Europea ha acometido en paralelo con el proceso internacional su propia revisión del marco normativo europeo. En el contexto de esa revisión, se ha procedido a la elaboración de un estudio externo sobre la aplicación de la Tercera DBC (en lo sucesivo denominado «estudio Deloitte»³), publicado por la Comisión, y se han celebrado amplias consultas y numerosos contactos con interesados del sector privado y con organizaciones de la sociedad civil⁴, así como con representantes de las autoridades de reglamentación y supervisión de los Estados miembros de la Unión.

La Tercera DBC asignó a la Comisión la tarea de presentar al Parlamento Europeo y al Consejo un informe de aplicación en el que, entre otras cosas, se examinara específicamente el trato reservado a los abogados y a otros profesionales independientes del Derecho (artículo 42). La Comisión tenía que presentar también otro informe sobre los límites porcentuales que debían servir de umbral para la identificación de los titulares reales (artículo 43).

El presente Informe persigue un triple objetivo:

¹ La Directiva forma parte de un paquete más amplio de actos legislativos cuyo objetivo es prevenir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Entre tales actos figuran el Reglamento (CE) n° 1781/2006, relativo a la información sobre los ordenantes que acompaña a las transferencias de fondos, el Reglamento (CE) n° 1889/2005, relativo a los controles de la entrada o salida de dinero efectivo de la Comunidad, la Decisión 2000/642/JAI, relativa a las disposiciones de cooperación entre las unidades de información financiera de los Estados miembros para el intercambio de información, y otros instrumentos jurídicos de la UE que tienen por objeto la congelación de activos.

² <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/49/29/49684543.pdf>

³ «*Final Study on the Application of the Anti-Money Laundering Directive*», Deloitte, diciembre de 2010, http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/financial-crime/20110124_study_amld_en.pdf

⁴ En 2011, además, se organizaron dos reuniones con interesados del sector privado.

1. informar del proceso de revisión al que ha sometido la Comisión la forma de aplicarse la Directiva;
2. dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en los artículos 42 y 43 de la Tercera DBC;
3. estudiar la necesidad de introducir modificaciones en el marco normativo actual a la vista de las propias conclusiones de la Comisión y de las normas internacionales que se han adoptado recientemente.

Al término de este Informe, la Comisión invita a todos los interesados a expresar sus opiniones. La Comisión tiene el propósito de iniciar ya la preparación de los textos legislativos pertinentes para que puedan adoptarse en el otoño de 2012.

2. APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA

El presente Informe se ha articulado en torno a una serie de grandes temas que revisten capital importancia para los objetivos de la Tercera DBC. Dentro de cada tema, se estudian la forma en que se han aplicado las normas existentes, los factores que pueden determinar la necesidad de introducir cambios (especialmente como resultado del proceso de revisión internacional) y las posibles alternativas que se presentan para modificar las disposiciones vigentes de la UE. Junto a ese estudio temático, hay también un análisis específico consagrado a las cuestiones de las que tratan los artículos 42 y 43 de la Directiva. Al final, el anexo del Informe aborda un tema estrechamente relacionado, que es el de las transferencias electrónicas transfronterizas.

2.1. Aplicación de un enfoque basado en los riesgos

La adopción de un enfoque basado en los riesgos permite orientar mejor la evaluación de los riesgos y la asignación de los recursos allí donde estos más se necesitan. El marco que existe actualmente en la UE contiene ya algunos elementos que posibilitan la aplicación de ese enfoque tanto por los Estados miembros y las autoridades encargadas de la supervisión, como por las instituciones y personas responsables de aplicar las normas en materia de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo (en lo sucesivo denominadas «entidades obligadas»).

La Directiva deja a los países un margen de discrecionalidad suficiente para diseñar ese enfoque y para decidir el alcance de las medidas basadas en los riesgos que las entidades obligadas puedan aplicar. El estudio Deloitte señala, sin embargo, que la existencia de medidas nacionales muy diversas puede obstaculizar la conformidad transfronteriza y que la disponibilidad de orientaciones prácticas es escasa.

Las nuevas normas del GAFI amplían la aplicación del enfoque basado en los riesgos. A nivel nacional, los países están obligados a identificar, evaluar y comprender los riesgos de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo y a movilizar los recursos necesarios para reducir esos riesgos. Los países tienen que garantizar que los grandes riesgos se detecten y mitigen en todos los casos, pero también pueden permitir que, frente a ciertos requisitos, se apliquen medidas simplificadas si el riesgo identificado es menor. El GAFI reconoce la necesidad de tener en cuenta las evaluaciones de los riesgos de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo a nivel supranacional. Reconoce también que los supervisores deben aplicar en el ejercicio de sus funciones un enfoque basado en los riesgos que se apoye en el conocimiento que tengan de los riesgos existentes en el país y dentro de las entidades

que supervisen. El GAFI exige que las entidades obligadas evalúen los riesgos que puedan plantear los clientes, los países o zonas geográficas y los productos, servicios, transacciones y canales de distribución.

Convendría considerar si los elementos del enfoque basado en los riesgos que se indican a continuación deberían incorporarse a la próxima revisión de la Directiva:

- **evaluaciones de riesgos nacionales/supranacionales:** se podría imponer a los Estados miembros la obligación de realizar y actualizar evaluaciones de riesgos acordes con las nuevas recomendaciones del GAFI; cabría estudiar la posibilidad de adoptar un enfoque común a todos los Estados miembros para favorecer la coordinación y aumentar la coherencia; también podría contemplarse, en su caso, el desarrollo de un enfoque supranacional para las evaluaciones de riesgos;
- **aplicación a la supervisión de un enfoque basado en los riesgos:** el marco de la UE podría abordar con más detalle el uso de ese enfoque en las tareas de supervisión y, en particular, la necesidad de que los supervisores tengan conocimiento de los riesgos a los que se enfrenten las entidades que supervisen; en ese contexto, convendría ofrecer orientaciones sectoriales y que al AMLC⁵, por ejemplo, se le encargasen orientaciones sobre cuestiones relacionadas con la supervisión del sector financiero;
- **aplicación de un enfoque basado en los riesgos a las entidades financieras y a las empresas y profesiones no financieras designadas:** sería necesario disponer expresamente que los procedimientos basados en los riesgos que diseñen las entidades obligadas se adecuen al tamaño y tipo de la entidad de que se trate y se documenten, actualicen y pongan a disposición de las autoridades competentes.

2.2. Tipificación de los delitos de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo

El enfoque que se sigue actualmente en el tema de la tipificación de esos delitos a nivel de la UE se basa en la Decisión marco 2001/500, de 26 de junio de 2001⁶, instrumento jurídico del antiguo tercer pilar. El Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, de 1990 (actualizado en 2005)⁷, define también los delitos de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo.

El artículo 1, apartado 1, de la Tercera DBC dispone que los Estados miembros velen por que el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo queden prohibidos. La tipificación de esos delitos, que es uno de los requisitos fundamentales de las normas del GAFI, se ha dejado en gran medida a la iniciativa de los Estados miembros, que son los que deben introducirla en sus ordenamientos jurídicos nacionales.

⁵ El subcomité de prevención del blanqueo de capitales (AMLC en su sigla inglesa) del Comité Mixto de las Autoridades Europeas de Supervisión presta su asistencia a esas autoridades en su misión de supervisión para garantizar que la normativa de la UE se aplique de forma coherente.

⁶ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:068:0049:0051:en:PDF>

⁷ <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/html/198.htm>

Esa tipificación sería también posible a nivel de la UE, pero carecería de una base jurídica adecuada si la Tercera DBC se revisara sobre la base del artículo 114 del Tratado. Cabe por ello estudiar la posibilidad de que la obligación de los Estados miembros de tipificar esos delitos se establezca en un instrumento específico basado en el artículo 83, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), disposición esta que fue introducida por el Tratado de Lisboa.

2.3. **Ámbito de aplicación**

2.3.1. *Delitos graves*

Según el artículo 1, apartado 2, de la Tercera DBC, el delito de blanqueo de capitales se considera cometido cuando se blanquea el producto de una «actividad delictiva». El artículo 3, punto 5), por su parte, enumera una serie de «delitos graves» que se consideran actividades delictivas y añade con carácter general todos aquellos delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad basada en una mezcla de umbrales máximos y mínimos⁸.

Las nuevas normas del GAFI consideran que los «delitos fiscales» (los relacionados con los impuestos directos o con los indirectos) son «delitos determinantes», pero el GAFI no aporta más orientaciones sobre la forma de dar aplicación a esa figura.

Sería aconsejable por ello analizar:

- si el enfoque actual, que contempla «todos los delitos graves», sigue siendo suficiente para cubrir los delitos fiscales;
- si los delitos fiscales deberían constituir una categoría específica de «delitos graves» dentro del artículo 3, punto 5), de la Tercera DBC y/o
- si es necesario definir los delitos fiscales con más precisión.

2.3.2. *Extensión del ámbito de aplicación fuera de las entidades obligadas existentes*

- a) **Sector de los juegos de azar:** la Tercera DBC incluye en su ámbito de aplicación los «casinos», aunque sin aportar ninguna definición. La Directiva cubre también las actividades que se lleven a cabo «a través de Internet» (considerando 14), lo que incluye, asimismo, los casinos en línea. Las consultas celebradas han puesto de manifiesto un apoyo mayoritario a que los juegos de azar se definan con carácter general en la Directiva, dejando que el ámbito de aplicación preciso se determine a nivel nacional atendiendo a los riesgos. Se podría estudiar la posibilidad de cubrir únicamente aquellos juegos de azar que planteen mayores riesgos de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, evitando la imposición de cargas excesivas a las actividades que supongan menores riesgos.

Teniendo en cuenta que los servicios de la Comisión proyectan adoptar en 2012 un plan de acción para los juegos de azar en línea, sería oportuno garantizar que hubiera un enfoque coherente entre las iniciativas que se propongan para combatir el blanqueo de capitales en ese sector y las revisiones a las que se someta la Tercera DBC.

⁸

Artículo 3, punto 5), letra f).

- b) **Otros tipos de agentes financieros:** en las consultas organizadas con los Estados miembros, algunos participantes han propuesto que el ámbito de aplicación de la Directiva se extienda a todos los agentes que ejerzan actividades en nombre de las entidades financieras. Hay también quien ha hablado del riesgo de blanqueo de capitales que pueden plantear las actividades de los agentes financieros. Convendría estudiar la posibilidad de distinguir el papel de éstos según que actúen por cuenta propia o en el marco de las obligaciones impuestas a las entidades financieras, especialmente cuando presten servicios financieros transfronterizos (este tema se trata con más detalle en la sección 2.10, «Supervisión»).
- c) **Bancos centrales nacionales:** en las consultas se ha apuntado la oportunidad de que la Directiva se aplique expresamente a los bancos centrales ampliando a ellos su ámbito de aplicación de una forma que tenga en cuenta las particularidades de sus operaciones, las exigencias de supervisión y la necesidad de salvaguardar su independencia.
- d) **Agentes inmobiliarios y agencias de alquiler:** el artículo 2, apartado 1, punto 3), letra d), incluye a los agentes de la propiedad inmobiliaria en el ámbito de aplicación de la Directiva sin definir, en cambio, sus actividades. En cuanto a las actividades de las agencias de alquiler, hay elementos que parecen indicar la vulnerabilidad de este sector al blanqueo de capitales. Las normas revisadas del GAFI no mencionan, sin embargo, esta cuestión. En las consultas a los Estados miembros, se ha propuesto estudiar si la Directiva debe aplicarse expresamente a esas agencias.
- e) **Comerciantes de piedras y metales preciosos:** la referencia de carácter general que el artículo 2, apartado 1, punto 3), letra e), hace a «otras personas físicas o jurídicas que comercien con bienes únicamente en la medida en que los pagos se efectúen al contado y por importe igual o superior a 15 000 EUR» cubre a los comerciantes de piedras y metales preciosos. También se hace una referencia expresa a ellos en el considerando 18. Algunos interesados del sector privado han manifestado a la Comisión el temor de que los delincuentes puedan aprovechar la ausencia en algunos Estados miembros de normas que regulen la diligencia debida frente a los clientes para blanquear en este sector el producto resultante de sus delitos.

Se podría estudiar si es preciso adoptar medidas para abordar los riesgos específicos de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo en este sector.

- f) **Exenciones:** la Directiva permite en su artículo 2, apartado 2, que los Estados miembros puedan excluir de su ámbito de aplicación a las personas físicas o jurídicas que sólo realicen actividades financieras con carácter ocasional o de manera muy limitada y cuando exista escaso riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo. Las normas revisadas del GAFI disponen que las transferencias de capitales o de valores no puedan beneficiarse de esa exención.

Convendría estudiar la posibilidad de modificar la Directiva para tener en cuenta esa revisión.

2.4. Diligencia debida con respecto al cliente

La Tercera DBC establece tres niveles de exigencia en lo que se refiere a la «diligencia debida con respecto al cliente» (en lo sucesivo denominada «diligencia»), a saber, diligencia

ordinaria, diligencia reforzada y diligencia simplificada. La ordinaria impone a las entidades obligadas el deber de identificar y controlar a sus clientes y a los titulares reales de éstos, así como de conocer la naturaleza de su relación de negocios y de efectuar un seguimiento de carácter permanente. En el caso de la diligencia reforzada, las entidades obligadas deben adoptar una serie de medidas suplementarias, si bien en función de los riesgos en presencia. La diligencia simplificada, por último, permite que las entidades obligadas reduzcan el nivel de las medidas aplicadas en el caso de ciertos tipos de clientes o de empresas.

Diligencia ordinaria: el estudio Deloitte concluye que las principales divergencias en la aplicación de la Directiva afectan al umbral a partir del cual se requiere la adopción de medidas de diligencia para transacciones ocasionales. Los consultados en el proceso de revisión de la Comisión han pedido que las normas existentes se aclaren en varios aspectos. Se podría estudiar así la posibilidad de:

- reducir el umbral de 15 000 EUR que establece el artículo 7, letra b), para las transacciones ocasionales;
- reducir el umbral de 1 000 EUR que prevé para las transferencias de fondos electrónicos el Reglamento (CE) nº 1781/2006;
- armonizar el enfoque en materia de identificación y/o confeccionar una lista de documentos de identidad expedidos por los Estados miembros y reconocidos en toda Europa para facilitar la identificación del cliente y la comprobación de su identidad;
- aclarar las obligaciones de ambas partes en caso de recurrir a un tercero.

Diligencia reforzada: ciertos interesados han propuesto que se adopte un enfoque más flexible para decidir el tipo de medidas de diligencia reforzada que deban aplicarse en función de los riesgos y el momento de aplicarlas. Así, por ejemplo, algunos Estados miembros han pedido que se reconsidere el enfoque por el que las operaciones a distancia se consideran automáticamente de alto riesgo y que la Directiva tenga debidamente en cuenta los nuevos modos y las nuevas tecnologías de pago. Podría contemplarse un enfoque que incorporara las normas revisadas del GAFI —atendiendo a los diversos tipos de factores que tuvieran que considerarse (riesgos planteados por el cliente, riesgos geográficos y factores de riesgo asociados al producto, al servicio o al canal de distribución)— y que reconociera al mismo tiempo que el nivel de riesgo es variable y que los factores de riesgo no deben analizarse aisladamente.

Diligencia simplificada: el marco de la UE prevé que algunos tipos de clientes o de productos que presenten un riesgo bajo de blanqueo de capitales puedan quedar exentos de los requisitos normales de diligencia debida. En esos casos, sin embargo, las entidades obligadas deben seguir garantizando una labor de seguimiento continuo para poder detectar cualquier transacción anómala. Este enfoque ha sido criticado en algunos informes de evaluación mutua del GAFI por considerar que se trata más de una exención completa que de un régimen simplificado. Un estudio realizado por el AMLC ha observado diferencias en la forma de aplicarse en los distintos Estados miembros la diligencia debida con respecto al cliente: mientras algunos de ellos otorgan a sus entidades una exención completa, otros exigen a las suyas la prueba de haber aplicado un nivel de medidas mínimo.

Las normas del GAFI permiten que los países autoricen a sus entidades financieras para aplicar medidas de diligencia simplificada si los riesgos de blanqueo de capitales o de

financiación del terrorismo son bajos y siempre que el país o la entidad financiera haya llevado a cabo el oportuno análisis de riesgos. Las normas establecen factores y ejemplos de situaciones de bajo riesgo.

Procedería estudiar la posibilidad de:

- aclarar que la diligencia simplificada no constituye una exención completa de las obligaciones de diligencia debida con respecto al cliente;
- establecer en la Directiva los factores de riesgo que hayan de tenerse en cuenta para decidir si la diligencia simplificada es o no adecuada o hacer figurar en ella ejemplos concretos de cuándo pueda aplicarse ese nivel de diligencia simplificado;
- elaborar orientaciones complementarias en materia de factores de riesgo (por ejemplo, orientaciones del AMLC en el caso del sector financiero);
- concretar (en la propia Directiva o en un documento de orientación) un conjunto mínimo de medidas que las entidades obligadas deban tener en cuenta en las situaciones de diligencia simplificada;
- introducir, de conformidad con las nuevas normas del GAFI, un enfoque basado en los riesgos para decidir si aplicar o no el régimen de diligencia simplificada al emprender una relación de negocios con otra entidad financiera registrada en la UE o con sede en un tercer país que se considere equivalente.

2.5. Personas del medio político (PMP)

La Tercera DBC define a las «personas del medio político» como aquellas «personas físicas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas importantes, así como sus familiares más próximos y personas reconocidas como allegados». Las entidades obligadas tienen el deber de aplicar medidas de diligencia reforzada cuando se trate de PMP que *residan* en otro Estado miembro o en un tercer país.

Las nuevas normas del GAFI han establecido para las PMP nacionales una serie de requisitos basados en los riesgos. Por ello, el nivel de las obligaciones aplicables en virtud de esas normas es distinto según se trate de PMP extranjeras o de PMP nacionales y tanto si se trata de clientes como de titulares reales. Según el GAFI, las PMP son personas a las que se han confiado funciones públicas fundamentales por cuenta de un país extranjero, de su propio país o de una organización internacional. Entre los requisitos aplicables a las PMP extranjeras no figura el de residencia. El GAFI ha introducido también algunos requisitos específicos para determinar si el beneficiario de una póliza de seguro de vida es o no una PMP.

En la encuesta realizada por Deloitte, ha habido quienes han considerado que la definición de PMP es demasiado general. Se ha informado así de algunos casos en que la amplia definición de familiares y de allegados ha planteado dificultades. Asimismo, junto a los problemas surgidos en relación con la disponibilidad, el coste y la exactitud de la información aportada por las bases de datos, se ha señalado la incertidumbre que suscita el tiempo que una persona deba ejercer una función pública antes de convertirse en PMP y se ha dudado de si la norma de la Directiva que dispone que una persona deje de ser PMP un año después de haber cesado en su cargo permite o no afrontar adecuadamente el riesgo potencial que plantee esa persona. Se duda también si la afirmación que se hace en uno de los considerandos de la Directiva,

según la cual la autorización de la dirección puede incluir «la aprobación ... del nivel jerárquico inmediatamente superior de la persona que solicita dicha autorización», es o no suficiente ya que podría tratarse de un miembro del personal cuya posición jerárquica fuera relativamente baja.

Los interesados del sector privado piden también de forma insistente que se adopten medidas de apoyo en materia de disponibilidad, fiabilidad y coste de los datos (nombres y categorías) de las PMP puestos a disposición de las entidades obligadas, así como en materia de protección de datos. La viabilidad y oportunidad de tales medidas tendría que analizarse cuidadosamente.

Habría que estudiar también la conveniencia de aclarar la Tercera DBC y la Directiva de ejecución⁹ a fin de tener en cuenta los cambios introducidos por el GAFI. Para ello, se podría, por ejemplo:

- incorporar a esos actos las nuevas disposiciones del GAFI relativas a las PMP nacionales y a las PMP de las organizaciones internacionales;
- suprimir el criterio de residencia;
- añadir disposiciones referentes al seguro de vida;
- establecer la necesidad de seguir aplicando a las PMP un enfoque basado en los riesgos incluso después de transcurrido un año desde el final de su mandato;
- clarificar la definición de «dirección».

2.6. Titulares reales

El análisis contenido en la presente sección no se limita a la cuestión del umbral, sino que examina de forma más amplia los otros aspectos que plantean los titulares reales dentro de la Tercera DBC.

2.6.1. Umbral del 25 % y titular real

El artículo 43 de la Tercera DBC dispone que la Comisión presente al Parlamento Europeo y el Consejo un informe sobre el límite porcentual establecido en el artículo 3, punto 6), «prestando especial atención a la posible conveniencia de disminuir del 25 al 20 % el porcentaje indicado en el artículo 3, punto 6), letra a), inciso i), y letra b), incisos i) y iii)».

El artículo 3, punto 6), de la Tercera DBC define al «titular real» como «la persona o personas físicas que posean o controlen en último término al cliente y/o la persona física por cuenta de la cual se lleve a cabo una transacción o actividad». La misma disposición aclara también los requisitos mínimos aplicables en el caso de las personas jurídicas y en el de las entidades jurídicas e instrumentos jurídicos que administren y distribuyan fondos. En el momento de adoptarse la Tercera DBC, se estimó que, para considerar a una persona «titular real» a los efectos del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, era suficiente que dicha persona ostentara el 25 % de la propiedad o de los derechos de voto o, en el caso de los fondos administrados, la titularidad del 25 % o más de los bienes.

⁹ Directiva 2006/70/CE de la Comisión.

Atendiendo a los resultados de la consulta realizada a los interesados y a las autoridades de los Estados miembros, el estudio Deloitte concluye que un número importante de interesados no es favorable a la disminución de ese porcentaje por considerar que, en lugar de aportar ventajas, incrementaría los costes de conformidad y las cargas administrativas. La Comisión, por lo demás, no ha recibido ningún otro elemento que justifique una modificación del umbral del 25 %.

La Comisión, no obstante, estudiará detenidamente la necesidad o no de modificarlo.

2.6.2. *Titular real y problemas de aplicación*

El AMLC¹⁰ ha observado que la forma de determinar el método de cálculo del umbral difiere de unos Estados miembros a otros. Mientras algunos de ellos consideran que el titular real en último término es la persona o personas que poseen o controlan a al menos el 25 % del cliente, otros estiman que ese titular es la persona o personas que poseen o controlan a al menos el 25 % del cliente o de cualquier entidad que posea como mínimo al 25 % del cliente.

Hay también otros aspectos de la definición que suscitan incertidumbre o que dan lugar a interpretaciones divergentes en los Estados miembros. Tal es el caso de la frase «las personas que ejerzan por otros medios el control de la gestión de una entidad jurídica», contenida en el artículo 3. Estas diferencias pueden plantear dificultades y aumentar los costes a nivel de grupo cuando se trate de articular procedimientos de identificación de los clientes y de evaluar los riesgos a ellos asociados. Pueden también menoscabar la igualdad de condiciones que debe reinar entre las entidades financieras y las empresas y profesiones no financieras designadas de los Estados miembros. La efectividad de la aplicación se ha visto también obstaculizada por la incertidumbre que suscita a los interesados del sector privado el concepto de medidas «adecuadas».

Las normas revisadas del GAFI adoptan un determinado enfoque para identificar al titular real y comprobar su identidad: establecen para ello una serie de medidas con las que encontrar a la persona física que detente una participación mayoritaria o (en caso de que no pueda encontrarse a nadie o de que haya dudas de que la persona que detente la participación mayoritaria sea el titular real) a la persona física que ejerza el control por otros medios. En caso de que las medidas en cuestión no permitan encontrar a esa persona física, es preciso identificar a la que ocupe la posición jerárquica más elevada. Pese al fuerte apoyo dado a este enfoque en los Estados miembros, hay un acuerdo general en considerar que la opción final (identificación de la persona que ocupe una posición jerárquica elevada) no debe verse como una forma de eludir la necesidad de conocer a la persona que controle en último término a una persona jurídica.

2.6.3. *Disponibilidad de información sobre el titular real*

En opinión de algunos interesados, la ausencia de información pública sobre los titulares reales viene a obstaculizar la aplicación práctica de los requisitos. Las entidades obligadas han reclamado, con el respaldo de organizaciones de la sociedad civil, que se lancen iniciativas de apoyo público en este tema. También la Estrategia de Seguridad Interior de la Comisión Europea ha destacado esta cuestión, indicando que «la UE, a tenor de los debates con sus socios internacionales en el marco del Grupo de Acción Financiera Internacional, debería

¹⁰

Informe sobre los aspectos jurídicos, reglamentarios y de supervisión de la aplicación en los Estados miembros de la UE de los requisitos de diligencia debida aplicables a los titulares reales en virtud de la Tercera Directiva en materia de blanqueo de capitales, 26 de septiembre de 2011.

considerar la revisión de la **normativa de la UE contra el blanqueo de capitales** con objeto de aumentar la transparencia de las personas jurídicas y de los acuerdos jurídicos»¹¹.

De igual forma, en su Resolución de 15 de septiembre de 2011, el Parlamento Europeo pidió a la Comisión que «convierta en un elemento clave de la próxima Directiva sobre blanqueo de capitales la lucha contra las sociedades instrumentales anónimas en paraísos fiscales»¹².

Las nuevas normas del GAFI requieren que los países garanticen la posibilidad de acceder a un conjunto de datos básicos en los registros mercantiles y/o en la sede de las propias empresas. Con relación a los instrumentos jurídicos, las normas reconocen el papel de los fideicomisarios como detentadores de la información relativa al titular real e introducen para ellos la obligación de desvelar su estatuto cuando establecen una relación con partes declarantes.

2.6.4. *Otras consideraciones*

Se podría examinar también la oportunidad de introducir en la Directiva algunos otros cambios, como, por ejemplo:

- aclarar la definición de «titular real» a la luz de las revisiones acordadas por el GAFI y de las conclusiones del AMLC;
- incorporar a la Directiva en materia de blanqueo de capitales o a otro instrumento jurídico existente en el ámbito del Derecho de sociedades medidas que promuevan la transparencia de las personas jurídicas y de los instrumentos jurídicos.

2.7. **Obligaciones de declaración**

El artículo 22, apartado 1, de la Tercera DBC dispone que las entidades o personas obligadas adviertan inmediatamente a las unidades de información financiera (UIF) cuando tengan motivos razonables para sospechar que se han cometido o se cometen acciones o tentativas de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo. Tal información deben facilitarla directamente, o «sin demora» ni filtración a través de un organismo autorregulador en caso de que el país haya designado uno para algunas profesiones no financieras. Por su parte, el artículo 35, apartado 3, establece que los Estados miembros velen por que, siempre que sea posible, se informe puntualmente de las declaraciones de transacciones que sean sospechosas.

Deben señalarse a este respecto las dudas que se han expresado en cuanto a la coherencia de los datos estadísticos relativos a las declaraciones de transacciones sospechosas¹³. Eurostat ha recabado de las UIF un volumen considerable de información referente a indicadores clave¹⁴. Hay, además, un documento de trabajo de los servicios de la Comisión¹⁵ que ha aclarado a

¹¹ Comunicación de la Comisión titulada: «La Estrategia de Seguridad Interior de la UE en acción: cinco medidas para una Europa más segura» [COM(2010) 673 final].

¹² Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de septiembre de 2011, sobre los esfuerzos de la Unión Europea en la lucha contra la corrupción.

¹³ El artículo 33 de la Tercera DBC establece los requisitos estadísticos mínimos que los Estados miembros están obligados a cumplir.

¹⁴ Véase el documento de trabajo de Eurostat titulado «*Laundering in Europe*»: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-RA-10-003/EN/KS-RA-10-003-EN.PDF

¹⁵ «*Commission Staff Working Paper on Anti-money laundering supervision of and reporting by payment institutions in various cross-border situations*» [SEC(2011) 1178 final de 4.10.2011]: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/financial-crime/20111104-paper_en.pdf

qué UIF nacional deben dirigirse las declaraciones en los casos de operaciones transfronterizas.

Convendría analizar si debe introducirse en la Directiva cierto número de aclaraciones y de nuevas disposiciones, concretamente:

- reforzar en el nuevo marco de la UE las disposiciones que obligan hoy a las UIF a devolver puntualmente a las entidades declarantes información de carácter genérico;
- establecer para los organismos autorreguladores un papel explícito en el proceso de declaración (por ejemplo, el establecimiento de orientaciones);
- introducir de forma expresa la obligación de transmitir la declaración a la UIF del país de acogida;
- aclarar que, en los casos en que los Estados miembros consideren que se esté filtrando la transmisión de las declaraciones de transacciones sospechosas, estudien seriamente la oportunidad de exigir su transmisión directa a las UIF;
- reforzar los requisitos que dispone para los datos estadísticos el artículo 33 con el fin de garantizar unas estadísticas más completas y comparables.

2.8. UIF

El artículo 38 de la Tercera DBC dispone que la Comisión facilite con su asistencia la coordinación entre las UIF, pero no aborda desde otras vías la cooperación entre ellas.

El marco actual de esa cooperación se basa en una Decisión del Consejo que data del año 2000¹⁶. Los debates celebrados en la plataforma de las UIF¹⁷ han puesto de manifiesto una serie de deficiencias en las disposiciones actuales. Así, por ejemplo, la cooperación en materia de financiación del terrorismo no está prevista en la Decisión; además, algunos sucesos internacionales han revelado en el pasado las dificultades que tienen las UIF para cooperar entre sí cuando se trata de hacer valer listas de personas designadas o para intervenir antes de que se transmita una declaración de transacción sospechosa. La experiencia práctica ha puesto de relieve que, cuando se interpreta de modo diferente la base jurídica que proporciona la Decisión, se plantean problemas para acometer formas específicas de cooperación (como, por ejemplo, un intercambio automático de información cuando existen lazos con otro Estado miembro). Algunos de los problemas para el intercambio de información se derivan de las distintas facultades que tienen conferidas las UIF a nivel nacional, incluidas las posibilidades de acceder a la información. Esto tiene sus consecuencias sobre la propia efectividad de la cooperación.

El Programa de Estocolmo para el período 2010-2014¹⁸ insta a la Comisión y a los Estados miembros a «fomentar el intercambio de información entre las unidades de información financiera (UIF)» a fin de combatir la corrupción y la delincuencia económica.

¹⁶ Decisión 2000/642/JAI del Consejo, de 17 de octubre de 2000, relativa a las disposiciones de cooperación entre las unidades de información financiera de los Estados miembros para el intercambio de información.

¹⁷ La plataforma de las unidades de información financiera de la UE fue establecida por la Comisión Europea en 2006. La plataforma reúne a las unidades de información financiera de los Estados miembros y su principal objetivo es facilitar la cooperación entre ellas.

¹⁸ DO C 115 de 4.5.2010, p. 1.

Se podría estudiar si procede o no recoger en la Directiva el último enfoque dado por el GAFI a las UIF. Los cambios introducidos por el Grupo requieren lo siguiente: que las UIF tengan acceso a la información obtenida por cualquier entidad obligada para cumplir las exigencias en materia de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo, que los países dispongan de mecanismos para determinar a su debido tiempo si una persona física o jurídica es titular de una cuenta o la controla y que toda solicitud de cooperación otorgue las mismas facultades que una declaración de transacción sospechosa efectuada a nivel nacional. En el contexto concreto de la UE, habría que tomar en consideración varias posibilidades: reforzar la cooperación entre las UIF de la Unión más allá de las normas internacionales, armonizar las facultades que tienen conferidas esas unidades a nivel nacional y tener en cuenta los trabajos que se están realizando hoy sobre este tema en el marco de la plataforma europea de las UIF. También se podría estudiar si integrar o no en la futura Directiva sobre el blanqueo de capitales las disposiciones relativas a la cooperación entre las UIF.

2.9. Cumplimiento a nivel de grupo

El artículo 34 de la Directiva dispone que las personas y entidades obligadas establezcan políticas y procedimientos «adecuados y apropiados» en materia de gestión de riesgos de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo.

En un documento de trabajo de 2009¹⁹, los servicios de la Comisión indicaron que las entidades financieras que operan en un contexto transfronterizo han optado en general por desarrollar una política a nivel de grupo para la lucha contra el blanqueo de capitales, particularmente dentro de la UE. Las nuevas normas del GAFI han introducido una disposición (acorde en gran medida con los trabajos realizados por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea) que obliga a los grupos financieros a adoptar contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo programas que engloben a la totalidad del grupo (sucursales y filiales) y que establezcan políticas y procedimientos para el intercambio de información dentro de él.

Convendría estudiar si deben incorporarse o no más exigencias a la nueva Directiva, teniendo en cuenta que la actual presupone ya en su artículo 31, apartado 1, y en su artículo 34, apartado 2, el cumplimiento de una serie de obligaciones a nivel de grupo. Habría que examinar también la conveniencia de aclarar algunos otros aspectos para corregir ciertos problemas de los que se hacía eco el documento de trabajo de los servicios de la Comisión. En este sentido:

- la noción de «grupo» sólo figura actualmente en el artículo 28, apartado 3, que, cuando se trata de un grupo, exime de la prohibición de divulgar dentro de él el hecho de que se haya transmitido una declaración de transacción sospechosa o de que se esté realizando una investigación en materia de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo; se podría, pues, integrar en el artículo 3 una definición del término «grupo» para posibilitar un ámbito de aplicación más amplio;
- se podría también introducir una disposición que, sin eximir de las obligaciones en materia de protección de datos, previera expresamente la posibilidad de autorizar que

¹⁹ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión titulado «*Compliance with the AML Directive by cross-border banking institutions at group level*» [SEC(2009) 939 de 30 de junio de 2009]: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/financial-crime/compli_cbb_en.pdf.

un grupo se intercambiara información sobre transacciones potencialmente sospechosas antes de presentarse la correspondiente declaración;

- asimismo, se podría analizar la posibilidad de autorizar la transmisión de información a los auditores de la sede central; no obstante, por no considerarse parte del «grupo», los auditores independientes no deberían beneficiarse de la exención prevista en el artículo 28, apartado 3.

2.10. Supervisión

La Tercera DBC dispone en su artículo 37 que los Estados miembros exijan a las autoridades competentes las tareas de supervisión y las medidas necesarias para garantizar que las personas y entidades obligadas cumplan los requisitos en ella establecidos.

Pese a abordar el tema de la supervisión en el marco de la lucha contra el blanqueo de capitales y de las obligaciones de declaración que incumben a las entidades de pago, el documento de trabajo de los servicios de la Comisión antes indicado²⁰ tiene implicaciones más amplias en lo que atañe a las cuestiones de competencia del país de origen y del país de acogida que se plantean en otros ámbitos. Dicho documento precisa cómo deben cumplirse las normas del país de acogida en materia de blanqueo de capitales cuando se trata de:

- la asignación de las facultades de supervisión entre las autoridades del país de origen y las del de acogida;
- las facultades de las autoridades del país de acogida en materia de prevención y de ejecución;
- la capacidad que —con sujeción al respeto del criterio de proporcionalidad— se confiere a las autoridades del país de acogida para imponer la obligación de establecer un «superagente» o un punto de contacto central para los agentes o de tener en su territorio un funcionario responsable de controlar el cumplimiento de las obligaciones.

El AMLC está trabajando actualmente en la elaboración de su propio protocolo, el cual vendrá a materializar las aclaraciones hechas por la Comisión.

Habría que estudiar la oportunidad de introducir más precisiones en la nueva Directiva y de aclarar la articulación entre, por una parte, las disposiciones en materia de pasaportes de la Directiva de los servicios de pago y de la Directiva sobre el dinero electrónico y, por otra parte, el cumplimiento de las normas del país de acogida en materia de lucha contra el blanqueo de capitales. Se podría regular con más precisión la forma de ejercer en las situaciones transfronterizas las facultades de supervisión en la lucha contra el blanqueo de capitales. Así, por ejemplo, cabría disponer que las autoridades del país de acogida estuviesen facultadas para imponer sanciones —incluida la de poner fin a una actividad en caso de que los procedimientos de vigilancia debida con respecto al cliente no se aplicaran suficientemente— o se podrían también adoptar disposiciones que se centraran en la cooperación, el intercambio de información y la delegación de responsabilidades. Asimismo,

²⁰

Véase la nota de pie de página 15.

podría estudiarse la posibilidad de introducir en la nueva Directiva disposiciones que regularan la cooperación entre las autoridades.

2.11. Organismos autorreguladores

El artículo 37, apartado 5, de la Tercera DBC permite que los organismos autorreguladores de algunos sectores (auditores, contables externos, asesores fiscales, notarios y otros profesionales del Derecho) controlen y garanticen el cumplimiento de las obligaciones en materia de lucha contra el blanqueo de capitales. El artículo 23, por su parte, autoriza la designación de un organismo autorregulador pertinente para que canalice a las UIF las declaraciones de transacciones sospechosas.

Las normas del GAFI reconocen el papel de los organismos autorreguladores siempre que éstos garanticen que sus miembros cumplan sus obligaciones en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Dichas normas contemplan también la posibilidad de que esos organismos establezcan directrices y ofrezcan información sobre la forma de aplicar las disposiciones nacionales, particularmente para la declaración de las transacciones sospechosas. Sin embargo, en el curso de las consultas realizadas por la Comisión, algunos Estados miembros han puesto en entredicho la oportunidad de seguir atribuyendo esas funciones a los organismos autorreguladores.

Habría que estudiar si los organismos autorreguladores deben continuar encargándose de garantizar el cumplimiento de las obligaciones en materia de lucha contra el blanqueo de capitales o si, siguiendo la trayectoria de las normas del GAFI, es preciso definir con más precisión las funciones de esos organismos (por ejemplo, encomendándoles expresamente la tarea de facilitar en el contexto de esa lucha orientaciones en materia de cumplimiento y de declaraciones). En las consultas de la Comisión, se ha sugerido también la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva para autorizar que los organismos profesionales del sector inmobiliario puedan también —siempre que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 37, apartado 2, de la Tercera DBC— asumir responsabilidades en materia de seguimiento y control del cumplimiento de las disposiciones en materia de lucha contra el blanqueo de capitales.

2.12. Equivalencia de terceros países

La Tercera DBC permite que se apliquen medidas de diligencia más ligeras cuando se trate de entidades financieras que estén situadas en los países de la UE y del EEE. Esas medidas más ligeras se hacen extensivas a las entidades situadas en países terceros que imponen en la lucha contra el blanqueo de capitales obligaciones consideradas «equivalentes» a las establecidas en la Directiva. El artículo 11, apartado 4, de la Tercera DBC dispone que los Estados miembros se informen mutuamente e informen a la Comisión de los casos en que consideren que un tercer país cumple efectivamente las disposiciones de la UE en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Para coordinar sus enfoques en materia de equivalencia, los Estados miembros han acordado —en el marco de un protocolo titulado «*Common Understanding on the Procedures and Criteria for the Recognition of Third Countries' Equivalence*»²¹— una lista que se actualiza regularmente con los países terceros que se consideran equivalentes.

²¹

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/financial-crime/3rd-country-common-understanding_en.pdf

La Tercera DBC no confiere a la Comisión Europea el mandato de establecer una lista «positiva» vinculante de países terceros considerados equivalentes. La evaluación de la equivalencia de un tercer país es competencia de los Estados miembros. En ese contexto, la Comisión se limita a desempeñar un papel facilitador, aunque, si se mantiene el sistema, está dispuesta a garantizar que el proceso que se siga para el establecimiento de esa lista sea fiable y transparente. Debe señalarse, sin embargo, que, a la vista de la nueva orientación hacia un enfoque basado en los riesgos, ha habido algunos Estados miembros que han dudado de la oportunidad de mantener en la nueva Directiva el concepto de equivalencia.

Convendría estudiar:

- si, habida cuenta de la creciente preferencia por un enfoque basado en los riesgos, es necesario o no un régimen de equivalencia en la nueva Directiva;
- si sigue siendo necesario o no el establecimiento de las «listas» de equivalencia y, en caso afirmativo, si hay un papel que deba desempeñarse a nivel de la UE (por ejemplo, adopción de un enfoque normativo en la Directiva, mantenimiento del enfoque intergubernamental actual, atribución al AMLC del mandato de trabajar en este tema, etc.);
- si sigue siendo o no adecuado mantener en la Directiva una disposición (en la actualidad el artículo 40, apartado 4) que permite la inclusión de un Estado miembro en una «lista negra», pero que no ha llegado a aplicarse nunca hasta ahora;
- si se precisa o no un enfoque coordinado a nivel de la UE para poder coordinar las medidas que deban tomarse en respuesta al proceso de establecimiento de listas del GAFI.

2.13. Sanciones administrativas por incumplimiento de la Directiva

La Tercera DBC dispone en su artículo 39, apartado 2, que los Estados miembros impongan medidas o sanciones administrativas adecuadas a las entidades financieras que incumplan las disposiciones nacionales derivadas de ella. Esas medidas y sanciones deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

El estudio Deloitte observa que todos los Estados miembros han establecido un régimen nacional de sanciones que se impone en caso de incumplimiento de las disposiciones de la Directiva y que esas sanciones tienen una aplicación efectiva en la práctica. Sin embargo, según el mismo estudio, la diversidad de regímenes nacionales es tan grande que resulta imposible comparar las sanciones que imponen los distintos Estados miembros.

Se podría estudiar la posibilidad de seguir un enfoque similar al adoptado en la Comunicación de la Comisión que lleva por título «Regímenes sancionadores más rigurosos en el sector de servicios financieros»²². Tal enfoque permitiría una mayor armonización de esos regímenes gracias a un conjunto de normas mínimas comunes que tendrían que aplicarse a los aspectos fundamentales de los mismos.

²² Comunicación de la Comisión titulada «Regímenes sancionadores más rigurosos en el sector de servicios financieros» [COM(2010) 716 final de 8 de diciembre de 2010: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0716:FIN:EN:PDF>]

2.14. Protección de los datos personales

La mayoría de los interesados del sector privado considera que es necesario garantizar una mayor interacción entre las obligaciones que impone la lucha contra el blanqueo de capitales y las que exige la protección de los datos personales. Un estudio²³ realizado en 2008 por la Plataforma de las UIF trató de identificar los eventuales puntos de convergencia entre las normativas que regulan esos dos ámbitos y los aspectos en los que deberían superarse los conflictos entre ambas. El documento de trabajo de los servicios de la Comisión de 2009²⁴ concluyó que la interferencia entre la normativa del blanqueo de capitales y las normas nacionales en materia de protección de datos personales tiene una importante incidencia en las políticas de lucha contra el blanqueo de capitales a nivel de grupos bancarios y viene a obstaculizar un intercambio de información efectivo dentro de los grupos.

En junio de 2011, el Grupo de trabajo «artículo 29» sobre la protección de datos emitió su dictamen «14/2011»²⁵, que aborda la interacción entre la regulación de la lucha contra el blanqueo de capitales y la de la protección de datos desde una perspectiva mucho más amplia que la de la mera transferencia de información. El dictamen propone que, para que esa protección sea efectiva, las cuestiones relacionadas con ella se integren en mayor medida en la normativa de la lucha contra el blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Más concretamente, además del establecimiento de unos regímenes de tipo «push» para compartir los datos (quien los detenta los transmite, en lugar de limitarse a permitir el acceso a ellos), el dictamen propugna que se realicen evaluaciones del modelo de gestión global de riesgos en el ámbito de la privacidad, que se pongan en servicio funcionarios responsables de la protección de datos en los diferentes organismos o entidades que intervengan en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y que se segmente la gestión de los riesgos a nivel local. Preconiza también que en las legislaciones se establezcan plazos claros y precisos para la conservación de datos. Algunos de los aspectos del dictamen «14/2011» han quedado reflejados en las propuestas que se han publicado recientemente para actualizar la normativa de la UE en materia de protección de datos²⁶.

Convendría estudiar la introducción en la Directiva revisada de un conjunto de normas claras y equilibradas que regularan la forma de tratar los datos personales para garantizar el cumplimiento efectivo de las obligaciones en materia de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y para respetar al mismo tiempo los derechos fundamentales. En la línea de la evolución que acaba de describirse en el ámbito de la protección de datos, es posible que se precisen disposiciones más detalladas para tener en cuenta, entre otras cosas, los principios que rigen el tratamiento de los datos personales y para aportar una base jurídica tanto a ese tratamiento como a la restricción proporcionada de los derechos del sujeto cuando tal restricción sea necesaria para alcanzar los objetivos de la Directiva, y siempre que existan salvaguardias adecuadas y que se garantice la coherencia con el acervo en materia de protección de datos. Convendría, además, examinar si, con vistas a una aplicación más equilibrada de las normas, es oportuno fortalecer la interacción entre los reguladores de la lucha contra el blanqueo de capitales y las autoridades supervisoras de la protección de datos.

²³ «Report on Confidentiality and data protection in the activity of FIUs»: http://ec.europa.eu/internal_market/company/financial-crime/index_en.htm#fiu-report-money

²⁴ Véase la nota de pie de página 20.

²⁵ «Opinion 14/2011 on data protection issues related to the prevention of money laundering and terrorist financing», 01008/2011/EN, WP 186, 13 de junio de 2011: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2011/wp186_en.pdf

²⁶ Véanse las propuestas de la Comisión en materia de protección de datos [COM(2012) 11 final y COM(2012) 10 final]: http://ec.europa.eu/justice/newsroom/data-protection/news/120125_en.htm.

3. EVALUACIÓN DE LA COMISIÓN DEL TRATO DISPENSADO EN LA DIRECTIVA A LOS ABOGADOS Y A OTROS PROFESIONALES INDEPENDIENTES DEL DERECHO

El artículo 42 de la Tercera DBC dispone que la Comisión presente al Parlamento Europeo y al Consejo un informe en el que se realice un examen específico del trato reservado a los abogados y a otros profesionales independientes del Derecho.

Los notarios y otros profesionales independientes del Derecho entran en el ámbito de aplicación general de la Directiva, aunque los Estados miembros pueden eximirles en virtud del artículo 23, apartado 2, de la obligación de declarar las transacciones sospechosas y, más concretamente, «la información que éstos reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos». Además, el apartado 1 de ese mismo artículo permite la designación de «un organismo autorregulador pertinente de la profesión» para que sea a él al que se dirija la información en primera instancia en lugar de enviársela directamente a la UIF. En ese caso, el organismo autorregulador designado está obligado a transmitir «de inmediato» a la UIF esa información «sin filtrar».

3.1. Secreto profesional

Según la información de la que dispone la Comisión, todos los Estados miembros han optado por integrar en su legislación nacional la excepción prevista para los abogados en el artículo 23, apartado 2, de la Directiva, pero sin precisar cuándo la obligación de declarar prevalece sobre la confidencialidad debida al cliente. Esta situación suscita inquietud entre los profesionales del Derecho, que con regularidad denuncian la posibilidad de que las obligaciones que impone la Directiva violen la obligación de secreto profesional de los abogados y el derecho fundamental a un juicio justo y una defensa equitativa.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció en su día sobre este tema²⁷. Aunque la sentencia dictada se refería a la Directiva 91/308/CEE, las principales conclusiones del Tribunal son válidas también para la Tercera DBC. Atendiendo a esa sentencia, puede considerarse que las obligaciones impuestas a los profesionales del Derecho en la lucha contra el blanqueo de capitales no infringen el derecho a un juicio justo que garantizan el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

De hecho, las obligaciones que dispone la Directiva sólo se aplican a los profesionales del Derecho cuando asisten a sus clientes en la preparación o realización de ciertas transacciones —particularmente las financieras o inmobiliarias [artículo 2, apartado 1, punto 3), letra b)]— o cuando participan en nombre o por cuenta de su clientela en cualquier transacción financiera o inmobiliaria. Por lo general, esas actividades no afectan al derecho a un juicio justo ya que, por su naturaleza, se desarrollan en contextos que no guardan conexión con un procedimiento judicial.

Además, cuando a un profesional del Derecho que interviene en una transacción inmobiliaria se le pide su asistencia para defender a un cliente o representarle ante los tribunales o para asesorarle sobre la forma de incoar o de evitar un procedimiento judicial, dicho profesional

²⁷ Asunto C305/05, Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros contra el Consejo de Ministros, sentencia de 26 de junio de 2007, apartado 33.

queda —en virtud del artículo 9, apartado 5, párrafo segundo, y del artículo 23, apartado 2, de la Directiva— exento de lo que dispone el mismo artículo 9, apartado 5, en su párrafo primero, y de las obligaciones de declaración y cooperación que prevé el apartado 1 del artículo 23. Esto salvaguarda el derecho del cliente a un juicio justo.

En cuanto a la aplicación de la Tercera DBC, el derecho a un juicio justo debe protegerse en todos los casos por medio de normas nacionales suficientemente claras y precisas que permitan a los profesionales del Derecho distinguir entre las situaciones en las que sea aplicable la obligación de declaración y aquellas otras en las que no lo sea.

Al preparar su revisión de la Directiva, la Comisión, en consulta con las partes interesadas, examinará esta cuestión en su evaluación de impacto, analizando en especial, de conformidad con la política existente²⁸, la posible incidencia en los derechos fundamentales.

3.2. Declaraciones de transacciones sospechosas

El estudio Deloitte considera que la proporción que representan las declaraciones de transacciones sospechosas realizadas por algunas profesiones no financieras (particularmente abogados) es baja en comparación con la de las declaraciones efectuadas por las entidades financieras. Dado que el bajo nivel de declaraciones que registran algunas jurisdicciones resulta preocupante, convendría, como ya se ha indicado en la sección 2.7, examinar las formas de elevar ese nivel.

3.3. Definición de transacción

El artículo 2, apartado 1, punto 3), letra b), dispone que la Directiva se aplicará a «los notarios y otros profesionales independientes del Derecho cuando participen, ya actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria, ya asistiendo en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente» relativas a una serie de actividades que se enumeran (compraventa de bienes inmuebles, gestión de fondos del cliente, etc). Teniendo en cuenta que los representantes de los abogados han preguntado qué «transacciones» son las cubiertas por la Directiva, convendría estudiar la posibilidad de aclarar este extremo.

3.4. Medidas de vigilancia debida con respecto al cliente

Los representantes de los abogados han pedido que se les permita cumplir los requisitos de «vigilancia debida con respecto al cliente» dentro de un plazo razonable, y no necesariamente, como dispone el artículo 7 de la Directiva, al comenzar su relación con la clientela. Las normas del GAFI²⁹ requieren que la identificación del cliente y la comprobación de su identidad se lleven a cabo al inicio mismo de la relación de negocios. No obstante, los países pueden permitir que las tareas de comprobación se lleven a cabo lo antes posible después de ese inicio, siempre que los riesgos de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo se estén gestionando efectivamente y que ese lapso de tiempo sea esencial para no interrumpir el desarrollo normal de los negocios. El artículo 9 de la Tercera DBC contiene una disposición similar que deja esta cuestión a la discrecionalidad de los Estados miembros.

²⁸ Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea [COM(2010) 573 final].
²⁹ Recomendación 11 (ex 10).

Se ha propuesto también, por otra parte, suprimir el requisito de facilitar —«siempre que pueda solicitarse»— información sobre la identidad de los titulares reales en el caso de las cuentas agrupadas pertenecientes a notarios y otros profesionales independientes del Derecho [artículo 11, apartado 2, letra b)]. Sin embargo, las nuevas normas del GAFI han suprimido la referencia a las cuentas agrupadas como ejemplos de escenarios de bajo riesgo. Será necesario estudiar la forma de recoger en la nueva Directiva de la UE la regulación que haya de darse a esas cuentas.

* * *

En vista de lo que antecede, no parece necesario revisar de forma sustancial el trato dispensado a los abogados en la nueva Directiva. Sí parece, en cambio, oportuno prestar más atención al problema que representa el bajo nivel de declaraciones de transacciones sospechosas.

4. CONCLUSIÓN

El presente Informe pasa revista a las diversas cuestiones que plantean la revisión de la Tercera DBC por la Comisión, las revisiones de las recomendaciones del GAFI y las disposiciones de la Directiva que obligan a la Comisión a informar al Parlamento Europeo y al Consejo. En general, parece que el marco normativo actual funciona relativamente bien, y no se ha detectado ninguna deficiencia importante que exija introducir cambios sustanciales en la Tercera DBC. No obstante, será preciso revisar la Directiva para actualizarla en consonancia con las recomendaciones revisadas del GAFI. En este contexto, una cuestión que tendrá que estudiarse es el nivel de armonización que deba presentar el futuro marco de la UE y un importante reto al que habrá que hacer frente será lograr que los esfuerzos se centren en la mejora de la eficacia de las normas. El GAFI está trabajando ya en ese objetivo.

La Comisión invita a los interesados a presentar sus observaciones sobre las cuestiones que se plantean en este Informe, así como sobre el eventual impacto —incluido en los derechos fundamentales garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁰— de las modificaciones que puedan introducirse en la Tercera DBC. Las observaciones deberán enviarse no después del **13 de junio de 2012** a la dirección electrónica siguiente: MARKT-AML@ec.europa.eu

Las observaciones recibidas se tendrán en cuenta en las propuestas legislativas de revisión de la Directiva que se presentarán más adelante dentro de este año. Dichas observaciones se recogerán en el sitio web de la Comisión, a menos que se solicite lo contrario por motivos de confidencialidad. La Comisión, además, publicará un resumen de los resultados de la consulta.

* * *

Anexo: transferencias electrónicas transfronterizas

Pese a no entrar en el ámbito de aplicación de la Tercera DBC, la regulación de las transferencias electrónicas transfronterizas constituye un importante elemento de las normas del GAFI. La Unión Europea ha aplicado íntegramente por medio de un reglamento

³⁰ Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea [COM(2010) 573 final].

separado³¹ las normas del Grupo existentes en la actualidad. Además, para responder a las obligaciones que le incumben en virtud de la cláusula de revisión que figura en el artículo 19 de ese reglamento, la Comisión está preparando en estos momentos un estudio sobre la aplicación del mismo. Sus resultados se tendrán en cuenta en la propuesta que se presente más adelante para recoger los cambios introducidos recientemente en las recomendaciones del GAFI. Las nuevas normas adoptadas por este Grupo exigen que en las transferencias electrónicas se incluya información sobre el titular y obligan expresamente a tomar medidas de congelación en respuesta a las resoluciones de las Naciones Unidas.

El estudio en curso reunirá información sobre el funcionamiento en los Estados miembros del Reglamento (CE) nº 1781/2006 y sobre los problemas que haya podido plantear su aplicación y hará recomendaciones sobre las mejoras que sean necesarias.

La Comisión garantizará que la introducción de las nuevas normas de la UE en materia de transferencias de fondos se sincronice con la revisión de la Tercera DBC.

³¹ Reglamento (CE) nº 1781/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de noviembre de 2006 , relativo a la información sobre los ordenantes que acompaña a las transferencias de fondos.