

**La lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del  
terrorismo tras la adhesión de España a la UE**

**The fight against money laundering and terrorist financing  
since Spain joined the EU**

**Ana Rosa Flores Martín**

Universidad Complutense de Madrid (España)  
anarosaflorasmartin@ucm.es

**Fernando González Botija**

Universidad Complutense de Madrid (España)  
dp143@ucm.es

Recepción: Septiembre 2016

Aceptación: Noviembre 2016

**SUMARIO:** El blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo se desarrollan normalmente en un contexto internacional. Si sólo se adoptasen medidas en el nivel nacional o comunitario, sin tomar en consideración este aspecto internacional, no se podría luchar eficazmente contra estos problemas. El Derecho comunitario en esta materia ha tenido muy en cuenta la normativa internacional, especialmente las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional. Por su parte, España ha adaptado su legislación a las reglas tanto internacionales como comunitarias. El Tribunal de Justicia de la UE ha dictado dos sentencias en relación con nuestro país y la aplicación de la Directiva 2005/60.

**Palabras clave:** Sistema financiero. Blanqueo de capitales. Financiación del terrorismo.

**Clasificación JEL:** K32.

**ABSTRACT:** Money laundering and terrorist financing are frequently carried out in an international context. Measures adopted solely at national or even Community level, without taking account of international coordination and cooperation, would have very limited effects. The Community action take particular account of the international law, especially Recommendations of the Financial Action Task Force. Spain has adapted its legislation to Community and international standards. The European Court of Justice has issued two judgments concerning Spanish law implementing the Directive 2005/60.

**Key words:** Financial System. Money laundering. Terrorist financing.

**JELclassification:** K32.



## **1. INTRODUCCIÓN**

El blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo son fenómenos que en los últimos tiempos han preocupado y preocupan enormemente a las autoridades, no sólo a nivel europeo y español que es donde nos vamos a centrar más en este trabajo.

Si bien la ocultación de las ganancias procedentes de actividades ilícitas es algo que ha existido siempre, lo cierto del caso es que la gran dimensión que ha adquirido el blanqueo de capitales se remonta a la década de los 80, momento en el que aparece (indisolublemente) ligado al tráfico de drogas. Es a partir de este momento cuando el fenómeno adquiere una relevancia extraordinaria y de ahí que empiece a surgir una mayor preocupación por parte de las autoridades, lo que se ha traducido en continuos esfuerzos legislativos para tratar de acabar con él. El narcotráfico ha experimentado un gran desarrollo en el siglo XXI, crecimiento que se ha visto favorecido por dos acontecimientos de gran trascendencia: el desarrollo económico occidental y el proceso de globalización de la economía<sup>1</sup>. Esto ha hecho que las personas dedicadas al narcotráfico consiguiesen una enorme acumulación de capital y un consiguiente desarrollo de estructuras y organizaciones que les permitían continuar con su actividad y expandirla y, al mismo tiempo, eludir la acción de la justicia, al resultarles a las autoridades más difícil el combatirlos<sup>2</sup>. Por tanto, el blanqueo como tal empezó a perseguirse de modo más contundente a partir de este momento, y principalmente como medida para evitar la expansión del narcotráfico. Además, la constatación de que el blanqueo de capitales se desarrollaba a través del sistema financiero y con gran facilidad debido a una serie de circunstancias<sup>3</sup>, es lo que hizo que desde el ámbito internacional se empezase a legislar en la materia.

93

En verdad, el blanqueo de dinero supone un problema grave, puesto que a través del mismo tratan de aflorar al sistema financiero capitales o rentas ilícitas. No poner fin a este fenómeno supone contar en la economía con capitales procedentes de actividades ilícitas, muchas veces provenientes del crimen organizado. Aunque existen posturas a favor de que estos capitales tributen, lo cierto del caso es que esta solución no termina de ser respaldada por la mayoría de la doctrina. Parece, por tanto, claro, que hay que combatir el blanqueo de capitales, también conocido como “lavado de dinero”. A día de hoy se está persiguiendo el blanqueo utilizando como herramienta principal el comiso de las ganancias del delito, en orden a evitar que a los delincuentes les salga rentable delinquir.

Por otro lado, hay que advertir que la normativa en materia de blanqueo de capitales ha evolucionado de la mano de la que se ocupa de la financiación del terrorismo. A partir de los atentados de Nueva York del 11 de setiembre, los Gobiernos tomaron verdadera conciencia del problema que suponía el terrorismo internacional y a partir de ese

momento los esfuerzos de armonización legislativa y coordinación en este ámbito han sido verdaderamente inmensos.

En estas dos materias (blanqueo de capitales y financiación del terrorismo) existe, por un lado, una normativa de carácter preventivo, constituida por normas de tipo administrativo, y, por otro, una normativa de carácter penal, consecuencia también de la adaptación de nuestra normativa al ordenamiento europeo, y cuyo máximo exponente es el Código Penal, en el que aparecen tipificados como delitos el blanqueo y la financiación del terrorismo, a través de unos tipos penales que han ido evolucionando hasta llegar a ser enormemente amplios<sup>4</sup>. De hecho, parte de la doctrina ha criticado la amplitud de dichos tipos, puesto que tendrían encaje en los mismos prácticamente cualquier conducta<sup>5</sup>. Ha sido el propio Tribunal Supremo en algunas Sentencias recientes el que ha tratado de ir limitando el alcance del tipo. No obstante, en este artículo sólo nos vamos a centrar en estudiar la normativa administrativa que regula este fenómeno.

Existe por tanto una extensa legislación restrictiva de la libre circulación de capitales que ha tratado de impedir que estos fenómenos proliferen. Por ello se han llevado a cabo importantes esfuerzos, tanto a nivel mundial como europeo.

94

Al tratarse de problemas de dimensión global resulta imprescindible un esfuerzo de coordinación y cooperación internacional. Por ello vamos a empezar llamando la atención en este punto sobre algunos instrumentos del Derecho internacional que han servido y sirven para combatirlos y sin los cuales no se entiende bien todo lo hecho en el plano comunitario y español que lo desarrolla. Precisamente son textos adoptados justo después de la adhesión de nuestro país a la entonces denominada Comunidad Económica Europea y que van a marcar el rumbo de lo que se va a legislar tanto en Europa como en España.

## **2. EL BLANQUEO DE CAPITALES Y LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO: PROBLEMAS DE DIMENSIÓN INTERNACIONAL**

Podemos empezar<sup>6</sup> trayendo a colación la Declaración de principios de Basilea, de 12 de diciembre de 1988 sobre prevención en la utilización del sistema bancario para blanquear fondos de origen criminal. Esta Declaración fue elaborada por los representantes de los Bancos Centrales y autoridades monetarias de los países miembros del Grupo de los Diez en diciembre de 1988. Estos países eran: Alemania, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, Países Bajos, Reino Unido y Suecia, más Suiza. Este texto hace referencia en su Preámbulo a una de las primeras iniciativas de cooperación internacional que se llevó a cabo para luchar contra el blanqueo de dinero procedente del crimen organizado y del narcotráfico: se trata de un informe elaborado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en junio de 1980. En este



informe ya se llegó a la conclusión de que el sistema bancario podía tener un papel preventivo muy eficaz y era necesaria su colaboración. Continúa el Preámbulo diciendo que los supervisores bancarios deben fomentar el respeto de las reglas de deontología por parte de los bancos y de otras instituciones financieras. Esta Declaración contiene únicamente reglas deontológicas, y no de carácter legal y obligatorio. La explicación de esto reside en que el Comité de Basilea sobre Regulación y Supervisión Bancaria, que fue quien aprobó esta Declaración, carecía de capacidad normativa para vincular a los Estados miembros. La Declaración buscaba reforzar las prácticas bancarias existentes y, particularmente, alentar la vigilancia contra la utilización del sistema de pagos con fines criminales, promover la puesta en marcha de medidas preventivas eficaces y favorecer la cooperación con las autoridades encargadas del cumplimiento de las leyes. El fin último que perseguía era conseguir un mayor grado de cooperación, exhortando a los bancos para que estableciesen procedimientos eficaces para asegurarse de conocer la identidad de toda persona que tratase con su institución y para desanimar la realización de operaciones de apariencia ilegal. El Comité pretendía también hacer una llamada de atención a los supervisores de otros países, buscando la aprobación mundial de la Declaración<sup>7</sup>. En el último apartado de la Declaración, se establecía un deber de los bancos de adoptar expresamente políticas conforme a los principios enunciados en la misma, además de asegurar que todo su personal estuviese bien informado de las mismas. Señalaba también que convendría formar al personal en estas materias. Para promover la adhesión a estos principios los bancos debían poner en práctica procedimientos específicos que permitiesen la identificación de la clientela y la conservación de registros contables de las operaciones. Para terminar, proponía promover la auditoría interna.

95

En el mismo año que la Declaración de Basilea se aprueba la “Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, adoptada en Viena el 20 de diciembre de 1988, texto ratificado por más de 160 Estados y que entró en vigor el 11 de noviembre de 1990<sup>8</sup>. Al estar vinculado el blanqueo de capitales en sus orígenes –de un modo tan directo, como hemos advertido antes- con el narcotráfico, resulta muy pertinente recoger aquí esta reglamentación.

Este instrumento normativo, cuyo destinatario son los Estados, ha sido, sin duda alguna, el que mayor influencia ha tenido en las normativas nacionales en lo que a la lucha contra el blanqueo de capitales se refiere. Por primera vez se va a dar una definición de “blanqueo de capitales”. Va a recoger la idea de que el medio más eficaz para luchar contra este fenómeno es privar a los narcotraficantes del producto y beneficio de sus actividades delictivas. Aunque la Convención de Viena regula numerosos aspectos relacionados con la materia, hay algunos que son de especial relevancia. Podemos resaltar, por ejemplo, que se limita el ámbito de aplicación de las normas de blanqueo de capitales: las normas en ella contenidas se refieren única y exclusivamente a los capitales procedentes del narcotráfico. Además, los Estados firmantes asumen la obligación de tipificar como delito en su derecho interno una serie de conductas

relativas al blanqueo de capitales (art. 3.1 de la convención). El art. 3.1 recoge una serie de conductas tipificadas con gran minuciosidad, apoyándose en el art. 1. Recoge, junto a los supuestos relativos a la producción, manipulación y tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas otros supuestos que encajarían como conductas de blanqueo de capitales<sup>9</sup>. La Convención regula una serie de circunstancias agravantes en el art 5.3, prescindiendo de las que son directamente aplicables al narcotráfico<sup>10</sup>. También presta atención a los principios que deben regir la aplicación de las penas para este tipo de delitos. Así, de acuerdo con el principio de proporcionalidad se establece la aplicación de sanciones proporcionadas a la gravedad de estos delitos como prisión, otras formas de privación de libertad, sanciones pecuniarias y el decomiso<sup>11</sup>, atendiendo a la gravedad de los hechos.

Por último, podemos destacar que se hace un llamamiento a la cooperación internacional como medio más eficaz para combatir este tipo de actividades delictivas a través de instrumentos como la extradición (art.6), la asistencia judicial recíproca (art.7), la remisión de actuaciones penales (art.8) así como otras formas de cooperación (arts. 9, 10 y 11).

96

Años después ve la luz el Convenio del Consejo de Europa sobre el blanqueo, identificación, embargo y decomiso de los productos derivados de actos delictivos de Estrasburgo. Existen dos textos diferentes: el primero quedó abierto a la firma el 8 de noviembre de 1990 y el segundo es fruto de las revisiones llevadas a cabo por un Comité de Expertos, cuyos trabajos finalizaron el 18 de febrero de 2005. A partir de los sucesos del 11-S ampliaron el contenido original para incorporar los problemas relativos a la financiación del terrorismo. Ambos textos pueden coincidir en su aplicación.

El primero de los textos aludidos supuso una de las iniciativas más importantes en esta materia a nivel internacional, junto con el Convenio de Viena. El texto contiene un conjunto de medidas antiblanqueo similares a las que recoge la Convención de Viena con dos diferencias fundamentales: incluye aspectos procesales en relación con la cooperación internacional y generaliza las conductas relativas al blanqueo de capitales a las procedentes de cualesquiera actividades delictivas. Los arts. 2 a 6 establecen un deber de los Estados de tomar medidas en el nivel nacional, en orden a conseguir: la confiscación de los instrumentos y de los productos o de los bienes cuyo valor corresponda a productos derivados de actividades delictivas, la identificación y la búsqueda de los bienes sometidos a confiscación, así como la prevención de cualquier operación, transferencia o enajenación relativa a estos bienes, habilitar a los Tribunales o autoridades competentes para que puedan ordenar la presentación o embargo de expedientes bancarios, financieros o comerciales, sin que pueda invocarse el secreto bancario para impedir esta prevención y permitir el empleo de técnicas especiales de investigación que faciliten la identificación y búsqueda del producto del delito, así como la reunión de pruebas referentes al mismo (vigilancia de cuentas bancarias, intervención de las telecomunicaciones, etc. art 4). El art. 6 impone a los Estados la



obligación de tipificar como delito las siguientes conductas: a) la conversión o transferencia de bienes cuando el que lo hace sabe que esos bienes constituyen producto de un delito con el fin de disimular u ocultar el origen ilícito de dichos bienes o de ayudar a cualesquiera de las personas que se encuentren implicadas en la comisión de la infracción principal a escapar de las consecuencias jurídicas de sus actos y b) la ocultación o alteración de la naturaleza, del origen, de la situación, de la disposición, del movimiento o de la propiedad real de bienes y derechos aquí referidos de los cuales el agente sabe o el autor sabe que estos bienes constituyen producto de una infracción penal. Estos apartados no quedan sometidos a reserva, y constituyen el núcleo central del concepto de blanqueo de capitales.

El segundo de los textos sigue la misma estructura que el anterior, pero contiene diferencias (ampliaciones) en cuanto al objeto, los órganos y los procedimientos. Este texto se aplica también a la financiación del terrorismo, que se diferencia del blanqueo en que los fondos pueden ser de origen lícito. Viene recogido en el Capítulo II. En el art. 1.4 se remite al art. 2 de la Convención Internacional para la supresión de la financiación del terrorismo de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1999, que entró en vigor el 10 de abril de 2002 para definir la financiación del terrorismo<sup>12</sup>. Por otro lado, este texto crea la figura de las Unidades de Información Financieras (FIUs). Se trata de un organismo nacional central encargado de recibir, analizar y comunicar a las autoridades competentes los datos financieros obtenidos sobre bienes o derechos que generen sospecha de proceder de un delito, o estén relacionados con la financiación terrorista, así como los datos e informaciones enviadas por los sujetos obligados a colaborar con este órgano, en virtud de la normativa nacional en la materia. En España este organismo es el SEPBLAC. El Convenio establece la obligación de que la FIU de cada Estado tenga acceso directo o indirecto a la información financiera, administrativa y policial necesaria para el adecuado ejercicio de sus funciones. El Capítulo V regula el intercambio de información entre las FIUs, la cual queda protegida por las normas de tratamiento de datos personales automatizados.

97

A continuación debemos hacer referencia al Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). Se trata de un grupo de trabajo intergubernamental que fue creado por los Jefes de Estado y de Gobierno del Grupo de los Siete (EEUU, Japón, Alemania, Francia, Reino Unido, Italia y Canadá) en la cumbre celebrada en París en julio de 1989 con la misión de estudiar y promover las medidas destinadas a combatir el blanqueo de capitales procedente fundamentalmente del tráfico de drogas y la financiación del terrorismo. También forman parte la Comisión europea y otros países comunitarios como Suecia, Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Suiza, Austria y España a fin de tener en cuenta su punto de vista, por tratarse de países especialmente afectados por este fenómeno. En la actualidad se han adherido los países económicamente más desarrollados, además de organizaciones regionales como la UE representada por la Comisión europea y el Consejo de Cooperación del Golfo. El GAFI tiene encargadas funciones de estudio y asesoramiento pero no puede tomar decisiones ejecutivas.

El GAFI aprobó su primer informe en abril de 1990, en el que se contienen cuarenta recomendaciones<sup>13</sup> que han incidido decisivamente en las legislaciones nacionales de los países miembros<sup>14</sup>. Se trata de recomendaciones carentes de valor jurídico. Son propuestas aprobadas por el Grupo que tienen la finalidad de ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos de los países miembros directamente o a través de la ratificación de convenios y tratados internacionales. La importancia práctica de las mismas resulta más que evidente, pues más de 130 países las aplican. Las recomendaciones se encuentran agrupadas en varios bloques principales.

Las primeras recomendaciones (1 a 3) contienen unos “Principios generales”, introduciéndose unos ejes fundamentales sobre los que giran las medidas propuestas para luchar contra el blanqueo de capitales. El primer eje es la tipificación como delito del blanqueo de capitales, tomando como base tanto el Convenio de Viena como la Convención de 2000 de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. A juicio del GAFI el delito de blanqueo debería aplicarse a los delitos más graves. En el Glosario aparecen hasta veinte tipos de delitos que podrían considerarse como subyacentes (desde participación en grupo delictivo organizado hasta hurto o robo). Será cada Estado el que debe decidir sobre este punto y determinar esas graves infracciones, además del tráfico ilícito de estupefacientes, que deben entrar en el concepto de blanqueo. Las restantes recomendaciones introducen medidas institucionales y de otro tipo necesarias para combatir el lavado de activos y la financiación del terrorismo. La recomendación cuarta señala que las leyes de confidencialidad de las instituciones financieras no deben impedir la aplicación de las Recomendaciones. El principio de confidencialidad no puede ser aplicado de la misma forma a todo tipo de profesiones o entidades, sino que ha de tenerse en cuenta la actividad y obligaciones jurídicas y morales de cada una de ellas. Se introduce un procedimiento de debida diligencia (DDC) y registros actualizados sobre los clientes. Este apartado se refiere a las instituciones financieras. Se refiere a la obligación de identificación y verificación de los clientes<sup>15</sup>. En el caso de personas expuestas políticamente deben aplicarse con el máximo rigor las reglas de aceptación de clientes. La recomendación décimo tercera recoge la obligación de las instituciones financieras de comunicar a las autoridades o a la FIU cualquier operación sobre la que existan sospechas o fundamentos racionales de que determinados fondos son el producto de una actividad delictiva o están relacionados con el terrorismo. La décimo cuarta exime de responsabilidad (penal y civil) a las entidades y funcionarios que informan de buena fe a la FIUs de sus sospechas sobre determinadas operaciones. Estas medidas también se aplican a entidades no financieras según establece la recomendación dieciséis. En las diecisiete a veinte se incluyen otras medidas para impedir el lavado de activos y la financiación del terrorismo<sup>16</sup>. Las recomendaciones veinte y veintiuno prevén medidas a adoptar con respecto a países donde no se aplican las Recomendaciones del GAFI o se las aplica insuficientemente. Los países que no apliquen las recomendaciones o las apliquen insuficientemente podrían ver agravada su situación por la aplicación de





contramedidas por parte de los otros países. Finalmente, las restantes recomendaciones abordan cuestiones diversas como la especial relevancia cobra la cooperación internacional, la asistencia legal mutua, la extradición y el intercambio de información, así como el deber de los Estados de tener un sistema adecuado de regulación y supervisión tanto para actividades y profesiones financieras como no financieras<sup>17</sup>.

Finalmente, podemos hacer hincapié en las resoluciones 2199(2015) y 2253(2015) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, las cuales pedían medidas que impidieran el acceso de los grupos terroristas a las instituciones financieras internacionales. Además, en abril de 2015, el G-20 solicitó mejoras en la aplicación de las normas internacionales en materia de transparencia, incluida la mejora de la disponibilidad de información sobre la titularidad real. Estas normas internacionales las ha elaborado el **GAFI**.

### **3. NORMATIVA EUROPEA**

La libre circulación de capitales ha sido una de las libertades fundamentales de la UE desde su constitución como comunidad económica<sup>18</sup>. Como ha ocurrido con otras libertades, la tarea de crear un mercado único de capitales en Europa ha ido progresando a lo largo de los años y de las sucesivas reformas de los tratados. Ahora bien, en esa labor por eliminar todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países, la UE se ha topado con múltiples dificultades. Una de ellas es precisamente la necesidad de tener que adoptar medidas adecuadas para evitar que esa libertad sirva para dar cobertura a todo tipo de actividades ilegales. De hecho el TFUE dispone en su art. 83.1 que el Parlamento y el Consejo podrán establecer, mediante directivas, normas mínimas relativas a la definición de infracciones penales y sanciones en determinados ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. Dentro de esos ámbitos se cita expresamente el tema del blanqueo de capitales y el terrorismo<sup>19</sup>.

99

Hay que advertir que las instituciones europeas han sido muy activas en este terreno. Así, desde la perspectiva internacional, han intervenido directamente en la creación del GAFI y en sus reuniones. También han ratificado el Convenio de Viena. Aprovechando este impulso exterior, desde la perspectiva interna han trabajado constantemente desde comienzos de la década de los noventa, es decir, poco después de adherirse nuestro país, para crear instrumentos comunitarios destinados a prevenir la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales.

Ya en 1990<sup>20</sup> formuló una propuesta de Directiva, que una vez tramitada dio lugar a la conocida como Primera Directiva sobre la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o Directiva 91/308/CEE, del Consejo de las Comunidades

Europeas, de 10 de junio<sup>21</sup>. Fue el primer paso en la lucha contra el blanqueo de capitales en la medida en que suponía la primera de una serie de medidas tendentes a coordinar los esfuerzos en la materia a nivel comunitario. La Directiva incluyó un aspecto represivo y otro preventivo. Consideró necesario articular políticas preventivas que intensificasen los controles de carácter preventivo para evitar el blanqueo de capitales, lo que se hizo mediante normas de carácter administrativo dirigidas a quienes desarrollasen su actividad en el ámbito financiero. Destacaron varios principios: 1) conocer al cliente ‘Know your customer’, 2) colaboración con las autoridades y 3) establecimiento de procedimientos internos de control y de programas de formación del personal al servicio de las instituciones financieras. En cuanto a la tipificación del delito de blanqueo de capitales, las diferencias respecto de la Convención de Naciones Unidas son muy escasas, pues se inspiró en aquélla. Las divergencias eran las siguientes: se ampliaron las conductas a los supuestos de blanqueo de bienes procedentes de cualquier delito. Si bien se remitía al art. 3.1 de la Convención, amplió el ámbito de las actividades delictivas previas a todas las definidas como tales a efectos de la Directiva por los Estados miembros, con especial hincapié en los delitos de terrorismo y organización criminal. Por otro lado desapareció la sanción de las conductas de provocación, al igual que en el Convenio del Consejo de Europa. Por último, desapareció la cláusula de reserva. Ya no existía por tanto la distinción entre conductas de obligada sanción, y aquellas condicionadas a los principios constitucionales y conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico de cada Estado. Todas las conductas recogidas en la Directiva eran de obligada punición por los Estados miembros.

100

Habrà que esperar una década para que aparezca la Segunda Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales<sup>22</sup>. Su finalidad era ampliar la prohibición del blanqueo de capitales, de manera que comprendiese no sólo los delitos de tráfico de drogas, sino también otros delitos graves. La nueva redacción definía la actividad delictiva como cualquier tipo de participación en la comisión de un delito grave y a continuación señala qué delitos se consideran graves: cualquiera de los delitos contemplados en la letra a) del apartado 1 del art. 3 de la Convención de Viena, las actividades de las organizaciones delictivas definidas en el art.1 de la Acción Común 98/733/JAI(12), el fraude según se define en el apartado 1 del artículo 1 y el art. 2 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, al menos en los casos graves; la corrupción y los delitos que puedan generar beneficios considerables y que sean sancionables con pena grave de prisión de acuerdo con el Derecho Penal del Estado miembro. Igualmente extendió las obligaciones de la Directiva a otras profesiones, de carácter no financiero: auditores, contables externos y asesores fiscales; agentes de la propiedad inmobiliaria; notarios y otros profesionales independientes del Derecho cuando interviniesen en ciertas actividades; personas que



comercian con artículos de elevado valor, como piedras o metales preciosos, u objetos de arte, subastadores, cuando el pago se realice en efectivo y en cuantía igual o superior a 15.000 euros; y casinos.

Pocos años después se aprobará la Tercera Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo<sup>23</sup>, norma de mínimos que arranca con una propuesta de la Comisión de 2004. Esta Directiva establece disposiciones más concretas sobre la identificación de clientes y la diligencia debida. Un cambio relevante fue la inclusión de disposiciones expresas sobre las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF o FIU): *“Todos los Estados miembros establecerán una UIF”* y garantizarán que *“la UIF tenga acceso, directa o indirectamente, en el plazo requerido, a la información financiera, administrativa y policial que necesite para llevar a cabo sus funciones de manera adecuada”* (art.21). Se modificaron las circunstancias en las que surge la obligación de informar, pues las entidades y personas sujetas a la Tercera Directiva deben informar *“por iniciativa propia, y sin demora, a la UIF cuando la entidad o persona sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva sepan, sospechen o tengan motivos razonables para sospechar que se han cometido o se cometen acciones o tentativas de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo”* (art. 22.1 a)). Añade como sujetos obligados: a los intermediarios en seguros de vida, fideicomisos, proveedores de servicios a sociedades y personas que negocien con bienes de forma profesional y acepten grandes sumas en efectivo. Impone obligaciones a los directores de casas de cambio, casinos y fideicomisos. Se ha producido un cambio de especial relevancia en relación con la prohibición de revelación prevista en el art 28: se ha eliminado la posibilidad de que los Estados miembros eximan a los abogados de esta obligación, que se incluyó en 2001, ya que no se acomodaba a la versión revisada de las 40 Recomendaciones. El art. 28.6 dice que cuando los abogados y otros profesionales del derecho intenten disuadir a un cliente de una actividad ilegal ello no constituirá revelación. Otro cambio es la obligación de no revelación al cliente o a terceros de que puede realizarse una investigación. Establece la aplicación de la normativa también a sucursales o filiales en paraísos fiscales. Se debe informar a los sujetos obligados sobre las consecuencias de la omisión o inexactitud de sus comunicaciones. Establece la posibilidad de ejecutar operaciones sospechosas sin perjuicio del bloqueo de los fondos para financiar actividades terroristas. Habla también de la cooperación de las FIUs, de un sistema sancionador eficaz y crea un Comité de prevención de blanqueo y financiación del terrorismo.

Actualmente está en vigor la Cuarta Directiva (UE) 2015/849<sup>24</sup>. Las recomendaciones del GAFI se están aplicando de forma generalizada en la UE a través de esta Cuarta Directiva contra el blanqueo de capitales. Según DE ANDRÉS PÉREZ, S<sup>25</sup> esta norma presenta las siguientes novedades: 1º) la inclusión expresa del delito fiscal como delito subyacente al delito de blanqueo (art.3); 2º) el refuerzo del sistema de enfoque basado en el riesgo (arts.6 a 8); 3º) la creación de una lista negra comunitaria de terceros países

de alto riesgo (art.9); 4º) la reducción del importe de pagos en efectivo relativos a comercio de bienes (art.11. c)<sup>26</sup>; 5º) se amplía el control sobre las transacciones efectuadas en el sector del juego (art.11.d); 6º) desaparecen los supuestos tasados de no aplicación de medidas de diligencia debida y de aplicación de medidas de diligencia debida simplificada (arts.15, 16 y 17); 7º) se introduce la exención de determinadas obligaciones a notarios, otros profesionales independientes del derecho, auditores, contables externos, asesores fiscales y agencias inmobiliarias (arts.14.1 y 34.2); 8º) se crea un registro de titulares reales (arts.30 y 31); 9º) se amplían los colectivos de entidades obligadas que pueden dotarse de un órgano centralizado de prevención (arts.34.1); 10º) se refuerza la comunicación de buena fe de información a la UIF (art.37); 11º) se incluyen nuevas obligaciones en materia de conservación de documentos (art.40) y de protección de datos (art.41.3) y 12º) se establecen sanciones a entidades obligadas por conductas de sus directivos (art.60.6).

Con todo, hay que advertir que recientemente tanto el Consejo de la UE como el Consejo Europeo solicitaron en diciembre de 2015 que se revisase y reforzase la legislación comunitaria contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. La Comisión publicó una propuesta de modificación de la cuarta Directiva el 5 de julio de 2016. Forma parte del Plan de acción para intensificar la lucha contra la financiación del terrorismo presentado por la propia Comisión en 2016. El Consejo adoptó unas Conclusiones sobre el Plan el 12 de febrero de 2016<sup>27</sup>. La justificación de esta propuesta reside en la importancia de modernizar el marco jurídico vigente para combatir las amenazas terroristas y las ligadas al uso de las nuevas tecnologías en las transacciones financieras. La legislación para prevenir la financiación del terrorismo debe adaptarse periódicamente para hacer frente a nuevos riesgos en constante evolución. Entre las fuentes de estos riesgos se encuentran la innovación tecnológica y su falta de regulación, la aparición de nuevos instrumentos financieros y la creciente globalización de las organizaciones terroristas<sup>28</sup>. En las Conclusiones se pide a la Comisión que presente propuestas con los siguientes objetivos:

1º) aumentar las competencias de las Unidades de Información Financiera y la cooperación entre éstas<sup>29</sup>,

2º) reforzar los controles sobre determinadas formas de pago, entre ellas, los mecanismos o instrumentos de prepago anónimos<sup>30</sup> y regular las plataformas de cambio de monedas virtuales y los proveedores de monederos electrónicos<sup>31</sup>.

3º) establecer el deber de las sociedades, los fideicomisos y otras estructuras jurídicas de ser más transparentes y responsables para mitigar y prevenir los riesgos relacionados con la delincuencia financiera. Un ámbito en el que es necesario seguir trabajando es el de la información sobre la titularidad real de las empresas y otras personas jurídicas<sup>32</sup>.



4º) reforzar y armonizar los controles de los flujos financieros procedentes de terceros países de alto riesgo<sup>33</sup>.

5º) adecuar la legislación de la UE a la evolución de la situación mundial arriba examinada.

De acuerdo con la Comisión, estas nuevas normas no crearían obstáculos al uso normal del sistema financiero e incluirían salvaguardias adecuadas de las libertades económicas y los derechos fundamentales, en particular la protección de datos.

#### **4. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA TRAS LA ADHESIÓN**

##### ***4.1. Normativa nacional***

Como no podía ser de otra manera, cada una de las Directivas que ha elaborado la UE, han tenido su correlativo en la legislación española, a través de la promulgación de una serie de leyes y reglamentos en la materia. De hecho, la normativa española actualmente vigente es el resultado de adaptar a nuestro ordenamiento las Directivas europeas y las recomendaciones internacionales del GAFI que, como vimos atrás, se adoptaron a poco de entrar España en la entonces Comunidad Económica Europea<sup>34</sup>.

103

Actualmente, a nivel represivo está vigente el CP tras la reforma operada por LO 1/2015 y a nivel administrativo está en vigor la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo<sup>35</sup>, resultado de transponer en su momento la Tercera Directiva. Esta nueva ley refuerza el funcionamiento del sistema financiero español y de otros operadores económicos, para evitar que puedan ser utilizados en el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Esta ley introduce como novedades más destacables las siguientes<sup>36</sup>:

1º) La definición del blanqueo de capitales prevista en la ley se extiende a las actividades de blanqueo de capitales procedentes de cualquier delito, incluido el delito contra la Hacienda Pública.

2º) Desaparece nominalmente la distinción entre sujetos obligados de régimen general y simplificado, y se da homogeneidad a las obligaciones aplicables a la totalidad de sujetos obligados, aunque manteniéndose ciertos regímenes singulares.

3º) Se incluyen como nuevos sujetos obligados: registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes inmuebles; toda persona que preste servicios a terceros tales como: constitución de sociedades u otras personas jurídicas, ejerzan funciones de dirección o secretaría de una sociedad, socio de una asociación o funciones similares en relación con otras personas jurídicas o dispongan que otra persona ejerza dichas funciones; faciliten un domicilio social o una dirección

comercial, postal, administrativa y otros servicios afines a una sociedad, una asociación o cualquier otro instrumento o persona jurídica; ejerzan funciones de fideicomisario en un fideicomiso (“trust”) expreso o instrumento jurídico similar o dispongan que otra persona ejerza dichas funciones; ejerzan funciones de accionista por cuenta de otra persona o dispongan que otra persona ejerza dichas funciones, excepto las sociedades que coticen en un mercado regulado y estén sujetas a obligaciones de información conforme a derecho comunitario o a normas internacionales equivalentes; las personas físicas o jurídicas que comercien profesionalmente con bienes, en la medida en que los cobros o pagos se efectúen con determinados medios de pago por importe superior a 15.000 euros.

4º) Modula las obligaciones de diligencia debida en diferentes grados, a cada uno de los cuales se aplica un tipo de medidas: medidas normales, medidas simplificadas (se amplían los supuestos en los que no se aplican las medidas de diligencia debida atendiendo a clientes u operaciones o productos), medidas reforzadas (se introducen novedades en corresponsalía bancaria transfronteriza y se prohíbe contratar con “bancos pantalla”). Se establece la obligación de aplicar medidas reforzadas de diligencia debida en el caso de mantener relaciones de negocio con personas con responsabilidad pública.

5º) En cuanto a la obligación de información se introducen varias novedades: obligación de examen especial de cualquier hecho u operación que presente indicios de simulación o fraude; en lo que se refiere a la comunicación por indicio se extiende la obligación de los sujetos obligados de comunicar al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias del Banco de España (en lo sucesivo Sepblac) la mera tentativa –en estos casos el sujeto obligado registrara la operación como no ejecutada, comunicando al Sepblac la información que se haya podido obtener–; se exime a los abogados de cumplir las obligaciones de no entablar relaciones de negocio, comunicaciones por indicio y colaboración con la Comisión con respecto a la información que reciban de sus clientes al defenderles en procesos judiciales (la ley se aparta en este punto de la Tercera Directiva que habilita a los Estados a extender esta no sujeción también a los notarios, auditores, contables externos y asesores fiscales); se incorporan matices a la prohibición de revelación (no impedirá la comunicación de información entre entidades que pertenezcan al mismo grupo; entre auditores de cuentas, contables externos, asesores fiscales, abogados y procuradores cuando ejerzan su actividad profesional dentro de una misma entidad jurídica o en una red; entre entidades financieras o entre auditores de cuentas, contables externos, asesores fiscales, abogados y procuradores, cuando pertenezcan a la misma categoría profesional y estén sujetos a obligaciones equivalentes de secreto profesional y protección de



datos de carácter personal y se trate de un mismo cliente y una misma operación).

6º) Se amplía el plazo de conservación de documentos de 6 a 10 años.

7º) Se exige expresamente al sujeto obligado la confección de un manual de prevención que deberá mantenerse actualizado con información completa sobre las medidas de control interno. Igualmente, se impone a los sujetos obligados la necesidad de establecer por escrito y aplicar políticas y procedimientos adecuados para asegurar altos estándares éticos en la contratación de empleados, directivos y agentes.

8º) La ley prevé también planes de formación para los empleados que habrá de aprobar el órgano de control interno con una periodicidad anual.

#### ***4.2. La normativa española ante el Tribunal de Justicia de la UE***

Cabe hacer referencia a dos asuntos sobre nuestro país que ha conocido el Tribunal de Justicia de la UE referidos a la aplicación de la Tercera Directiva.

105

##### **4.2.1. El caso Comisión contra España.**

En primer lugar podemos citar un caso de 2009<sup>37</sup> que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión al entender que no había sido informada por el Reino de España de las disposiciones adoptadas por éste para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva 2005/60 y al no disponer tampoco de otros datos que le permitiesen concluir que dicho Estado miembro había cumplido su obligación de ajustarse a la citada Directiva. El Reino de España afirmó que si bien todavía no se había llevado a cabo la plena y efectiva adaptación de su Derecho interno a la Directiva 2005/60, ello no daba lugar, no obstante, a una falta de regulación en dicho Estado miembro de las conductas definidas en la Directiva como actividades de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo<sup>38</sup>. Por otra parte, aunque reconocía que la correcta y plena adaptación del Derecho español a la Directiva no se había realizado, expuso diversas circunstancias que, a su juicio, merecían ser tomadas en consideración al apreciar el retraso sufrido en la completa adaptación del ordenamiento interno a dicha Directiva. En primer lugar, era conveniente esperar, antes de presentar un proyecto de ley, a que un grupo de expertos externos, a saber, el Grupo de Acción Financiera, presentase sus conclusiones sobre el sistema español de prevención del blanqueo de capitales. En segundo lugar, se alegó que, puesto que la Directiva 2005/60 estaba relacionada con la Directiva 2006/70, una vez publicada esta última, en agosto de 2006, pudo iniciarse la elaboración de un proyecto de ley que adaptase el Derecho interno a ambas Directivas simultáneamente. En tercer lugar, precisó que el fin de la legislatura en enero de 2008 y la celebración de elecciones generales, en el mes de marzo siguiente, que darían lugar a la formación de un nuevo Gobierno, implicaron una inevitable ralentización del examen y aprobación de los proyectos de textos legislativos. En cuarto

lugar, señaló que, durante el año 2008, el Ministerio de Economía y Hacienda, encargado de un anteproyecto de ley de adaptación del Derecho interno a la Directiva, dedicó todos sus esfuerzos a implementar medidas destinadas a luchar contra la «gran crisis económica». En último lugar, precisó que la completa adaptación del Derecho interno a la Directiva 2005/60 se estaba llevando a cabo mediante la elaboración de un anteproyecto de ley que complementaría la regulación anterior. La adaptación del ordenamiento jurídico interno a la Directiva 2005/60 constituía una prioridad en el inmediato calendario legislativo. Se aludía, además, a una reforma de la normativa española en materia de prevención del blanqueo de capitales operada en enero de 2005, sin aportar no obstante precisiones al respecto.

Al no convencer estos argumentos al ejecutivo comunitario, planteó recurso ante el Tribunal de Luxemburgo que decantó su pronunciamiento claramente a su favor. De entrada observa el Tribunal que, si bien el Reino de España sostiene que la normativa nacional vigente no es contraria a la Directiva 2005/60, no deja de ser cierto, por una parte, que las alegaciones formuladas por dicho Estado miembro ante el Tribunal de Justicia no contienen argumento alguno capaz de fundamentar la tesis de que esa normativa podría constituir –contrariamente a lo que afirma la Comisión– una adaptación correcta y plena del Derecho interno a la Directiva, y, por otra parte, que el citado Estado miembro reconoce expresamente que tal adaptación no se ha llevado a cabo en el plazo señalado. Por lo tanto, es un hecho acreditado que, al expirar el plazo señalado en el dictamen motivado, el Reino de España no había adoptado todas las medidas necesarias para garantizar la completa adaptación de su Derecho interno a la Directiva 2005/60. Además, se desprende de la jurisprudencia que, cuando una directiva prevea expresamente que las disposiciones de adaptación del Derecho interno a la citada directiva hagan referencia a esta última o vayan acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial, es necesario adoptar un acto positivo de adaptación del Derecho interno. En el caso de autos, el artículo 45, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2005/60 dispone que las medidas de adaptación del Derecho interno deberán incluir una referencia a aquélla o ir acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Pues bien, el Reino de España no alega que las disposiciones legales que invoca cumplan dicho requisito. Por otra parte, contrariamente a lo que afirma el Reino de España, sus consideraciones expuestas no justifican el retraso, claramente admitido por dicho Estado miembro, en la completa adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2005/60. En efecto, basta señalar a este respecto que el propio Reino de España ha reconocido en su escrito de contestación que era posible proceder a la adaptación del Derecho interno a la citada Directiva desde su publicación, el 25 de noviembre de 2005, en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. Además, puesto que el Reino de España alega que el retraso experimentado en la adaptación del Derecho interno a la Directiva 2005/60 se debe al hecho de que la legislatura tocaba a su fin y a la celebración de elecciones legislativas en 2008, procede señalar que, según jurisprudencia reiterada, un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su





ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una directiva. Por lo que respecta a la afirmación, expuesta en el apartado 15 de la presente sentencia, de que el Ministerio competente no pudo dedicar sus esfuerzos a la adaptación correcta y completa del Derecho interno a la Directiva 2005/60, basta señalar que, aun suponiendo que así fuese, dicha circunstancia no justifica la falta de adaptación completa de dicha Directiva, como el propio Reino de España ha admitido en su escrito de contestación. Por último, las disposiciones de los textos legislativos mencionados que, según el Reino de España, contribuyen a garantizar una conformidad parcial del régimen jurídico español con las exigencias de la Directiva 2005/60, se expusieron por vez primera en el escrito de contestación presentado por dicho Estado miembro, y de forma poco precisa. Pues bien, sin que sea preciso averiguar en el caso de autos en qué medida tales disposiciones podrían garantizar esa conformidad parcial, recuerda que, según la jurisprudencia, las disposiciones de Derecho nacional invocadas por primera vez en el escrito de contestación ante el Tribunal de Justicia no deben tener efecto sobre el fundamento de una imputación basada en la falta de comunicación de la información requerida dentro del plazo fijado en el dictamen motivado<sup>39</sup>.

#### **4.2.2. El reciente caso Safe Interenvíos, S.A**

107

El Tribunal de Justicia ha conocido este año de una cuestión prejudicial donde ha tenido que abordar un interesante caso que afectaba a la aplicación de la Directiva 2005/60/CE (en lo sucesivo, «Directiva sobre blanqueo de capitales»)<sup>40</sup>. Safe Interenvíos, S.A. (en lo sucesivo, «Safe»), es una entidad de pago que gestionaba la transferencia de fondos a otros Estados miembros distintos de aquel en que se hallaba domiciliada o a terceros Estados utilizando las cuentas que mantenía en entidades de crédito. Varios Bancos cancelaron las cuentas de Safe tras la negativa de ésta a facilitarles la información relativa a sus clientes y al origen y destino de los fondos transferidos que le habían solicitado. Todo ello a raíz de ciertas irregularidades observadas por el Banco de España en relación con los agentes autorizados por Safe para realizar transferencias de fondos utilizando sus cuentas. El 11 de mayo de 2011, BBVA informó de estas irregularidades al Sepblac, declarándole que sospechaba de la implicación de Safe en actividades de blanqueo de capitales. El 22 de julio de 2011, BBVA notificó a Safe la cancelación irrevocable de su cuenta. Safe impugnó la decisión de BBVA, así como decisiones similares de otros dos Bancos (Liberbank, S.A y Banco de Sabadell, S.A), ante el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona. Alegó que la cancelación de su cuenta era un acto de competencia desleal que le impedía operar normalmente transfiriendo fondos a otros Estados distintos del de su domicilio. Safe adujo que estaba legalmente obligada a abrir una cuenta corriente en una entidad bancaria para poder efectuar tales transferencias de fondos, como había hecho en los Bancos, y que competía en el mercado con éstos. Alegó que facilitar los datos solicitados a los Bancos era contrario a la normativa nacional sobre protección de datos. Los Bancos nunca le habían exigido anteriormente que facilitara los datos solicitados y que la práctica se inició cuando los Bancos se acogieron a la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de

capitales y de la financiación del terrorismo<sup>41</sup>, que incorporó al Derecho español la Directiva sobre blanqueo de capitales. Safe alegó que BBVA no estaba obligado a adoptar medidas de diligencia debida con respecto a sus clientes si eran entidades financieras, porque éstas son directamente supervisadas por los poderes públicos, en este caso, por el Banco de España. En segundo lugar, que en España únicamente el Sepblac puede tener acceso a los datos relativos a los clientes de las entidades de pago. En tercer lugar, que aun suponiendo que BBVA hubiese estado obligado a adoptar tales medidas de diligencia debida, debería haber llevado a cabo previamente un estudio minucioso y exhaustivo de la política de Safe para cumplir con la normativa aplicable. Safe señala que, en el caso de autos, BBVA se limitó a solicitar un informe pericial que fue elaborado utilizando sus propios datos. También alega que la Ley 10/2010 no se aplica a aquellas personas, como los agentes, que proporcionan apoyo a las entidades financieras para la transmisión de fondos.

Los Bancos contestaron que las medidas adoptadas se ajustaban a lo dispuesto en la Ley 10/2010, en particular debido al riesgo inherente a la transferencia de fondos por parte de una entidad a Estados distintos del de su domicilio y que no eran contrarias al Derecho de competencia. El 25 de septiembre de 2012, el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona desestimó la demanda de Safe. Declaró que los Bancos estaban facultados para exigir a Safe que adoptase medidas reforzadas de diligencia debida y que facilitase datos relativos a sus clientes, facultad que estaba condicionada a que hubiesen advertido en la conducta de Safe indicios de infracción de lo establecido en la Ley 10/2010. La cuestión de si estaba justificada la cancelación de las cuentas de Safe por parte de los Bancos debía examinarse en cada caso concreto. Declaró que ninguno de los Bancos había infringido una prohibición específica de conducta contraria a la competencia, pero que Sabadell y Liberbank, a diferencia de BBVA, habían incurrido en una conducta desleal, al no haber expuesto los motivos que justificaban las medidas adoptadas por ellas. En cambio, consideró que la conducta de BBVA estaba justificada porque se basaba en comprobaciones que ponían de manifiesto que el 22 % de las transferencias realizadas a través de la cuenta de Safe durante el período comprendido entre el 1 de septiembre y el 30 de noviembre de 2010 no habían sido efectuadas por agentes autorizados de Safe identificados ante el Banco de España. Por otra parte, durante dicho período las transferencias fueron efectuadas por 1291 personas, cifra que supera ampliamente el número de agentes de Safe. Un informe pericial había subrayado asimismo el riesgo que implican las transferencias no efectuadas por agentes identificados. Safe, Sabadell y Liberbank recurrieron esta resolución ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que expuso que todas las partes del procedimiento principal están sujetas a la Ley 10/2010, puesto que están comprendidas dentro de las categorías enumeradas en el artículo 2 de dicha Ley, que incluye a las entidades de crédito y a las entidades de pago. Además, todas ellas compiten en el mercado y realizan la misma actividad de transferencia de fondos a Estados distintos de aquel en que están establecidas. Los envíos de fondos al extranjero requieren necesariamente que disponga



de cuentas corrientes. Ahora bien, las entidades de pago, como Safe, han de llevarla a cabo utilizando cuentas que mantienen con entidades de crédito, como los Bancos.

La Audiencia Provincial decidió plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia sobre interpretación del artículo 11, apartado 1, en relación con los artículos 5, 7 y 13 de la Directiva 2005/60/CE<sup>42</sup>. En sustancia se trataba de saber si, a la luz de la Directiva sobre blanqueo de capitales (tal como fue correctamente transpuesta), los Estados miembros pueden disponer que una entidad de crédito puede ser autorizada a aplicar medidas (reforzadas) de diligencia debida con respecto al cliente de una entidad de pago y si la aplicación de tales medidas depende de un análisis del riesgo y pueden éstas incluir que se exija a una entidad de pago facilitar a una entidad de crédito datos relativos a sus propios clientes y a los destinatarios de los fondos transferidos al extranjero.

El Tribunal de Justicia señala que los artículos 5, 7, 11, apartado 1, y 13 de la Directiva 2005/60/CE, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la española, que, por una parte, permite la aplicación de medidas normales de diligencia debida con respecto a los clientes cuando éstos son entidades financieras cuyo cumplimiento de las medidas de diligencia debida es objeto de supervisión si existen sospechas de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo en el sentido del artículo 7, letra c), de dicha Directiva y, por otra parte, obliga a las entidades y personas sujetas a la citada Directiva a aplicar, en función de su apreciación del riesgo, medidas reforzadas de diligencia debida con respecto al cliente en aquellas situaciones que, por su propia naturaleza, puedan presentar un riesgo más elevado de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo en el sentido del artículo 13, apartado 1, de esa misma Directiva, como el envío de fondos. Además, aun cuando no existan tales sospechas o tal riesgo, el artículo 5 de la Directiva 2005/60, permite a los Estados miembros adoptar o mantener en vigor disposiciones más estrictas, siempre que tengan como finalidad reforzar la lucha contra el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

109

La Directiva 2005/60 debe interpretarse en el sentido de que las entidades y personas sujetas a la misma no pueden socavar la función de supervisión que las autoridades competentes han de ejercer, con arreglo al artículo 21 de la Directiva 2007/64/CE<sup>43</sup>, respecto de las entidades de pago, ni pueden sustituir a esas autoridades. La Directiva 2005/60, en su versión modificada por la Directiva 2010/78, debe interpretarse en el sentido de que, si bien una entidad financiera puede, en cumplimiento de la obligación de supervisión que le incumbe con respecto a sus clientes, tener en cuenta las medidas de diligencia debida aplicadas por una entidad de pago con respecto a sus propios clientes, todas las medidas de diligencia debida que adopte deben estar adaptadas al riesgo de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo.

Finalmente, el Tribunal europeo apunta que los artículos 5 y 13 de la Directiva 2005/60, deben interpretarse en el sentido de que una normativa nacional, como la que es objeto

del procedimiento principal, adoptada en aplicación bien del margen de apreciación que el artículo 13 de dicha Directiva deja a los Estados miembros, bien de la competencia contemplada en el artículo 5 de la misma, ha de ser compatible con el Derecho de la Unión, en particular con las libertades fundamentales garantizadas por los Tratados<sup>44</sup>. Aunque tal normativa nacional, que tiene por objeto luchar contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, persigue un objetivo legítimo capaz de justificar una restricción de las libertades fundamentales y aunque es adecuado para garantizar la realización de dicho objetivo el hecho de presuponer que las transferencias de fondos por parte de una entidad sujeta a dicha Directiva a Estados miembros distintos de aquél en que se halla establecida presentan siempre un riesgo más elevado de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, esta normativa excede no obstante de lo necesario para alcanzar el objetivo que persigue, en la medida en que la presunción que establece se aplica a todas las transferencias de fondos, sin contemplar la posibilidad de destruir esa presunción en el caso de transferencias de fondos que objetivamente no presenten tal riesgo.

110

Al hilo de este pronunciamiento se ha comentado<sup>45</sup> lo siguiente: “La sentencia no puede llegar en mejor momento, pues la demonización de las transferencias de fondos está causando estragos entre las entidades de pago, que a duras penas consiguen sobrevivir en un entorno hostil en el que ven constantemente pisoteados sus derechos. Desde hace una década se suceden las reclamaciones, obteniendo las entidades de pago el amparo unánime de los tribunales ante la reiterada e intensa obstrucción desleal que sufren al operar. La literalidad de la normativa española ha exigido titánicos esfuerzos a unas entidades que, paradójicamente, pretende fomentar el propio legislador comunitario como alternativa eficaz y eficiente a los bancos. El Tribunal de Justicia resalta hoy que una Ley como la española implica costes y dificultades adicionales para la prestación de servicios de gestión del envío de fondos, que se añaden a las obligaciones que las propias entidades de pago deben cumplir, por lo que puede disuadir las de prestar esos servicios. De la proliferación, asentamiento y consolidación de nuevas entidades que compitan en el mercado prestando servicios de pagos depende que se consiga el objetivo de reducir el absolutamente desorbitado coste que tienen las transferencias en la Unión Europea y que no solo sufrimos los particulares, sino que penaliza a nuestra industria. El camino no se aventura fácil, dado el evidente interés de unos pocos por perpetuar los copiosos ingresos que obtienen con las transferencias, pero esperamos que esta Sentencia del Tribunal de Justicia, unida a la Segunda Directiva sobre Servicios de Pago aprobada meses atrás, contribuya a alcanzar los objetivos insistentemente perseguidos en los últimos años desde Bruselas”. Por su parte, ROSADO DOMINGUEZ, F<sup>46</sup> estima que el contenido de la sentencia puede calificarse de cierto confort para las remesadoras o entidades de pago frente al proceso que éstas denominan de discriminación por parte de las entidades financieras con resultado de exclusión del mercado. La exigencia de datos a una entidad de pago, que está ya sujeta a obligaciones de prevención, más allá de la diligencia simplificada, puede ser obstáculo para la



prestación de servicios. Por ello añade: “Esto implica costes y dificultades adicionales para la prestación de servicios de gestión del envío de fondos, que se añaden a las obligaciones de diligencia que la propia entidad de pago debe cumplir en virtud de la Directiva sobre blanqueo de capitales. Debido en particular a los costes de traducción de los datos que tienen una dimensión transfronteriza, la carga derivada de la aplicación de esas medidas de diligencia debida adicionales puede ser mayor en el marco de una transferencia de fondos transfronteriza, por lo que puede disuadir a la mencionada entidad de pago de prestar esos servicios en tal contexto”. Finalmente apunta lo siguiente: “Encontramos que la solución a futuro viene ya determinada por la nueva Directiva europea 2015/2366 de 25 de noviembre, sobre servicios de pago en el mercado interior y blanqueo publicadas el pasado diciembre. La Directiva 2015/2366, estableció que “los Estados miembros velarán por que las entidades de pago tengan acceso a los servicios de cuentas de pago de las entidades de crédito de forma objetiva, no discriminatoria y proporcionada” para permitirles que “presten servicios de pago sin obstáculos y con eficiencia”. Se especifica además que en caso de negación de la apertura de una cuenta el banco debe comunicarlo a la autoridad competente. Por ello, el regulador español deberá establecer algún mecanismo para cumplir con el mandato de la Directiva, bien mediante la modificación del Reglamento de la Ley antiblanqueo para prever esta singularidad, bien mediante una orden ministerial en la que se precise el juego de la diligencia reforzada en el caso de las entidades de pago”.

## **5. CONCLUSIÓN**

Podríamos concluir que, aunque la normativa actual en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo no ha suprimido el régimen de libertad de cambios, sí lo ha coartado en cierta medida. Esta normativa ha supuesto importantes restricciones al tráfico mercantil y a la libertad económica de los ciudadanos. Los mayores esfuerzos se han realizado desde el ámbito de la prevención, imponiendo obligaciones en algunos casos excesivas a sectores profesionales que de modo más directo pueden verse afectados por estas actividades. El secreto profesional de los abogados se ha visto en peligro, si bien la normativa ha tratado de salvar este extremo con la exención de cumplir con las obligaciones de información a los abogados dedicados a la defensa en juicio de los intereses de su cliente. También ha sufrido limitaciones el secreto bancario. Por último, señalar el elevado coste que ha supuesto esta normativa para las entidades financieras. No obstante, y a pesar de que España ha sido puesta en duda en alguna ocasión por no haber transpuesto correctamente la normativa en la materia, lo cierto es que sí se ha ido adaptando a lo establecido por los estándares internacionales.

## REFERENCIAS

- <sup>1</sup> A pesar de que el término “globalización” ha sido ampliamente utilizado a lo largo de las últimas décadas, no existe una definición exacta y aceptada por todos. Se suele utilizar este término para hacer referencia a la transformación que ha sufrido la economía como consecuencia de la integración de los países en lo que se refiere a sus actividades económicas. Sobre esta cuestión es de imprescindible consulta el trabajo de GONZÁLEZ GARCÍA, J: “Globalización económica y ordenación de los intercambios internacionales”, en *“Derecho de la regulación económica”* / Santiago Muñoz Machado (dir.), Vol. 8, 2010 (Comercio exterior / coord. por Esther López Barrero; Julio V. González García (dir.)), pp.59-82.
- <sup>2</sup> Los distintos países llegaron al convencimiento de que para terminar con el tráfico de drogas era necesario: i) coordinar las acciones llevadas a cabo por los diferentes países, tanto en el plano legislativo como policial y ii) impedir que los ingresos procedentes de estas actividades delictivas se legalizasen e integrasen en el sistema económico. La relación existente entre narcotráfico y blanqueo resulta clara: el narcotráfico genera grandes cantidades de dinero ilícitamente obtenido, reconocer su origen supone reconocer la existencia de una actividad delictiva previa, para evitar esto las organizaciones dedicadas al narcotráfico se encontraban con la necesidad de montar mecanismos de blanqueo masivo de estos fondos. Al final de lo que se trata/lo que tratan de hacer estas organizaciones es de introducir el dinero de origen ilícito en el “circuito monetario”, de modo que se pueda obtener una rentabilidad del mismo, sin necesidad de justificar su procedencia.
- <sup>3</sup> Tales como el tamaño del mercado financiero y la complejidad de sus operaciones, así como la falta de armonización entre las legislaciones nacionales financieras y bancarias, la deficiente supervisión bancaria en algunos países o territorios, la existencia del secreto bancario, las posibilidades de anonimato que proporcionan algunas legislaciones, las nuevas técnicas y procedimientos bancarios que pueden ser utilizados para enmascarar este tipo de operaciones, etc.
- <sup>4</sup> Si bien el Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico más restrictiva de derechos y la que prevé castigos más severos, lo cierto del caso es que la tipificación de estas conductas (nos referimos al blanqueo de capitales o a la financiación del terrorismo) no se revelaba suficiente en orden a combatir realmente el fenómeno. Se llegó al convencimiento de que la mejor manera de evitar que el dinero ingresase en el sistema financiero era, precisamente, imponer la obligación de poner controles a las entidades y profesionales de primera línea: entidades bancarias, etc. La inclusión de los abogados en este grupo de “sujetos obligados” ha suscitado una enorme controversia por considerar que están amparados por el secreto profesional. Finalmente esto se ha resuelto en la ley, estableciéndose que aquellos abogados dedicados a la defensa procesal de un cliente no estará sujeto a dichas obligaciones.
- <sup>5</sup> Vid. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., ‘*Acelerar primero para frenar después: la búsqueda de criterios restrictivos en la interpretación del delito de blanqueo de capitales*’, *Revista General de Derecho Penal*, nº 24, 2015.
- <sup>6</sup> Anteriormente existieron esfuerzos por parte de las Naciones Unidas en regular esta materia (Convención única sobre estupefacientes, de Nueva York, de 30 de marzo de 1961 y Convención sobre sustancias sicotrópicas de 21 de febrero de 1971).
- <sup>7</sup> Esta Declaración establecía tres bloques de medidas concretas: en relación con la identificación con clientes, con el cumplimiento de las leyes y con la cooperación de las autoridades encargadas del cumplimiento de las leyes. Por lo que se refiere a la identificación con clientes, establecía que los bancos debían realizar un esfuerzo razonable para verificar la identidad de todos los clientes que solicitasen sus servicios, bien titulares de cuentas o de cajas de seguridad. Para ello instaurarían procedimientos eficaces en orden a que los clientes aportasen sus documentos de identidad. En cualquier caso, deberían abstenerse de realizar operaciones significativas con clientes que no



justifiquen su identidad. En cuanto al cumplimiento de las leyes, se establecía una doble dimensión: por un lado, los bancos debían actuar de conformidad con las reglas deontológicas y respetando las leyes y reglamentos que afecten a las transacciones financieras y, por otro, en operaciones efectuadas por cuenta de la clientela, no estaban en situación de averiguar si la operación procede o contribuye a una actividad criminal, no obstante, no debían prestar sus servicios cuando tuvieran sospechas fundadas de estar relacionadas las operaciones con actividades de blanqueamiento de dinero. Se hace una mención especial a las transacciones internacionales respecto al cumplimiento de las leyes del país o países distintos del que recibe los fondos. Por último, se establecía el deber de los bancos de cooperar con las autoridades nacionales en la medida en que lo permitiesen las normas concernientes al secreto profesional. La declaración hace especial hincapié en la obligación de los bancos de no dar asesoramiento ni apoyo a los clientes que busquen engañar a las autoridades mediante informaciones falseadas, incompletas o que se presten a engaño (esta norma de buena conducta aparece específicamente recogida en los acuerdos de la banca suiza que vieron la luz por primera vez en 1977 bajo la denominación de “Convención relativa a la obligación de diligencia de los bancos”). Cuando el banco tuviese indicios razonables de que las operaciones o el dinero en depósito proviniese o tuviese como finalidad actividades delictivas, deberían tomar medidas oportunas de acuerdo con la ley, tales como negar asesoramiento, poner fin a sus relaciones con el cliente o cancelar o congelar la cuenta.

<sup>8</sup> España la ratificó el 30 de julio de 1990.

<sup>9</sup> a) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones (3.1. b i); b) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos (3.1. b ii); c) La adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos (3.1 c i); d) La posesión de equipos o materiales o sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que se utilizan o se habrán de utilizar en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para tales fines (3.1.c ii).

<sup>10</sup> Y que son, entre otras: a) La participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte; b) La participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas; c) La participación del delincuente en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito; d) El recurso a la violencia o el empleo de armas por parte del delincuente.

<sup>11</sup> La Convención regula las figuras del decomiso y de la incautación o embargo preventivo. El decomiso consiste en la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente. El artículo 5 se encarga de regular todos los extremos relativos al mismo. Se prevé el decomiso a) del producto derivado de los delitos tipificados de conformidad con el art. 3.1 o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto y b) de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, los materiales y equipos u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en cualquier forma para cometer los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. El art. 5.6 señala que serán aplicables las mismas medidas de decomiso a otros bienes en que se hubiera transformado o convertido el producto o beneficio obtenido directamente del delito. Y si ese producto se hubiere mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, se podrán decomisar

dichos bienes hasta el valor del producto mezclado. El art. 5.7 establece la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos. El embargo preventivo no es una pena propiamente, sino una medida de aseguramiento que implica la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporal de bienes por mandamiento expedido por un Tribunal o por una autoridad competente (art. 5.2). Se habla del embargo preventivo del producto, de los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos del párrafo 1 del art. 5, con miras a su eventual decomiso.

<sup>12</sup> “1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer: a) Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como este definido en ese tratado. B) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades de una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a u gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo... 4. Comete igualmente un delito quien trate de cometer un delito enunciado en el párrafo 1 del presente artículo. 5. Comete igualmente un delito quien: a) Participe como cómplice en la comisión de un delito enunciado en los párrafos 1 a 4 del presente artículo b) Organice la comisión de un delito enunciado en los párrafos 1 a 4 del presente artículo o dé órdenes a otros de cometerlo c) Contribuya a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 4 del presente artículo por un grupo de personas que actúe con un propósito común. La contribución deberá ser intencionada y hacerse: i) ya sea con el propósito de facilitar la actividad delictiva o los fines delictivos del grupo, cuando esa actividad o esos fines impliquen la comisión de un delito enunciado en el párrafo 1 del presente artículo. ii) ya sea con conocimiento de la intención del grupo de cometer un delito enunciado en el párrafo 1 del presente artículo”.

114

<sup>13</sup> Con relación a esta normativa resulta de interés consultar ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, F., *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, ed. Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 74-82.

<sup>14</sup> Se revisaron por primera vez en el año 1996 y por última vez en junio de 2003. Se actualizaron en febrero de 2012. En 2001 acordaron 8 nuevas recomendaciones especiales en materia de financiación del terrorismo. En 2004 se adoptó una novena recomendación sobre la financiación del terrorismo. La recomendación 21 establece la adopción de determinadas medidas a aquellos países donde no se aplican las Recomendaciones, o se aplican insuficientemente.

<sup>15</sup> Estas obligaciones de identificación de clientes y registro de identidades se aplican también a: casinos (cuando se realicen ciertas operaciones); agentes inmobiliarios (cuando realice operaciones para sus clientes relacionadas con la compra y venta de bienes inmuebles); comerciantes dedicados a la compraventa de metales preciosos y piedras preciosas (cuando haga alguna operación en efectivo con un cliente que supere cierto umbral); abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes y contadores o contables, cuando lleven a cabo operaciones por sus clientes relacionadas con compraventa de inmuebles, administración de dinero, valores y otros activos, administración de cuentas bancarias, de ahorro o valores, organización de aportes para la creación, operación o administración de compañías y creación, operación o administración de personas jurídicas o estructuras jurídicas y venta de entidades comerciales; proveedores de servicios de sociedades y fideicomisos (trust), cuando preparan o llevan a cabo operaciones para un cliente en relación con las actividades detalladas en la definición del Glosario.

<sup>16</sup> Así se prevé disponer de sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas para aplicar a las personas físicas y jurídicas que no cumplan las normas de prevención o el establecimiento por parte de los





Estados de medidas de control o vigilancia del transporte físico transfronterizo de dinero o medios de pago al portador, sin impedir la libertad de los movimientos de capitales.

<sup>17</sup> Tienen que crear un órgano central que recoja y analice las comunicaciones de operaciones sospechosas y cualquier otra información relacionada con el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y que debe tener además facultades y medios para vigilar el cumplimiento de la normativa en la materia por las instituciones financieras. También adquiere especial importancia la obligación de identificar a los verdaderos dueños de las sociedades, esto es, a los beneficiarios finales. También se debe prestar especial atención a las fiducias y sociedades pantalla.

<sup>18</sup> Sobre esta cuestión puede verse: CARTOU, L: “*L’Union européenne*”, Ed. Dalloz, Paris, 2006, pp.343 y ss; DÍEZ MORENO, F: “*Manual de Derecho de la Unión Europea*”, Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2006, p. 527 y ss; LOUIS, J-V: “La libre circulation des capitaux”, en “*Le Droit de la CEE*”, Vol. 3, Ed.Université de Bruxelles, Bruxelles, 1990, p.151 y ss; MATTERA, A: “Le Marché Unique Européen: ses règles, son fonctionnement”, Ed. E.J.A, JUPITER, Paris, 1988, p.453 y ss. Sobre la mejora de los mecanismos económicos en la UE para mejorar el mercado único es de imprescindible consulta el trabajo de GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, S (2013): “La Unión Europea a los sesenta años de sus orígenes: Nuevas instituciones y mecanismos económicos para viejas carencias”. *Boletín de estudios económicos*. Vol 68, nº 210, pp. 463-488. ISSN: 0006-6249.

<sup>19</sup> También hay que recordar que el art.75 del TFUE dispone lo siguiente: “*Cuando sea necesario para lograr los objetivos enunciados en el artículo 67, en lo que se refiere a la prevención y lucha contra el terrorismo y las actividades con él relacionadas, el Parlamento Europeo y el Consejo definirán mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, un marco de medidas administrativas sobre movimiento de capitales y pagos, tales como la inmovilización de fondos, activos financieros o beneficios económicos cuya propiedad, posesión o tenencia ostenten personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales. El Consejo adoptará, a propuesta de la Comisión, medidas para aplicar el marco mencionado en el párrafo primero. Los actos contemplados en el presente artículo incluirán las disposiciones necesarias en materia de garantías jurídicas*”.

115

<sup>20</sup> Justo a finales de ese año se presentan las **Conclusiones del Consejo y de los Ministros de sanidad reunidos en el seno del Consejo, de 3 de diciembre de 1990, relativas a la disminución de la demanda de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, Diario Oficial nº C 329 de 31/12/1990 p.20**. Se toma nota del mandato que el Comité europeo de lucha antidroga (CELAD) otorgó al grupo ad hoc «Toxicomanía» para que examinara el anteproyecto de Plan europeo de lucha contra la droga elaborado por la presidencia de turno del CELAD en relación con las temáticas de reducción de la demanda y para que redactara un documento al respecto. Se valoró el profundo trabajo para la elaboración de dicho documento realizado por el grupo ad hoc «Toxicomanía». Se tiene en cuenta que el CELAD, en su reunión de los días 19 y 20 de noviembre de 1990 utilizó los resultados de estos trabajos en su Plan europeo de lucha contra la droga que presentó al Consejo Europeo de Roma de los días 13 y 14 de diciembre de 1990.

<sup>21</sup> A poco de aprobarse la Directiva en el Consejo Europeo de Tampere (octubre de 1991), se trató de la sustitución de la extradición por la entrega, de los equipos conjuntos de investigación, de organismos como EUROPOL y EUROJUST para mejorar la cooperación y de acciones específicas contra el blanqueo: intercambio de información entre FIUs, exclusión de la confidencialidad bancaria, competencia de Europol en materia de blanqueo (independientemente del delito fuente) y aproximación normativa penal y procesal de los Estados miembros. Años después cabe destacar el Plan de Acción contra la Delincuencia Organizada aprobado por el Consejo Europeo de Ámsterdam en junio de 1997. Con respecto al blanqueo hay que subrayar que introduce la

tipificación de la forma imprudente, extiende el ámbito de aplicación a todo delito grave como antecedente y penaliza la omisión de la obligación de informar sobre operaciones sospechosas. Respecto al decomiso reconoce el comiso de bienes por valor equivalente y la posibilidad de adopción del mismo con independencia de la presencia del autor del delito. Al año siguiente podemos recordar la Acción Común de 19 de marzo de 1998 sobre intercambio, formación y cooperación para responsables de la lucha contra la delincuencia organizada (Programa FALCONE) y la Acción Común de 3 de diciembre de 1998 para reforzar la cooperación contra la delincuencia organizada. Poco antes de aprobarse la segunda Directiva se adoptará la Decisión Marco de 26 de junio de 2001 sobre blanqueo, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.

<sup>22</sup> DO L 344, 28.12.2001, p. 76–82. El 20 de julio de 1999 la Comisión remitió al Consejo una propuesta de Directiva por la que se modificaba la Directiva 91/308/CEE. Poco después de aprobarse esta norma se adoptó la Decisión Marco de 22 de junio de 2003, sobre resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas y la Decisión Marco de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.

<sup>23</sup> Ver DO L 309, p. 15. Esta norma fue desarrollada por la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, de 1 de agosto de 2006 por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la definición de «personas del medio político» y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada, DO L 214/29, de 4.8.2006. Determina y define qué se entiende por “personas del medio político”: personas a las que se les confían funciones públicas importantes (art.2.1), así como sus familiares más próximos (art.2.2) o sus allegados (art.2.3). Las funciones públicas desempeñadas en niveles inferiores al ámbito nacional no deben considerarse en principio importantes. No obstante, cuando la exposición política sea comparable a la de funciones similares desempeñadas a escala nacional, las entidades y personas a las que se refiere la Directiva deben valorar, basándose en un análisis de riesgo, si quienes ejercen esas funciones públicas han de considerarse personas del medio político. Las personas consideradas como del medio político dejarán de tener dicha condición una vez hayan dejado de ejercer funciones públicas importantes y haya transcurrido un periodo de tiempo mínimo (al menos 1 año –art.4-). Tendrán la consideración de personas del medio político, entre otras: jefes de Estado, de Gobierno, ministros, subsecretarios, secretarios de Estados, Parlamentarios, miembros de altas instancias judiciales, de Tribunales de cuentas, de consejos de bancos centrales, embajadores, altos funcionarios de las fuerzas armadas, miembros de órganos administrativos o de gestión o supervisión de empresas de propiedad estatal. Con relación a la 1ª y 3ª Directiva resulta de interés consultar ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, *op.cit.*, pp. 85-119.

<sup>24</sup> Ver Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, DO L 141/73, de 5.6.2015.

<sup>25</sup> Ver DE ANDRÉS PÉREZ, S: [http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/Novedades-Cuarta-Directivav2\\_limpio.pdf](http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/Novedades-Cuarta-Directivav2_limpio.pdf).

<sup>26</sup> Se reduce el umbral de los pagos en efectivo en operaciones de comercio de bienes de 15.000 euros a 10.000 euros, por encima del cual las entidades obligadas deberán aplicar medidas de diligencia debida.



<sup>27</sup> Ver <http://www.consilium.europa.eu/es/policies/fight-against-terrorism/fight-against-terrorist-financing/>

<sup>28</sup> Se explica desde las instancias europeas lo siguiente: “Las **innovaciones en los servicios financieros** —como las **monedas virtuales** o las **tarjetas de prepago anónimas**— aportan claras ventajas a la sociedad en su conjunto, pero también crean nuevas oportunidades de financiación del terrorismo. Los delincuentes se adaptan rápidamente y utilizan nuevos canales cuando los existentes se vuelven demasiado arriesgados. Por tanto, la innovación es uno de los motivos fundamentales para hacer un seguimiento de los riesgos y actualizar la legislación con frecuencia. Cada vez es más frecuente que las redes terroristas actúen a través de las fronteras: su actividad en un país se financia con frecuencia desde otro. El refuerzo de los controles («**diligencia debida**») y el rastreo de las operaciones financieras, así como una cooperación más estrecha y el intercambio de información policial, contribuirían a cortar la financiación de estas actividades, detectar redes terroristas y apoyar las investigaciones”.

<sup>29</sup> Al respecto se explica lo siguiente: “Las Unidades de Información Financiera (UIF) son autoridades públicas de cada Estado miembro de la UE. Recogen y analizan información relacionada con transacciones financieras sospechosas y con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Si su análisis suscita preocupación por una posible actividad delictiva, las UIF avisan a las autoridades policiales. Las modificaciones propuestas amplían la variedad de información a la que tendrían acceso estas unidades. La propuesta también cubre la creación de registros centralizados de cuentas bancarias y de pago. Estos registros permitirían que las UIF identificaran rápidamente todas las cuentas bancarias nacionales pertenecientes a una persona, así como la identidad de dicha persona. Esto facilitaría la detección e investigación de transacciones nacionales e internacionales sospechosas que puedan estar relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. La propuesta de modificación de la Directiva también incluye disposiciones para facilitar la cooperación entre UIF, adecuando así la normativa existente a las normas internacionales más recientes acerca del acceso a la información”.

<sup>30</sup> Se explica que “el proyecto de modificación de la Directiva tiene por objeto minimizar el riesgo relacionado con los pagos anónimos mediante tarjetas de prepago ampliando a estos instrumentos la aplicación de requisitos de verificación de los clientes. De acuerdo con la propuesta, las tarjetas de prepago recargables (y otros instrumentos de prepago no recargables) estarían sujetas a normas de diligencia debida con respecto al cliente a partir de un valor de 150 € (actualmente el umbral es de 250 €). Además, las normas de diligencia debida también se aplicarían al uso en línea de tarjetas de prepago, tanto recargables como no recargables (en la actualidad se aplica una excepción). Por tanto, dejarían de poder utilizarse las tarjetas de prepago anónimas para los pagos en línea. Solo se permitiría el uso dentro de la UE de tarjetas de prepago anónimas emitidas fuera de la Unión si estas cumplieren requisitos equivalentes. Con estas medidas las tarjetas de prepago deberían resultar menos atractivas para las organizaciones terroristas o delictivas, aunque seguirían siendo útiles para los clientes normales”.

<sup>31</sup> Se destaca que “la modificación pretende incluir en el ámbito de aplicación de la Directiva las plataformas de cambio de monedas virtuales y los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos, añadiéndolas a la lista de «entidades obligadas». Estas entidades están obligadas a aplicar la diligencia debida con respecto a los clientes y notificar toda transacción sospechosa. La lista incluye actualmente a las entidades de crédito e instituciones financieras y a determinadas categorías de personas que actúen en el ejercicio de sus actividades profesionales, como los auditores, los notarios y los proveedores de servicios de juegos de azar. La modificación debería contribuir a luchar contra el riesgo ligado al uso de monedas virtuales: las transacciones

*en estas monedas gozan de un grado mayor de anonimato que las transferencias clásicas de fondos y, por tanto, las organizaciones terroristas podrían aprovecharlas para ocultar sus transferencias financieras. En la actualidad aún no existen suficientes salvaguardias normativas para este sector innovador”.*

<sup>32</sup> De acuerdo con las modificaciones propuestas, los Estados miembros tendrán que garantizar el acceso público a la información sobre la titularidad real última de las empresas y fideicomisos (u otras personas jurídicas) que lleven a cabo actividades con ánimo de lucro. Los fideicomisos familiares o caritativos que no entren en la categoría de societarios solo tendrán que revelar la información sobre la titularidad real a las personas u organizaciones que posean un interés legítimo. Los criterios de «interés legítimo» se aclaran también en la propuesta de modificación de la Directiva. Las modificaciones propuestas incluyen asimismo la aclaración de que los fideicomisos deben estar registrados en el país en el que se administren. Para mitigar los riesgos ligados a la posible utilización transfronteriza indebida de estructuras de titularidad, las modificaciones propuestas incluyen disposiciones para la interconexión directa de los registros nacionales de titularidad real. Esto debería ayudar a que las autoridades, las unidades de información financiera y las entidades obligadas identificasen la titularidad real de manera más sencilla y eficaz. También permitiría el acceso público a esta información.

<sup>33</sup> Se expone que *“de acuerdo con la normativa existente, las entidades obligadas de la UE deben supervisar los flujos financieros procedentes de países de alto riesgo de manera más exhaustiva e intensa, es decir, aplicar «medidas reforzadas de diligencia debida». Sin embargo, la naturaleza de estas medidas difiere entre los Estados miembros, lo que merma su eficacia. Para hacer frente a este problema, la modificación propuesta por la Comisión tiene por objeto aclarar y armonizar los requisitos de medidas reforzadas de diligencia debida y contramedidas basadas en las normas del GAFI. Se consideran países de alto riesgo aquellos Estados con deficiencias estratégicas en la lucha contra el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo”.*

<sup>34</sup> Desde el punto de vista represivo hay que destacar que la Ley Orgánica 1/88 de 24.3 realizó varias modificaciones en el Código Penal (CP). Se introdujo el art. 546 bis f: adaptó el delito de receptación del art. 546 bis a), ampliándolo a los delitos de tráfico de drogas de los arts. 344 a) y 344 bis b): la acción de aprovechamiento podía realizarse no sólo a favor del sujeto activo de la infracción, sino también en beneficio de un tercero y podían ser objeto de aprovechamiento los mismos efectos del delito receptado o las ganancias que con tales efectos hubieran podido obtenerse. Como sabemos el art.3 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988 imponía a los Estados firmantes la obligación de introducir en sus ordenamientos penales preceptos que castigaran el blanqueo o lavado de dinero procedente del narcotráfico, obligación que se vio plasmada con la incorporación de los arts. 344 bis h) y bis i). Tras la Convención del Consejo de Europa de 9 de noviembre de 1990, se amplía la tipología de los que puede provenir el dinero ilícito (siguiendo la Directiva 91/308 del Consejo UE), dando lugar a los arts. 301 a 304 del CP de 1995. El CP de 1995 exigió que el delito antecedente fuera “grave” (pena superior a 5 años) y tipificó la comisión por imprudencia grave. La reforma operada por Ley Orgánica 15/2003 de 25.11 lo extendió a cualquier delito y amplió considerablemente el comiso. La Ley Orgánica 5/2010 de 22.6 añade la mera posesión y utilización, regula expresamente el autoblanqueo y prevé la posible comisión por personas jurídicas. En la actualidad, el delito de blanqueo de capitales se encuentra regulado en el Título XIII “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”. En concreto, en el Capítulo XIV “De la receptación y el blanqueo de capitales” en los arts. 301 a 304. El delito de financiación del terrorismo lo regula el art. 576 del mismo cuerpo legal. Desde el punto de vista administrativo hay que destacar en primer lugar la Ley 19/93, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, que transpone la Primera



Directiva. Esta ley se creó con el objeto de impedir la utilización del sistema financiero para actividades de blanqueo de capitales de origen delictivo. El propósito de la norma era imponer a las entidades a través de las cuales se pudiera efectuar tales prácticas unas obligaciones administrativas de investigación, información y colaboración con las autoridades encargadas de combatir los delitos de blanqueo. La ley se estructuró en 5 bloques: ámbito de aplicación y sujetos obligados; obligaciones de investigación, información y colaboración impuestas a dichos sujetos; régimen sancionador; órganos encargados del impulso y coordinación de la ejecución de la ley y régimen de colaboración. Fue modificada por la Disposición Adicional Primera de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior para transponer la Segunda Directiva. Con relación a esta normativa resulta de interés consultar ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, F., *op.cit.*, pp. 121-171.

<sup>35</sup> Desarrollada por el Real Decreto 304/2014 de 5 de mayo por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (BOE 5/5/14). El Reglamento introdujo como novedades: la concreción del enfoque riesgo para los sujetos obligados, el redimensionamiento de las obligaciones de tipo procedimental exigidas a ciertos tipos de sujetos obligados, la obligación de identificar al titular real, se dio mayor relevancia al examen especial, se concreta el contenido, funcionamiento y posibilidades de acceso del fichero de titularidades financieras, se revisó el esquema institucional y regula la aplicación en el cumplimiento de la DMO el listado de países y territorios del art. 1 RD 1080/1991 de 5 de julio.

<sup>36</sup> Vid. VEGA SÁNCHEZ, M.V., *Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Nueva ley 10/2010, de 28 de abril*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2011.47-44.

<sup>37</sup> Ver Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 1 de octubre de 2009, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España, As C-502/08.

<sup>38</sup> A este respecto, el Reino de España, alegó que la normativa española vigente se encontraba alineada con el contenido de la Directiva 2005/60, apoyándose, en particular, en determinadas disposiciones de las normas españolas que hemos citado arriba.

<sup>39</sup> Véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de noviembre de 2006, Comisión/Luxemburgo, C-32/05, Rec. p. I-11323, apartados 22, 25 y 26, y de 14 de mayo de 2009, Comisión/España, antes citada, apartado 16.

<sup>40</sup> Ver Sentencia del Tribunal de Justicia, as C-235/14, de 10 de marzo de 2016, Safe Interenvíos, S.A., c. Liberbank, S.A., Banco de Sabadell, S.A., y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.

<sup>41</sup> BOE nº 103, de 29 de abril de 2010, p. 37458.

<sup>42</sup> El artículo 7 establece los casos en que se aplica con respecto al cliente las medidas de diligencia debida. La Directiva contempla tres tipos de medidas de diligencia debida con respecto al cliente (normales, simplificadas y reforzadas) en función del riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo. Las medidas normales de diligencia debida con respecto al cliente del artículo 8 comprenden, por ejemplo, la identificación del cliente y la obtención de información sobre el propósito e índole prevista de la relación de negocios. El artículo 11 prevé que las medidas simplificadas de diligencia debida con respecto al cliente se aplicarán cuando los clientes de una entidad o persona sujeta a lo dispuesto en dicha Directiva sean a su vez entidades de crédito o financieras (incluidas las entidades de pago) sujetas a la Directiva sobre blanqueo de capitales. El artículo 13 exige la aplicación de medidas reforzadas de diligencia debida con respecto al cliente en situaciones que presenten mayor riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo. Por otra parte, el artículo 5 permite a los Estados miembros imponer obligaciones más estrictas que las establecidas en otras disposiciones de la Directiva sobre blanqueo de capitales.

<sup>43</sup> Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE, en su versión modificada por la Directiva 2009/111, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009.

<sup>44</sup> Se aclara que la Directiva 2005/60 no se opone necesariamente a que disposiciones nacionales obliguen o autoricen a una entidad sujeta a la Directiva, siempre que esté justificado, a obtener información sobre los clientes de su cliente. No obstante, tales disposiciones nacionales han de ajustarse asimismo a las demás obligaciones de ese Estado miembro con arreglo al Derecho de la Unión, incluidas las exigencias de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, 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, y de los artículos 8 y 52, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.».

<sup>45</sup> Ver <http://www.expansion.com/juridico/opinion/2016/04/07/57069ec846163f297a8b469d.html>.

<sup>46</sup> Ver ROSADO DOMINGUEZ, F: “Análisis de sentencia del Tribunal de la Unión Europea sobre blanqueo y entidades de pago remesadoras, entre el de-risking y la práctica comercial desleal”, en <http://www.controlcapital.net/noticia/3544/espana/analisis-de-sentencia-del-tribunal-de-la-union-europea-sobre-blanqueo-y-entidades-de-pago-remesadoras-entre-el-de-risking-y-la-practica-comercial-desleal.html>. Este autor añade lo siguiente: “Sucede que el problema está instalado en muchos países ya que los bancos están negando a las remesadoras la posibilidad de tener cuentas con base en la preocupación y riesgos que presentarían las entidades de pagos de ser canal de operaciones de blanqueo y, por ende, de evitar el riesgo de sanciones para las propias entidades financieras. Esta situación se ha agravado hasta tal punto que incluso el GAFI y los reguladores anti blanqueo de EEUU y otros países han debido salir a defender el importante papel de las remesadoras para garantizar el flujo de transferencias de los emigrantes y a intentar aclarar que la prevención del blanqueo no puede desembocar en una política de de-risking que implique de forma directa la exclusión de las remesadoras como clientes bancarios. Informa cincodiás.com que la Asociación Española de Entidades de Pago (Anaed) ha recopilado un registro documental de las cuentas que la banca ha cerrado a las firmas de su ramo en los últimos años. El listado, entregado a los tribunales junto a los procedimientos abiertos, implicaría que desde el año 2002 hasta el ejercicio 2015 las entidades de crédito habrían cerrado un total de 59 cuentas a remesadoras y otras entidades de pago. Existen 43 entidades de pago inscritas en el registro del Banco de España y 33 están autorizadas para la prestación del servicio de pago de envío de dinero. - en otra decena de casos la banca se negó a abrir si quiera cuentas a estas firmas, si bien en el sector aducen que este fenómeno es más difícil de cuantificar porque la comunicación suele ser oral. - Desde Anaed sostienen que no hay motivo para este tipo de medidas ya que sus miembros están sujetos a la normativa de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, que trabajan bajo la firme supervisión del Sepblac y que desde 2005 incluso se han autoimpuesto un registro de agentes de alto riesgo, en coordinación con esta autoridad, para prevenir el riesgo de prácticas delictivas. Anaed destaca también que ofrece formación específica en la prevención del blanqueo a los empleados del ramo. La patronal confía en que estas prácticas, junto al reciente dictamen del Tribunal Europeo y la directiva comunitaria acaben con el cierre de sus cuentas”.

