



COMISIÓN EUROPEA

Bruselas, XXX

[\[...\]](#)(2011) XXX proyecto

DOCUMENTO DE TRABAJO DE LOS SERVICIOS DE LA COMISIÓN

sobre la supervisión y los requisitos de información de las entidades de pago en materia de prevención del blanqueo de capitales en varias situaciones transfronterizas

El presente documento es un documento de trabajo de los servicios de la Comisión. No representa ni prejuzga la posición que la Comisión haya adoptado o adopte posteriormente respecto a cualquiera de las cuestiones abordadas.

Introducción

El presente documento de trabajo pretende servir de orientación a los supervisores e interesados privados acerca de la interacción entre la Directiva sobre servicios de pago (Directiva 2007/64/CE, en lo sucesivo denominada «la DSP») y la Directiva sobre el blanqueo de capitales (Directiva 2005/60/CE, en lo sucesivo denominada «la DBC») en lo que respecta a la supervisión de las entidades de pago y a las obligaciones de información de estas, con arreglo a la DBC, en distintas situaciones transfronterizas.

En términos generales, debe señalarse que, una vez autorizadas en su Estado miembro de origen, las entidades de pago (en lo sucesivo denominadas «EP») pueden ejercer sus actividades en cualquier otro Estado miembro, en virtud de la libre prestación de servicios o de la libertad de establecimiento, sin necesidad de obtener ninguna autorización adicional en el Estado miembro de acogida (artículo 10.9 de la DSP). El artículo 20.4 de la DSP sitúa la autorización y la supervisión prudencial de las entidades de pago (título II de la DSP) en el ámbito de la responsabilidad del «Estado miembro de origen» (en la acepción de su artículo 4, punto 1).

En cuanto a las normas de transparencia e información y a las que rigen la prestación de servicios de pago (títulos III y IV de la DSP), las entidades de pago deben respetar, por lo menos con respecto a los consumidores, las normas del Estado miembro en el que prestan el servicio de pago. Así pues, pese a haber obtenido la autorización en el Estado miembro A, los términos y condiciones aplicables a una entidad de pago que presta servicios en el mercado del Estado miembro B son los establecidos en la legislación que traspone la DSP en dicho Estado miembro B.

Respecto a las infracciones de los títulos III y IV de la DSP, las autoridades competentes, si la EP opera con agentes y sucursales, son las del Estado miembro de acogida (artículo 82.2 de la DSP).

El artículo 4, punto 2, de la DSP define el «Estado miembro de acogida» como «el Estado miembro (...) en el cual el proveedor de servicio de pago tiene un agente o una sucursal o presta servicios de pago».

La DBC opta por un planteamiento territorial. Exige a los Estados miembros que impongan obligaciones preventivas a, *inter alia*, las entidades de pago establecidas en su territorio (artículo 34 de la DBC). A diferencia de la DSP, la DBC es una directiva de armonización mínima que, como tal, permite a los Estados miembros «adoptar o mantener (...) disposiciones más estrictas» (artículo 5 de la DBC).

De la lectura combinada de ambas directivas se deduce que las EP, en lo que respecta a sus sucursales o agentes, deben observar las normas de la DBC del Estado miembro de acogida y están sujetas a la supervisión en materia de prevención del blanqueo de capitales de dicho Estado miembro, ejercida en estrecha cooperación con las autoridades del Estado miembro de origen. La supervisión prudencial en sí misma sigue siendo responsabilidad del Estado miembro de origen, pero también en este ámbito es imprescindible la cooperación con las autoridades del país de acogida.

Dadas estas premisas, el presente documento de trabajo se limita a analizar dos supuestos:

- una entidad de pago autorizada en el Estado miembro A (el «Estado miembro de origen») tiene uno o varios agentes en el Estado miembro B (el «Estado miembro de acogida»);
- una EP autorizada en el Estado miembro A tiene una sucursal en el Estado miembro B.

Ambos supuestos suscitan una serie de interrogantes acerca de la legislación aplicable a los agentes y sucursales, el reparto de poderes de supervisión en materia de prevención del blanqueo de capitales entre las autoridades de los países de origen y de acogida, y las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) competentes para la recepción de las comunicaciones de transacciones sospechosas.

Los servicios de la Comisión Europea son conscientes de que se van a plantear, si no se plantean ya, problemas legales similares respecto a la situación de los agentes de entidades de dinero electrónico y de los distribuidores de dinero electrónico. Los servicios de la Comisión Europea han iniciado ya algunos debates a este respecto con todos los interesados pertinentes para determinar la necesidad de proceder, más adelante, a algunas aclaraciones legales. No obstante, por el momento consideran que, habida cuenta de que la Directiva sobre el dinero electrónico entró en vigor recientemente (el 30 de abril de 2011), será preciso recabar información, reacciones y datos complementarios antes de plantearse tales aclaraciones. Con todo, parece ya bastante claro que una parte sustancial del presente documento de trabajo podría aplicarse, por analogía, a los agentes de dinero

electrónico. No obstante, debido a su situación jurídica con respecto a los emisores de dinero electrónico y a la naturaleza de las actividades que ejercen, los distribuidores plantean problemas legales bastante distintos que podrían exigir respuestas muy distintas. Pero también en este ámbito debe adquirirse más experiencia antes de evaluar si resulta necesario emprender algún trabajo de interpretación.

Este documento se entiende sin perjuicio de las normas aplicables, con arreglo a la Directiva 95/46/CE (Directiva de protección de datos), al tratamiento de datos personales que las EP llevan a cabo en el ejercicio de sus actividades. El artículo 4 de esa Directiva, que establece cuál es el Derecho aplicable a las actividades de tratamiento de datos llevadas a cabo en los Estados miembros, debe tenerse en cuenta para determinar la legislación aplicable a las EP en las situaciones expuestas en el presente documento¹.

1) Una entidad de pago autorizada en el Estado miembro A trabaja con agentes en el Estado miembro B

El recurso a agentes está muy extendido; su número oscila entre varios centenares en algunas jurisdicciones a unos miles en otras. Los servicios que ofrecen pueden presentar riesgos de financiación del terrorismo y blanqueo de capitales, ya que a través de servicios de pago como el envío de dinero pueden manejarse grandes cantidades de dinero en efectivo.

En cuanto a las transacciones ocasionales (que, por lo general, constituyen la regla en el caso de los servicios de envío de dinero), solo deben aplicarse medidas de diligencia debida con respecto al cliente, en principio, cuando se trata de transacciones de 15 000 EUR (en una sola operación o en varias que estén ligadas entre sí) o, por debajo de este importe, cuando hay sospecha de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo (artículo 7 de la DBC), o si la transacción ocasional es una transferencia de fondos regulada por el Reglamento (CE) nº 1781/2006. Cabe preguntarse si se realizan a menudo transferencias de fondos por encima de 15 000 EUR a través de agentes minoristas. Con todo, incluso por debajo de este umbral es necesaria la vigilancia y deben aplicarse medidas de diligencia debida con respecto al cliente en casos sospechosos. Además, en las transferencias de fondos debe comprobarse la información sobre el ordenante cuando el importe excede de 1 000 EUR.

¹ Véase, en este contexto, el Dictamen 8/2010 sobre el Derecho aplicable, del Grupo de Protección de Datos del Artículo 29 (doc WP179), disponible en:
http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp179_es.pdf

a) ¿Son los agentes «entidades financieras»?

A los efectos de la DBC, las sucursales de entidades de pago se asimilan a las entidades financieras y, por tanto, están sujetas a las obligaciones establecidas en dicha Directiva [véase el artículo 3, punto 2, letra f), de la DBC] como si fueran entidades financieras separadas.

A diferencia de las sucursales, los agentes de entidades de pago (u otras entidades financieras) no son considerados entidades financieras en sí mismas² por la DBC ni entran de manera explícita en ninguna de las demás categorías de entidades/personas sujetas al artículo 2, punto 1, de dicha Directiva. Si, pese a ello, algunos agentes, por su naturaleza, debieran incluirse en alguna de esas categorías (p. ej., si una EP tiene, como agente en el Estado miembro B, una entidad de crédito, una sucursal de una entidad de crédito o cualquier otra entidad financiera, como una agencia de cambio), quedarían sujetos directamente a las obligaciones de la DBC.

b) ¿Son los agentes una forma de establecimiento?

En los debates mantenidos por los servicios de la Comisión en la preparación del presente documento de trabajo, se hizo con frecuencia referencia a algunas sentencias del TJCE señaladas en la Comunicación Interpretativa de la Comisión «Libre prestación de servicios e interés general en la segunda Directiva bancaria», de 26 de junio de 1997³.

Desde la adopción de esta Comunicación, se dispone de jurisprudencia más reciente. En particular, en su sentencia de 6 de noviembre de 2003 (asunto C-243/01, Gambelli), el Tribunal de Justicia sostuvo:

«45. Debe recordarse que, según el artículo 43 CE, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, incluidas las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales.

46. En la medida en que una sociedad, como Stanley, establecida en un Estado miembro, ejerce la actividad de recogida de apuestas a través de una organización de agencias establecidas en otro Estado miembro, como las de

² Los intermediarios de seguros que actúan como agentes de una empresa de seguros, sin embargo, entran en el ámbito de la definición de «entidad financiera» (véase el artículo 3, punto 2, letra e), de la DBC). A este respecto, parece oportuno examinar si, en una posible revisión de la DBC, todos los agentes podrían ser considerados «entidades financieras».

³ SEC(97) 1193 final.

los inculpados en el proceso principal, las restricciones impuestas a las actividades de dichas agencias constituyen obstáculos a la libertad de establecimiento.».

La posición del Tribunal en este asunto se ajustaba al dictamen del Abogado General, que declaró:

«80. Según la amplia delimitación del ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento que el Tribunal de Justicia adoptó en el asunto Comisión/Alemania, [sentencia de 4 de diciembre de 1986 en el asunto C-205/84] una empresa que mantenga una presencia permanente en otro Estado miembro se regirá por las disposiciones del Tratado sobre derecho de establecimiento, "y ello aunque dicha presencia no haya adquirido la forma de una sucursal o agencia sino que se ejerza por medio de una simple oficina gestionada por el propio personal de la empresa o de una persona independiente pero apoderada para actuar permanentemente por cuenta de ésta como lo haría una agencia".».

Así lo confirmó y aclaró el Tribunal en dos sentencias posteriores de 8 de septiembre de 2010, en los asuntos acumulados C-316/07, C-358/07 a C-360/07, C-409/07 y C-410/07, Markus Stoß y otros, y en el asunto C-409/06, Winner Wetten, donde sostuvo (en el apartado 46):

«(E)l concepto de establecimiento se entiende, de manera muy amplia, en el sentido de que implica la posibilidad de que un nacional comunitario participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado de origen, y de que se beneficie de ello, favoreciendo así la interpenetración económica y social en el interior de la Comunidad Europea en el ámbito de las actividades por cuenta propia (véase, en particular, la sentencia de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C 55/94, Rec. p. I-4165, apartado 25). De este modo, el mantenimiento de una presencia permanente en un Estado miembro por parte de una empresa establecida en otro Estado miembro puede regirse por las disposiciones del Tratado sobre libertad de establecimiento y ello aunque dicha presencia no haya adquirido la forma de una sucursal o una agencia, sino que se ejerza por medio de una simple oficina gestionada, en su caso, por una persona independiente pero apoderada para actuar permanentemente por cuenta de ésta como una agencia (véase la sentencia de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Alemania, 205/84, Rec. p. 3755, apartado 21).».

De ello se deduce que, por analogía con esta jurisprudencia, si la EP mantiene una presencia permanente en otro Estado miembro, aunque dicha presencia consista meramente en una oficina gestionada por un agente independiente pero apoderada para actuar permanentemente por cuenta de

esta, debe considerarse que tiene, a través de sus agentes, una forma de establecimiento en el Estado miembro de acogida.

Esa jurisprudencia tenía como finalidad principal distinguir la prestación transfronteriza de servicios de los casos que atañen al derecho de establecimiento, dado que ambas situaciones no tienen las mismas consecuencias jurídicas en términos de cumplimiento de la legislación del Estado miembro de acogida.

Con todo, podría ser una fuente útil cuando resulte necesario definir los criterios para determinar si el agente puede considerarse una «forma de establecimiento», a efectos de distinguir las situaciones en las que la EP presta servicios transfronterizos de aquellas en las que entra en el régimen del derecho de establecimiento. Con todo, el hecho de que tal «forma de establecimiento» no pueda asimilarse legalmente a una «sucursal» de la EP descarta que el régimen aplicable a las «sucursales» pueda hacerse extensivo de manera automática a los «agentes».

c) *Reparto de poderes de supervisión entre las autoridades de los Estados miembros de origen y de acogida*

Los servicios de la Comisión Europea consideran que las autoridades de supervisión de ambos Estados miembros, el de origen y el de acogida, deben cooperar estrechamente a efectos de supervisar y de garantizar el cumplimiento de las obligaciones tanto de la DSP como de la DBC por parte de las EP y de los agentes que prestan servicios bajo su responsabilidad.

Esta labor podría suponer un desafío para las autoridades de ambos países si la EP trabaja con centenares de agentes en el Estado miembro B. En concreto, la inspección *in situ* de tantos agentes por parte de las autoridades del Estado miembro de origen supondría una carga considerable para los recursos de dichas autoridades, por lo que la DSP les permite (en su artículo 25.3) delegar esa labor en las autoridades competentes del Estado miembro de acogida. La inspección *in situ* de un gran número de agentes también supone un desafío para los recursos de las autoridades del país de acogida, y la autoridad del país de origen lo tiene que tener debidamente en cuenta al aprobar el registro de agentes por parte de las EP.

Por tanto, es de máxima importancia que ambas autoridades colaboren de forma adecuada. Pero la cooperación no solo es importante, sino que además constituye una obligación legal establecida de manera expresa en el artículo 25.2 de la DSP y mencionada también en el artículo 25.4, según el cual las autoridades de ambos Estados miembros:

«[...] se facilitarán mutuamente toda la información esencial y/o pertinente, en particular en caso de infracciones o presuntas infracciones

cometidas por un agente, una sucursal o por una entidad a la que se han externalizado actividades. A este respecto, las autoridades competentes comunicarán toda la información pertinente que se les solicite y, por iniciativa propia, toda la información esencial.».

A pesar de su carácter plenamente armonizador, la DSP deja cierto margen de maniobra a las autoridades competentes para precisar con más detalle su cooperación y, en particular, la naturaleza de la información que desean intercambiar. La cooperación podría ser objeto de acuerdos bilaterales o, preferentemente, multilaterales entre las autoridades competentes de los Estados miembros, para organizar, a efectos prácticos en el día a día, los pormenores y modalidades de la cooperación. En este contexto, los servicios de la Comisión Europea apoyan la útil labor que se está desarrollando ya en el contexto del subcomité de prevención del blanqueo de capitales del Comité Mixto de las Autoridades Europeas de Supervisión, con miras a la celebración de un acuerdo de cooperación que, por supuesto, debería estar en consonancia con los derechos y obligaciones establecidos en la DSP y en la DBC.

Poderes preventivos

Con arreglo al artículo 17.1 de la DSP, a **la autoridad competente del Estado miembro de origen** le corresponde un papel preventivo esencial; le compete, en particular, comprobar la exactitud de la información que debe comunicar la EP que desea trabajar con agentes antes de iniciar sus actividades, en particular «una descripción de los mecanismos de control interno que vayan a utilizar los agentes a fin de cumplir las obligaciones [...] con respecto al blanqueo de capitales y a la financiación del terrorismo» [art. 17.1.b)] y «la identidad de los directores y personas responsables de la gestión del agente [...], así como la prueba de que se trata de personas con los conocimientos y capacidades necesarios» [art. 17.1.c)].

No obstante, es evidente que esas comprobaciones, que las autoridades del Estado miembro de origen realizan a distancia respecto a agentes que están situados en el Estado miembro de acogida, no pueden ser plenamente eficientes sin la debida participación de las autoridades de este último. Esta cooperación imprescindible se enuncia de manera unívoca en el artículo 17, apartados 5 y 6 (fase previa a la notificación), y en el artículo 25, apartado 2 (fase posterior a la notificación), de la DSP.

Las autoridades del Estado miembro de acogida disponen de poderes preventivos sustanciales. Antes del registro del agente en el Estado miembro de origen, pueden expresar su «parecer», el cual puede disuadir a las autoridades del Estado miembro de origen de proceder al registro del agente (art. 17.5). Asimismo, pueden informar a las autoridades del Estado

miembro de origen de que, en su opinión, la contratación de un agente podría aumentar el riesgo de blanqueo de dinero (art. 17.6). Tal podría ser el caso, por ejemplo, si el Estado miembro de acogida considera que la contratación de agentes minoristas locales, que en sí mismos no son una de las profesiones designadas en el contexto de la DBC, eleva el riesgo de blanqueo de capitales porque esos minoristas podrían no estar formados y equipados para cumplir de manera efectiva las obligaciones de la DBC (diligencia debida con respecto al cliente, atención especial, comunicación a las UIF, conservación de documentos, controles internos, evaluaciones de riesgos, programas de formación de empleados, etc.).

Las autoridades del Estado miembro de acogida, no obstante, no deben restringir indebidamente el ejercicio de los derechos de las EP retrasando desproporcionadamente el ejercicio de sus propias obligaciones en materia de verificación y control una vez que han recibido una comunicación.

Las autoridades del Estado miembro de origen pueden negarse a registrar al agente o a los agentes. Sin embargo, de la propia economía del sistema se deriva que deben prestar la máxima atención a la opinión no vinculante de las autoridades del Estado miembro de acogida, las cuales tienen métodos mucho mejores para apreciar y comprobar si los agentes situados en su propio territorio cuentan con los conocimientos y capacidades necesarios, y, aunque en teoría podrían apartarse de la opinión de las autoridades del Estado miembro de acogida, en tal caso deberían por lo menos estar en condiciones de ofrecer una justificación convincente al respecto (planteamiento de «cumplir o explicar»).

Poderes represivos

Una vez que el agente ha iniciado sus actividades, las autoridades de los Estados miembros de origen y de acogida deben cooperar sobre la base de los artículos 24, 25.2, 25.3, 25.4 y 17.6 de la DSP; a este respecto, se conceden también poderes significativos a ambas autoridades.

Las autoridades competentes del Estado miembro de origen pueden adoptar una serie de medidas prudenciales enumeradas en el artículo 21 de la DSP (inspecciones *in situ*, peticiones de información, revocación de la autorización de la EP). Con arreglo al artículo 17.6 de la DSP, pueden revocar la inscripción del agente en el registro si se están perpetrando o se han perpetrado ya actividades de blanqueo de dinero o de financiación del terrorismo en el Estado miembro de acogida.

El artículo 17.6 de la DSP establece el procedimiento siguiente:

«En caso de que las autoridades competentes del Estado miembro de acogida tengan motivos razonables para sospechar que, en relación con la contratación del agente o el establecimiento de la sucursal previstos, se están perpetrando o ya se han perpetrado o intentado actividades de blanqueo de dinero o de financiación del terrorismo con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 2005/60/CE, o que la contratación de dicho agente o el establecimiento de dicha sucursal podrían aumentar el riesgo de blanqueo de dinero o financiación del terrorismo, informarán a las autoridades competentes del Estado miembro de origen, las cuales podrán negarse a registrar al agente o sucursal, o podrán revocar la inscripción en caso de haberse ya realizado.».

En los casos regulados en el artículo 17.6 de la DSP, incluso después del inicio de las actividades —y sin perjuicio de hacer aplicar su propia legislación en materia de prevención del blanqueo de capitales—, las **autoridades del Estado miembro de acogida** pueden expresar serias dudas a las autoridades del Estado miembro de origen acerca del cumplimiento, por parte del agente, de las obligaciones de su país en materia de prevención del blanqueo de capitales. Una vez alertadas, las autoridades del Estado miembro de origen pueden revocar la autorización del agente. Desde el punto de vista formal, esa decisión final de revocación es responsabilidad del Estado miembro de origen. Pero, igual que en el caso de la inscripción inicial en el registro, parece muy deseable, en aras de la cooperación fluida entre supervisores y de la eficiencia máxima de la prevención del blanqueo de capitales, que el Estado miembro de origen preste la máxima atención a la opinión de las autoridades del Estado miembro de acogida, y que, si el Estado miembro de origen decide no tener en cuenta la opinión de aquel,

facilite una explicación adecuada de los motivos en que se basa tal decisión («cumplir o explicar»).

d) ¿Deben cumplir los agentes los requisitos de la DBC?

El artículo 17.1.b) de la DSP exige al supervisor del Estado miembro de origen que evalúe, entre otras cosas, «los mecanismos de control interno que vayan a utilizar los agentes **a fin de cumplir las obligaciones [...] con respecto al blanqueo de capitales y a la financiación del terrorismo**» (negrita añadida).

Aunque no se establece de manera explícita, el carácter territorial de la DBC implica que los propios agentes, que actúan por cuenta de la EP, deben cumplir los requisitos de la DBC del Estado miembro de acogida. Pero las obligaciones de los agentes en materia de prevención del blanqueo de capitales no radican directamente en la propia DBC, sino que más bien se derivan del contrato firmado con la EP, la cual es responsable de la supervisión de sus agentes y, por tanto, tiene la responsabilidad sobre cualquier infracción, por parte de sus agentes, de los requisitos en materia de prevención del blanqueo de capitales. Así lo confirma el considerando 28 de la DBC:

«En caso de que exista una relación de externalización o agencia, sobre una base contractual, entre entidades o personas contempladas en la presente Directiva y personas físicas o jurídicas externas no incluidas en el ámbito de la misma, las obligaciones en materia de lucha contra el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo para los mencionados agentes o proveedores externos que forman parte de las entidades o personas sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva sólo podrán derivarse del contrato y no de la presente Directiva. La responsabilidad del cumplimiento de la presente Directiva se mantiene en las entidades o personas contempladas en la misma.».

En los casos en que los agentes son, en sí mismos, una entidad (es decir, una sucursal bancaria o una agencia de cambio regulada por la DBC), su deber de cumplimiento de las obligaciones en materia de prevención del blanqueo de capitales se deriva directamente de las Directivas.

Distintos modelos empresariales de las EP

Las EP que trabajan con agentes minoristas que no son entidades reguladas por la DBC pueden recurrir a distintas opciones:

- Delegar en los agentes, mediante contrato, el ejercicio de las obligaciones en materia de prevención del blanqueo de capitales (diligencia debida, vigilancia, información, etc.) por cuenta de la propia EP. Esta fórmula

exige que la EP haya asignado recursos adecuados, de tal manera que el agente haya sido debidamente formado y equipado para adoptar las medidas de diligencia debida con respecto al cliente y para tramitar las transacciones sospechosas de conformidad con la legislación del Estado miembro de acogida, y que se hayan implantado mecanismos de control interno adecuados, en la acepción del artículo 17.1.b) de la DSP.

- Considerar que no procede que los agentes minoristas efectúen controles en materia de prevención del blanqueo de capitales y tramiten comunicaciones de transacciones sospechosas y que, por tanto, su función debe limitarse a realizar los asientos contables y ejecutar los servicios de pago. En este caso, los requisitos en materia de prevención del blanqueo de capitales, incluida la comunicación de transacciones sospechosas, debe cumplirlos la propia EP, bien a distancia desde el Estado miembro de origen, o bien a través de un representante de la EP situado en el Estado miembro B al que se haya encomendado el ejercicio de las obligaciones de cumplimiento e información. A juicio de los servicios de la Comisión, sobre la base de la información recabada de algunos operadores del mercado de envío de dinero, los operadores «normales» prefieren y aplican esta última opción. Con todo, no cabe descartar que algunos otros operadores del mercado del envío de dinero hayan optado o estén optando ya por confiar a los agentes minoristas el ejercicio de las obligaciones relativas al cumplimiento de los requisitos en materia de prevención del blanqueo de capitales (diligencia debida, información, etc.). Asimismo, los servicios de la Comisión conocen casos en los que las obligaciones en materia de cumplimiento e información se ejercen desde una «base central» situada en un Estado miembro C.

Al evaluar el modelo empresarial de una EP y, en particular, la idoneidad de sus controles internos, las autoridades de los Estados miembros de origen y de acogida deben valorar si el hecho de que las obligaciones en materia de prevención del blanqueo de capitales las ejerzan los propios agentes minoristas puede conllevar riesgos en términos de política de lucha contra el blanqueo de capitales.

Muchos supervisores en este ámbito (pero no todos) consideran que, incluso con la formación adecuada y los mecanismos de control interno apropiados, hay agentes minoristas, como los ultramarinos y las estaciones de servicio, que no tendrían la debida capacidad para adoptar medidas eficientes de diligencia debida con respecto al cliente, para detectar posibles actividades sospechosas ni para preparar comunicaciones de transacciones sospechosas significativas. En cuanto a la obligación específica de comunicación, el artículo 22.2 de la DBC tendería a confirmar esta apreciación, al establecer: «[...] En principio, se encargarán de remitir la información la persona o

personas que hayan sido designadas de conformidad con los procedimientos contemplados en el artículo 34.».

Si llegaran a tales conclusiones, las autoridades del Estado miembro de origen (prestando la máxima atención a la opinión expresada por las autoridades del Estado miembro de acogida) podrían denegar (art. 17.4 de la DSP) o, si ya se hubieran iniciado las actividades, revocar la inscripción del agente en el registro (art. 17.6 de la DSP).

e) ¿A que UIF deberán transmitirse las comunicaciones de transacciones sospechosas?

El artículo 22.2 de la DBC establece lo siguiente:

«La información a que hace referencia el apartado 1 será remitida a la UIF del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre situada la entidad o persona que facilite dicha información.».

Atendiendo a la economía global de la DBC, parece deseable que las transacciones sospechosas se comuniquen a la UIF del Estado miembro B. En efecto, la información comunicada sería más provechosa para la UIF del Estado miembro B, que, al ser la UIF del país en el que habría surgido la sospecha, estaría en mejores condiciones para determinar qué hacer con la comunicación y proceder a continuación al seguimiento correspondiente.

Se han presentado a los servicios de la Comisión distintas interpretaciones del artículo 22.2 de la DBC. En algunos casos se alega que la comunicación debe dirigirse a la UIF del Estado miembro A, considerando que es el país en el que está «situada» la EP. No obstante, sobre la base de la jurisprudencia en el asunto Gambelli, descrita anteriormente, cabe argumentar que, a través de sus agentes, la EP está establecida («situada») en el Estado miembro B, en la acepción del artículo 22.2. Así pues, puede alegarse que es la propia EP (o, en algunos casos, sus agentes) la que debe comunicar las transacciones sospechosas a la UIF del Estado miembro B. Es evidente que la comunicación de la EP (situada en el Estado miembro A) a la UIF del Estado miembro B suscitaría problemas de idioma, formato y contenido de las comunicaciones de transacciones sospechosas, que difieren de un país a otro.

A fin de garantizar la igualdad de condiciones, tratar de alcanzar la máxima seguridad jurídica y obtener los mejores resultados a efectos prácticos, los servicios de la Comisión Europea están examinando si conviene:

- considerar la posibilidad de proceder a una futura aclaración legislativa de la Directiva sobre esta cuestión precisa, introduciendo de manera explícita el

requisito de que las comunicaciones se dirijan a la UIF del Estado miembro de acogida, o

- confiar en el futuro trabajo de las UIF a fin de facilitar una transmisión y tramitación transfronterizas fluidas de las comunicaciones de transacciones sospechosas. En esta labor debería tenerse en cuenta, en particular, la Decisión del Consejo, de 17 de octubre de 2000, relativa a las disposiciones de cooperación entre las unidades de información financiera de los Estados miembros para el intercambio de información. Asimismo, debe tomarse en consideración el trabajo sobre intercambio de comunicaciones de transacciones sospechosas realizado por el grupo EGMONT (EGMONT Group of Financial Intelligence Units)⁴.

f) ¿Puede imponer el Estado miembro de acogida una cierta forma de establecimiento?

Los servicios de la Comisión Europea son conscientes de que, para simplificar y aclarar las cuestiones del cumplimiento, la supervisión y la información, las autoridades de algunos Estados miembros pretenden imponer a las EP determinadas formas de establecimiento de estructuras permanentes en su territorio. En concreto, se inclinan por exigir que la EP establezca una sucursal propiamente dicha en su territorio o, como mínimo, que establezca un punto de contacto central para, entre otras cosas, racionalizar la recogida y transferencia de información sobre el cumplimiento de obligaciones en materia de lucha contra el blanqueo de capitales, con vistas a facilitar la labor supervisora de las autoridades del Estado miembro de acogida.

Ese requisito debe examinarse teniendo en cuenta que la DBC es una Directiva de armonización mínima y que el artículo 25.5 de la DSP establece que los apartados 1 a 4 del mismo artículo «se entenderán sin perjuicio de las obligaciones de las autoridades competentes en aplicación de la Directiva 2005/60/CE y el Reglamento (CE) nº 1781/2006, en particular con arreglo al artículo 37, apartado 1, de la Directiva 2005/60/CE y el artículo 15, apartado 3, del Reglamento (CE) nº 1781/2006, en materia de supervisión del cumplimiento de los requisitos establecidos en esos instrumentos.».

Si la EP no crea tal estructura permanente a iniciativa propia —una hipótesis que ya se observa en el mercado porque facilita en última instancia las actividades de la EP—, la imposición de cualquier requisito en este sentido por parte de las autoridades de los Estados miembros de origen o de acogida

⁴ <http://www.egmontgroup.org/>

tendría que valorarse detenidamente a la luz de los objetivos y disposiciones tanto de la DSP como de la DBC, así como de las normas del Tratado sobre el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios.

Esta valoración puede diferir en función del modelo empresarial de la EP y de los requisitos que impongan, en su caso, las autoridades de supervisión:

- Si la EP desea trabajar en condiciones transfronterizas *puras*, es decir, sin establecimiento de ninguna forma (lo que parece improbable tratándose de la actividad de envío de dinero, ya que parece necesaria una presencia en el extremo transmisor/receptor para enviar o entregar el dinero), el mero hecho de exigir una forma de establecimiento constituiría una restricción de la libre prestación de servicios, consagrada en el artículo 56 del Tratado, que debería justificarse exhaustivamente como imprescindible para la consecución de un objetivo de interés general. En su sentencia del 20 de mayo de 1992 en el asunto C-106/91, Ramrath⁵, el Tribunal sostuvo que los requisitos del Estado miembro de acogida relativos a la existencia de una infraestructura en el territorio nacional y la presencia efectiva del prestador del servicio estaban justificados en aras de salvaguardar el interés general de la honorabilidad e independencia de los auditores. A este respecto, cabe señalar que, *a fortiori*, la lucha contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo podrían considerarse un objetivo de interés general suficiente.
- Si se impusiera un límite a la forma de establecimiento secundario —por ejemplo, el requisito de establecer una sucursal propiamente dicha en vez (o además) de recurrir solamente a agentes locales—, tal requisito podría constituir una restricción del artículo 49.1 del Tratado que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, debería justificarse de manera pormenorizada⁶.
- En cuanto a la posibilidad de que el Estado miembro de acogida (o el de origen) imponga el requisito de establecer un *superagente* o un punto de contacto de agentes, o de contar con un «responsable de la conformidad» en su territorio, su proporcionalidad ha de examinarse con todo detalle. En términos de necesidad, parece evidente que esas estructuras podrían desempeñar un papel útil en materia de cumplimiento y supervisión de las obligaciones de prevención del blanqueo de capitales, lo que beneficiaría

⁵ Rec. 1992, p. I-03351.

⁶ TJCE, asunto Comisión/Francia (C-270/83); véase también el asunto Ramrath (C-106/91).

a las autoridades de ambos países. En concreto, si la EP tuviera un elevado número de agentes minoristas en el Estado miembro de acogida, el hecho de que uno de ellos —o un representante de la EP— ejerciera la función de interfaz con las autoridades de los Estados miembros de origen y de acogida podría elevar el grado de eficiencia del sistema en su conjunto. Asimismo, ayudaría a la propia EP a cumplir todos los requisitos de la DBC. Por analogía, podría verse un precedente en los artículos 38 y 39 de la Directiva 2008/118/CE⁷, relativa al régimen general de los impuestos especiales, y en la Directiva 2006/112/CE⁸, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, que, en determinadas condiciones, aceptan la presencia de un «representante fiscal» en el Estado miembro de acogida.

Así pues, los servicios de la Comisión Europea no se opondrían, *a priori*, a tal requisito, pero siempre y cuando se respetase el principio de proporcionalidad. En otros términos, los costes de tener una estructura centralizada por encima de los agentes existentes no deberían exceder de los beneficios previstos.

g) Responsabilidad de las EP

De conformidad con el artículo 18 de la DSP, las EP son plenamente responsables de los actos «de cualesquiera agentes, sucursales o instituciones a las que se hayan externalizado sus actividades».

⁷ DO L 9 de 14.1.2009, p. 12.

⁸ DO L 347 de 11.12.2006, p. 1.

2) Una entidad de pago del Estado miembro A tiene una sucursal en el Estado miembro B

a) ¿Qué autoridad competente supervisa la sucursal?

Delimitación de responsabilidades

El artículo 37.1 de la DBC exige a las autoridades competentes «que, como mínimo, supervisen eficazmente y tomen las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva por todas las entidades y personas a ella sujetas».

El artículo 37.2 de la DBC establece lo siguiente:

«Los Estados miembros velarán por que las autoridades competentes posean las competencias adecuadas, incluida la de obligar a aportar cualquier información que tenga relación con la supervisión del cumplimiento y la de realizar controles, y por que dispongan de los recursos adecuados para desempeñar sus funciones.».

El carácter territorial de la DBC atribuye una función supervisora prominente al Estado miembro de acogida, entendiéndose por tal el Estado miembro en el que está establecida la sucursal. No obstante, desde el punto de vista formal, no hay asignación exclusiva, ni al Estado miembro de origen ni al de acogida, de la responsabilidad de supervisión en lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones de la DBC por parte de la sucursal de una EP.

Como resultado de ello, tal como se explicó ya en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión Europea sobre el cumplimiento de la DBC por los grupos bancarios transfronterizos a escala de grupo (*Compliance with the AMLD by cross-border banking groups at group level*)⁹:

«En todos los Estados miembros, las filiales o sucursales, establecidas localmente, de entidades de crédito o de entidades financieras de otros Estados miembros (y de terceros países) están sujetas a la supervisión nacional en materia de lucha contra el blanqueo de capitales en la misma medida que las entidades de crédito y las entidades financieras nacionales. Al mismo tiempo, pese a la ausencia de un marco de referencia claro en la DBC respecto a la supervisión del cumplimiento de las obligaciones en materia de lucha contra el blanqueo de capitales por parte de los grupos

⁹ SEC(2009) 939 final, 30.6.2009.

bancarios, en casi todos los Estados miembros (si no en todos), la supervisión de la entidad matriz que lleva a cabo la autoridad de supervisión abarca las sucursales y filiales situadas en otros Estados miembros de la UE. En algunos Estados miembros, como Francia o Alemania, se trata de un imperativo legal, mientras que, por ejemplo, en Irlanda, es el resultado de las pautas en materia de supervisión. En otros Estados miembros, como Bélgica, Grecia, los Países Bajos o el Reino Unido, la autoridad de supervisión centra su atención en la sede central y en los cuadros superiores responsables de garantizar que sus sucursales y filiales extranjeras satisfagan la norma del grupo en materia de lucha contra el blanqueo de capitales. El resultado obvio es que puede ocurrir que más de un supervisor nacional intervenga respecto al mismo grupo en distintos países, lo que puede llevar a duplicaciones (y, potencialmente, a divergencias).».

Los servicios de la Comisión Europea estiman que las autoridades de supervisión de ambos Estados miembros, el de origen y el de acogida, deben implicarse en supervisar y garantizar el cumplimiento de la DBC por parte de la sucursal. Como, desde el punto de vista legal, la sucursal es una entidad de pago sujeta plenamente a las obligaciones de la DBC (en particular, la diligencia debida con respecto al cliente y las obligaciones de información), es evidente que las autoridades de supervisión de la DBC del Estado miembro en el que está situada la sucursal deben garantizar que esta cumple sus normas nacionales en materia de lucha contra el blanqueo de capitales. Pero al Estado miembro de origen, es decir, aquel en el que está situada la EP, le corresponde también ejercer un papel destacado, no solo desde la perspectiva prudencial, sino también, en cooperación con las autoridades del Estado miembro de acogida, en lo relativo a la supervisión del cumplimiento de la DBC por parte de la sucursal, mediante, por ejemplo, inspecciones *in situ* (véase el artículo 25.2 de la DSP).

Cooperación

Esta participación conjunta se entiende sin perjuicio de la cooperación prudencial entre las autoridades de supervisión del Estado miembro de acogida (presumiblemente tanto el supervisor prudencial como el supervisor de la DBC) y del Estado miembro de origen, que incluso podría llevar a la denegación o revocación del registro de agentes o sucursales o de la autorización de EP. No obstante, esas decisiones formales solo pueden ser adoptadas por el Estado miembro de origen, incluso si la conducta irregular tiene lugar en el Estado miembro de acogida. Pero, en lo que respecta a los agentes, parece muy deseable, en aras de la cooperación fluida entre supervisores, que el Estado miembro de origen preste la máxima atención a la opinión de las autoridades del Estado miembro de acogida a este respecto, y que si el Estado miembro de origen decide no tener en cuenta la opinión de

aquel proporcione una explicación adecuada de los motivos de tal decisión («cumplir o explicar»).

Debe señalarse que el concepto de «autoridades de supervisión» de la DBC y de la DSP podría no ser el mismo. Con todo, el artículo 24.2.c) de la DSP facilita su cooperación al obligar a los Estados miembros a permitir el intercambio de información entre las distintas categorías de autoridades de supervisión, en particular entre las autoridades de supervisión de la DSP y las de la DBC.

b) ¿A qué Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) debe dirigir la sucursal sus comunicaciones de transacciones sospechosas?

En su artículo 22.1, la DBC dispone que «(l)os Estados miembros exigirán a las entidades [...] sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva [...]» que transmitan a la UIF las comunicaciones de transacciones sospechosas. El apartado 2 del mismo artículo establece que la información «será remitida a la UIF del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre situada la entidad o persona que facilite dicha información».

Tal como se ha indicado anteriormente, el artículo 3.2.f) de la DBC incluye las «sucursales de entidades de financieras» en la definición de «entidades financieras». Así pues, la sucursal es, en sí misma, una entidad sujeta a los requisitos de información de la DBC. Teniendo en cuenta que, a los efectos de la DBC, las sucursales se consideran entidades separadas sujetas a obligaciones de información, los servicios de la Comisión estiman que deben dirigir las comunicaciones a la UIF del Estado miembro en el que estén situadas, es decir, a la del Estado miembro B. A continuación, esta UIF del Estado miembro B puede informar a la UIF del Estado miembro A si ello resulta pertinente para la investigación, de conformidad con las normas vigentes en materia de cooperación entre las UIF¹⁰.

¹⁰ Véase, en particular, la Decisión 2000/642 del Consejo, de 17 de octubre de 2000.