

**Guía de cumplimiento de las obligaciones
de diligencia debida en relación con los
fideicomisos anglosajones (*trusts*)
y otros instrumentos jurídicos similares**

Marzo de 2019

SEPBLAC

Introducción

El fideicomiso anglosajón (en lo sucesivo *trust*) es una figura originaria del derecho inglés en virtud de la cual una persona (fiduciario o *trustee*) controla bienes o derechos con un fin determinado o en beneficio de un tercero.

El *trust* es un instrumento jurídico que ha experimentado un gran desarrollo y que cumple un importante papel en el tráfico económico internacional. Ello no obstante, su opacidad lo hace propicio al abuso y su empleo en esquemas de blanqueo de capitales está bien documentado.¹

Aunque el *trust* es un instrumento ajeno al ordenamiento jurídico español, la creciente internacionalización de las relaciones económicas puede dar lugar a que los sujetos obligados establezcan relaciones de negocio o intervengan en operaciones con *trusts* constituidos con sujeción a la legislación de Estados terceros. En este contexto, los riesgos inherentes a los *trusts* y la carencia de experiencia práctica sobre esta figura en España hacen aconsejable la publicación de esta Guía.

Consecuentemente, la presente Guía proporciona orientaciones a los sujetos obligados sobre las obligaciones de diligencia debida a aplicar en las relaciones de negocio u operaciones con *trusts*. Por otra parte, esta Guía proporciona un listado ejemplificativo de los indicadores que los sujetos obligados deberán considerar al evaluar el riesgo de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo² asociado a las relaciones de negocio u operaciones con *trusts*.³

Esta Guía no cubre las obligaciones de prevención del blanqueo de capitales exigibles a la creación, el funcionamiento o la gestión de *trusts* (art. 2.1.ñ) LPBC⁴) o al ejercicio profesional de funciones de fiduciario (art. 2.1.o) LPBC).

Finalmente, debe señalarse que, si bien el *trust* es la figura más extendida internacionalmente, existen instrumentos similares reconocidos por otras legislaciones, como la *fiducie* o el *treuhand*, a los que, con carácter general, deberán extenderse las obligaciones establecidas en relación con los *trusts*.⁵

¹V. *Money Laundering Using Trust and Company Service Providers*. FATF (2010).

² Con carácter general, las referencias de la presente Guía al blanqueo de capitales comprenden la financiación del terrorismo.

³ Esta Guía deberá considerarse conjuntamente con las Directrices finales de las Autoridades Europeas de Supervisión, de 4 de enero de 2018.

⁴ LPBC: Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

⁵ La presente Guía se entiende sin perjuicio del cumplimiento por los sujetos obligados de cualesquiera otras obligaciones legales, en particular en materia tributaria, de ordenación y disciplina, de información y protección del consumidor y de protección de datos de carácter personal.

Obligaciones de diligencia debida

La legislación española de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo establece cuatro obligaciones fundamentales en materia de diligencia debida: (1) la identificación formal (art. 3 LPBC), (2) la identificación del titular real (art. 4 LPBC), (3) la obtención de información sobre el propósito e índole de la relación de negocios (art. 5 LPBC) y (4) el seguimiento continuo de la relación de negocios (art. 6 LPBC).

Todas las obligaciones de diligencia debida son plenamente aplicables a los trusts y otros instrumentos jurídicos similares, si bien con ciertas particularidades o especificidades que pasamos a desarrollar:

a) Identificación formal

En el caso de los *trusts*, los sujetos obligados deberán en todo caso:

- Requerir⁶ el documento constitutivo del *trust* (art. 6.3 RPBC⁷). Se considerarán documentos constitutivos el testamento (*will trust* o *trust under will*), la escritura (*trust instrument* o *deed of trust*) o la resolución judicial (en los *trusts* implícitos). No se admitirán por los sujetos obligados *trusts* constituidos oralmente ni *trusts* implícitos en tanto no sean reconocidos judicialmente.
- Proceder a la identificación y comprobación de la identidad de la persona que actúe por cuenta de los beneficiarios o de acuerdo con los términos del *trust* (art. 6.3 RPBC). La comprobación de la identidad deberá realizarse mediante los documentos fehacientes a que se refiere el art. 6.1 RPBC. En los casos de representación legal o voluntaria del *trust*, deberá obtenerse copia del documento público acreditativo de los poderes conferidos (art. 6.2 RPBC).

b) Identificación de los titulares reales

Con carácter general, la identificación de los titulares reales de un *trust* podrá realizarse mediante una declaración responsable del fiduciario o del representante legal o voluntario del *trust*. Se exceptúan los supuestos en los que el *trust*, los titulares reales, la relación de negocios o la operación presenten riesgos superiores al promedio, en los que resultará preceptiva la obtención por el sujeto obligado de documentación adicional o de información de fuentes fiables independientes (art. 9.1 RPBC).

En el caso de los *trusts*, tendrán la consideración de titulares reales todas las personas siguientes (art. 4.2.c) LPBC):

⁶ Si bien la obligación del sujeto obligado es la de “requerir” (no “obtener”), la negativa a aportar el documento constitutivo del *trust* determinará la prohibición de establecer la relación de negocios o ejecutar la operación (art. 7.3 LPBC).

⁷ RPBC: Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, aprobado por Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo.

SEPBLAC

1º El fideicomitente (*settlor, grantor* o *trustor*), esto es, la persona que constituye el *trust* por acto inter vivos o mortis causa. No se considerará fideicomitente al tribunal en los casos de *trusts* implícitos.

2º El fiduciario o fiduciarios (*trustee/s*), esto es, la persona o personas que, en virtud del *trust*, controla bienes o derechos con un fin determinado o en beneficio de terceros. En los casos en los que del documento constitutivo del *trust* resulte una pluralidad de fiduciarios, será exigible la identificación de todos ellos aun cuando no intervengan directa o personalmente en la operación o relación de negocios.

3º El protector, si lo hubiera, esto es, la persona designada en un *trust* expreso por el fideicomitente con facultades de control, incluida, en su caso, la remoción del fiduciario. No se considerará protector al tribunal (*probate court*) en el caso de *trusts* testamentarios.

4º Los beneficiarios o, cuando aún estén por designar, la categoría de personas en beneficio de la cual se ha creado o actúa el *trust*. En el caso de beneficiarios designados por características o clases, deberá obtenerse la información necesaria para establecer la identidad del beneficiario en el momento del pago o cuando el beneficiario pretenda ejercer los derechos conferidos.

5º Cualquier otra persona física que ejerza en último término el control del *trust* a través de la propiedad directa o indirecta o a través de otros medios.

c) Información sobre el propósito e índole de la relación de negocios

Los sujetos obligados deberán obtener, como mínimo, la siguiente información:

- En relación con el *trust*, deberá determinarse el origen de los fondos dotacionales, la regularidad de su constitución y de las facultades atribuidas al fiduciario, su razonabilidad económica y/o jurídica y la inexistencia de cláusulas o previsiones anómalas, exorbitantes o ilegales.
- En relación con el fideicomitente, deberá obtenerse información sobre su actividad profesional o empresarial y sobre el origen de los fondos aportados al *trust*. En todo caso deberá determinarse si el fideicomitente tiene la condición de persona con responsabilidad pública⁸, es nacional o residente de un país, territorio o jurisdicción de riesgo⁹ o está sujeto a sanciones financieras internacionales.
- En relación con el fiduciario, deberá determinarse el alcance de sus facultades y las modalidades de su retribución, así como su carácter profesional o no profesional. En el caso de fiduciarios profesionales, deberá obtenerse información sobre las

⁸ V. art. 14 LPBC.

⁹ Se considerarán como países, territorios o jurisdicciones de riesgo los siguientes: (a) Países, territorios o jurisdicciones que no cuenten con sistemas adecuados de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. (b) Países, territorios o jurisdicciones sujetos a sanciones, embargos o medidas análogas aprobadas por la Unión Europea, las Naciones Unidas u otras organizaciones internacionales. (c) Países, territorios o jurisdicciones que presenten niveles significativos de corrupción u otras actividades criminales. (d) Países, territorios o jurisdicciones en los que se facilite financiación u apoyo a actividades terroristas. (e) Países, territorios o jurisdicciones que presenten un sector financiero extraterritorial significativo (centros off-shore). (f) Países, territorios o jurisdicciones que tengan la consideración de paraísos fiscales (art. 22.1 RPBC).

SEPBLAC

medidas de prevención del blanqueo de capitales aplicadas por el fiduciario como sujeto obligado. En el supuesto de fiduciarios no profesionales, deberá obtenerse información sobre su actividad profesional o empresarial y sobre la naturaleza de su relación con el fideicomitente.

- En relación con los beneficiarios, deberá obtenerse información sobre su actividad profesional o empresarial y determinarse la naturaleza de su relación con el *trust* y el fideicomitente.

En el proceso de aceptación, los sujetos obligados deberán asimismo obtener información sobre la operativa prevista del *trust* (en particular, volumen, medios de pago, perfil inversor y operativa nacional o internacional).

d) Seguimiento continuo de la relación de negocios

Los sujetos obligados deberán:

- Revisar las operaciones para garantizar que coinciden con el perfil de riesgo del *trust*.
- Garantizar que los documentos, datos e información relativos al *trust* y a sus titulares reales están actualizados.

Toda la información obtenida en el proceso de debida diligencia deberá documentarse por el sujeto obligado. La documentación deberá conservarse durante un periodo de diez años desde la terminación de la relación de negocios o la ejecución de la operación (art. 25 LPBC).

Los sujetos obligados no establecerán relaciones de negocio ni ejecutarán operaciones con *trusts* cuando no puedan aplicar las medidas de diligencia debida exigibles legalmente (en particular, cuando no puedan obtener la documentación e información congruente con el riesgo).

Los fiduciarios¹⁰ comunicarán su condición a los sujetos obligados cuando, como tales, pretendan establecer relaciones de negocio o intervenir en cualesquiera operaciones. En aquellos supuestos en que un fiduciario no declare su condición de tal y se determine esta circunstancia por el sujeto obligado, se pondrá fin a la relación de negocios, procediendo a realizar el examen especial a que se refiere el artículo 17 LPBC.

En los casos en que el cliente del sujeto obligado reciba fondos de un *trust* o de una empresa administradora de *trusts* (p.ej. *XXX Trust Services, Ltd.*), la mera existencia del *trust* no constituirá por sí misma acreditación del origen de los fondos o del patrimonio, debiendo practicarse la diligencia debida en los términos señalados anteriormente (en particular, documentación del *trust*, incluido el origen de los fondos dotaciones, y determinación de la relación del cliente con el *trust* y el fideicomitente).

¹⁰ Aunque el art. 6.3 RPBC hace referencia al "fideicomisario", este término debe entenderse, en este contexto, como sinónimo de "fiduciario". En esta Guía se utiliza únicamente la denominación "fiduciario" para hacer referencia a la figura anglosajona del "trustee".

Indicadores de riesgo

Este listado no es exhaustivo y tiene carácter meramente ejemplificativo. Los sujetos obligados deberán determinar el riesgo en función de las concretas circunstancias del *trust* y de la relación de negocios u operación.

En relación con el *trust*:

- *Trusts* constituidos o domiciliados en países, territorios o jurisdicciones de riesgo.
- *Trusts* con cuentas o activos en países, territorios o jurisdicciones de riesgo.
- *Trusts* que realizan pagos o reciben ingresos de países, territorios o jurisdicciones de riesgo.
- *Trusts* dotados con fondos o que reciben ingresos de procedencia desconocida.
- *Trusts* con características anómalas o exorbitantes (p.ej. *trusts* con *flee clause*).
- *Trusts* que realizan pagos o reciben ingresos sin conexión con el propósito y finalidad del *trust*.
- *Trusts* que realizan pagos o reciben ingresos en efectivo u otros medios de pago opacos (p.ej. cheques bancarios al portador).
- *Trusts* que reciben u ordenan transferencias sin plena identificación de los intervinientes.
- *Trusts* que reciben u ordenan periódicamente transferencias regulares en concepto de “préstamo” o “reembolso de préstamo”.
- *Trusts* constituidos por empresas mercantiles a favor de personas físicas determinadas (en particular, si las empresas operan en sectores económicos de riesgo: p.ej. material de defensa, obra civil, industrias extractivas).¹¹
- *Trusts* integrados en estructuras complejas sin justificación económica aparente (p.ej. pluralidad de jurisdicciones, vehículos corporativos *off-shore*, sociedades pantalla, intervención de titulares nominales, número excesivo de intermediarios).
- *Trusts* de protección de activos (*asset protection trusts*). En todo caso los sujetos obligados se abstendrán de participar en operaciones orientadas a defraudar los derechos de terceros o frustrar resoluciones de embargo.

En relación con el fiduciario:

- Fiduciarios que residen u operan en países, territorios o jurisdicciones de riesgo.
- Fiduciarios profesionales que no aplican medidas adecuadas de prevención del blanqueo de capitales.
- Fiduciarios profesionales no sometidos en su jurisdicción a obligaciones de prevención del blanqueo de capitales.
- Fiduciarios manifiestamente carentes de aptitud, cualificación o experiencia.

¹¹ V. Corrupción en las actividades económicas internacionales. Indicadores de riesgo. SEPBLAC (2016)

SEPBLAC

- Fiduciarios renuentes a proporcionar información (p.ej. en el proceso de debida diligencia oponen alegaciones de confidencialidad) o que proporcionan información falsa, incoherente, vaga o no susceptible de comprobación.
- Fiduciarios que ofrecen otros servicios profesionales caracterizados por su opacidad (p.ej. sociedades preconstituidas).
- Fiduciarios profesionales que anuncian o publicitan sus servicios enfatizando la confidencialidad.
- Fiduciarios con retribuciones excesivas.¹²
- Fiduciarios con facultades anómalas, excesivas o exorbitantes.
- *Trusts* en los que se observan cambios frecuentes o no justificados de fiduciarios.
- *Trusts* gestionados por banqueros privados.

En relación con los beneficiarios o el fideicomitente:

- *Trusts* en los que el fideicomitente ostenta la condición de beneficiario.
- *Trusts* en los que el fideicomitente y/o los beneficiarios tienen la condición de personas con responsabilidad pública o tienen vínculos profesionales, personales o familiares con personas con responsabilidad pública.
- *Trusts* en los que el fideicomitente y/o los beneficiarios están sometidos a sanciones financieras internacionales.
- *Trusts* en los que el fideicomitente y/o los beneficiarios han sido objeto, de acuerdo con información pública, de investigaciones o denuncias.



¹² Aunque la concreta retribución de un fiduciario puede venir determinada por una serie de factores (activos, complejidad, alcance de las funciones atribuidas...), con carácter general no superará el 1% anual del patrimonio del *trust*. Retribuciones que excedan significativamente de este parámetro deberán considerarse como un indicador de riesgo.