

NOTA SOBRE *la Guía de Registro de Proveedores de Servicios a Sociedades y Fideicomisos del tipo trust*

1. INTRODUCCIÓN

El Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre de 2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, transpuso al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2015/849, de 20 de mayo¹, modificando algunos preceptos de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (en adelante, el “**RDL 11/2018**”, la “**Directiva 2015/849**” y la “**Ley 10/2010**”).

A los efectos que aquí interesan, el RDL 11/2018 introdujo dos modificaciones en el artículo 2.1 o) de la Ley 10/2010 referido a los sujetos obligados. Por un lado, la expresión “*servicios a terceros*” fue reemplazada por “*servicios por cuenta de terceros*” y, por otro lado, se sustituyó “*funciones de dirección o secretaría de una sociedad*” por “*funciones de dirección o de secretarios no consejeros de consejo de administración o de asesoría externa de una sociedad*”².

¹ Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, 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) n° 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.

² De esta forma, la redacción actualmente vigente es la que sigue: “o) *Las personas que con carácter profesional y con arreglo a la normativa específica que en cada caso sea aplicable presten los siguientes servicios por cuenta de terceros: constituir sociedades u otras personas jurídicas; ejercer funciones de dirección o de secretarios no consejeros de consejo de administración o de asesoría externa de una sociedad, socio de una asociación o funciones similares en relación con otras personas jurídicas o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; facilitar un domicilio social o una dirección comercial, postal, administrativa y otros servicios afines a una sociedad, una asociación o cualquier otro instrumento o persona jurídicas; ejercer funciones de fiduciario en un fideicomiso (trust) o instrumento jurídico similar o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; o ejercer funciones de accionista por cuenta de otra persona, exceptuando las sociedades que coticen en un mercado regulado de la Unión Europea y que estén sujetas a requisitos de información acordes con el Derecho de la Unión o a normas*

Asimismo, el RDL 11/2018 incluyó una Disposición Adicional Única en virtud de la cual los sujetos obligados incluidos en el artículo 2.1 o) de la Ley 10/2010 deben inscribirse en un Registro de proveedores de servicios a sociedades y fideicomisos, que se corresponde con el Registro Mercantil competente por razón del domicilio. Además, cada ejercicio, quedan obligados a presentar una declaración con el contenido previsto en esa Disposición, junto con, en el caso de tratarse de personas jurídicas, el depósito de sus cuentas anuales.

Estas modificaciones normativas dieron lugar a dudas interpretativas en relación con el alcance de esta obligación de registro, que fueron puestas de manifiesto por parte de esta Subcomisión de Prevención de Blanqueo de Capitales del Consejo General de la Abogacía Española a la Subdirección General de Inspección y Control de Movimientos de Capitales. En este sentido, desde la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (la “**Comisión**”) se comenzó a elaborar una guía que pretendía dar respuesta a las dudas planteadas. Esta Subcomisión tuvo la oportunidad de presentar las alegaciones que consideró oportunas a la vista del primer borrador de la guía.

Finalmente, la Comisión ha emitido la versión final de la “*Guía de Registro de Proveedores de Servicios a Sociedades y Fideicomisos del Tipo Trust*” (en adelante, la “**Guía**”), que no es del todo coincidente con el borrador inicial en relación con el cual se formularon alegaciones en su momento.

Una vez analizada la Guía, se puede concluir que algunas de las sugerencias realizadas por esta Subcomisión han sido acogidas, lo cual ha hecho que su contenido se haya visto aclarado y precisado en diversos puntos concretos. Sin embargo, existen algunas conclusiones alcanzadas por la Guía respecto de las cuales esta Subcomisión no se muestra conforme. Ahora bien, dado que la Comisión es el máximo órgano supervisor en esta materia, su interpretación debe tenerse en cuenta como especialmente cualificada (a este respecto debe señalarse que, conforme a lo dispuesto en el artículo 44.2.j) de la Ley 10/2010, una de las funciones de dicha Comisión es la de “*aprobar orientaciones y guías de actuación para los sujetos obligados*”).

No obstante, a juicio de esta Subcomisión, existen cuestiones concretas que no han terminado de ser aclaradas por la Guía.

Por todo ello, desde esta Subcomisión se considera procedente remitir la Guía a todos los Colegios de Abogados de España, junto con esta breve Nota (la “**Nota**”).

internacionales equivalentes que garanticen la adecuada transparencia de la información sobre la propiedad, o disponer que otra persona ejerza dichas funciones”.

2. ANÁLISIS DE LA GUÍA PUBLICADA POR LA COMISIÓN

2.1 SOBRE LAS PERSONAS FÍSICAS Y JURÍDICAS OBLIGADAS A REGISTRARSE Y EL CONCEPTO DE “SOCIEDAD INSTRUMENTAL”

A nuestro juicio, ha de entenderse aclarado que la obligación de inscripción en el Registro de prestadores de servicios de sociedades se aplica a las personas jurídicas y no a los socios o empleados de esas personas jurídicas. Se excepcionan los casos en que existan formas de ejercicio colectivo que no adopten la forma de persona jurídica que actúe externamente frente al cliente. La clave será quién emite la correspondiente factura por los servicios profesionales.

De acuerdo con el artículo 2.2 de la Ley 10/2010, *“tienen la consideración de sujetos obligados las personas físicas o jurídicas que desarrollen las actividades mencionadas en el apartado precedente. No obstante”,* aclara la norma, *“cuando las personas físicas actúen en calidad de empleados de una persona jurídica, o le presten servicios permanentes o esporádicos, las obligaciones impuestas por esta Ley recaerán sobre dicha persona jurídica respecto de los servicios prestados”*. Es decir, de acuerdo con este precepto, no se considera que tengan la condición de sujetos obligados las personas físicas cuando actúen como empleadas de personas jurídicas que realicen alguna de las actividades previstas en el artículo 2.1 (entre ellas, las recogidas en la letra o). En esos casos, es la persona jurídica y no la persona física la que se considera sujeto obligado.

De conformidad con lo anterior, la Guía, en su página 5, con carácter general, aclara que las personas jurídicas que presten los servicios previstos en el artículo 2.1 o) de la Ley 10/2010 son las obligadas a inscribirse en el Registro Mercantil, *“sin que sea necesario que cada uno de los profesionales contratados por la sociedad se deban inscribir a título individual”*.

En relación con esta cuestión, la Guía hace referencia expresa a los supuestos en que el ejercicio de la abogacía se realiza de forma colectiva³ a través de sociedades profesionales. En esos casos, cuando es la sociedad profesional, y no los profesionales de forma individual, la que presta los servicios al cliente, será la sociedad la que estará obligada a registrarse. Esto afecta no solo a los profesionales que se integren en la organización como empleados, sino también a los socios, puesto que ellos también prestan sus servicios en nombre y por cuenta de la sociedad profesional (véase, en este sentido, el párrafo 2º de la pág. 5).

Sin embargo, la Guía matiza que esta regla no será de aplicación en el supuesto de *“sociedad(es) instrumental(es), de medios o de intermediación”*, en las que los profesionales prestan sus servicios en nombre propio y bajo su responsabilidad. Esta limitación es, a criterio de la Subcomisión, injustificada y carente de soporte normativo.

³ Artículo 28 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

Para distinguir unos supuestos de otros, y a juicio de esta Subcomisión, lo relevante es determinar en nombre de quién se emite la factura al cliente: si en nombre de la sociedad profesional -en cuyo caso estaremos en el primer supuesto- o en nombre del profesional a título individual –en cuyo caso estaremos en el segundo supuesto-.

Cuando la profesión se ejerce en calidad de persona física, empresario o profesional, en esos casos queda claro que será la persona física quien a título individual deberá inscribirse en el Registro de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional Única de la Ley 10/2010.

2.2 SOBRE LA INTERPRETACIÓN DADA A LA EXPRESIÓN “POR CUENTA DE TERCEROS”

Más adelante, en la página 9, la Guía analiza el concepto de “*prestación de servicios por cuenta de terceros*” introducido por el RDL 11/2018. Esta expresión puede dar lugar a dos interpretaciones.

La primera consistiría en sostener que cuando la norma prevé que los servicios se presten “*por cuenta de terceros*” a lo que el precepto se refiere es a aquellos casos en que un profesional (que puede ser una persona jurídica o una persona física) presta alguno de los servicios recogidos en la letra *o*) del artículo 2.1 por cuenta de un tercero (distinto del profesional y de la persona jurídica respecto de la cual se prestan esos servicios). Es decir, se trataría de casos en los que esos servicios se prestan por un profesional en calidad de “persona interpuesta” o como fiduciario. Pensemos, por ejemplo, en un supuesto en que una persona física no desea aparecer como secretario no consejero de un consejo de administración y contrata para ello los servicios de una persona que realiza esas tareas de forma profesional en su lugar.

A juicio de esta Subcomisión, esta es la interpretación que habría de darse a la expresión “*por cuenta de terceros*”, tal y como se adelantó en el “*Informe sobre la obligación de inscripción de los profesionales que prestan los servicios relacionados en la letra “o” del artículo 2.1 de la Ley 10/2010 de 28 de abril*”, emitido por esta Subcomisión, con fecha 29 de mayo de 2019. Sin embargo, esta no es la conclusión a la que llega la Guía.

Así, en la página 9, se recoge expresamente que “[c]arece de sentido interpretar que únicamente se tiene la consideración de sujeto obligado cuando se presten servicios por encargo de un tercero ajeno a la sociedad receptora, y no cuando sean encargados por esta”, ya que dicha interpretación sería contraria a lo previsto en el artículo 3.7 de la Directiva 2015/849.

Es decir, la Guía realiza una segunda interpretación y considera que también son sujetos obligados aquellas personas que prestan alguno de los servicios previstos en la letra *o*) por encargo directo de la sociedad receptora de tales servicios. Volviendo al ejemplo anterior, de acuerdo con esta interpretación, también serían sujetos obligados y como tales estarían obligados a registrarse aquellas personas (físicas o jurídicas) que actúen como secretarios no consejeros de un consejo de administración por encargo directo de la propia sociedad

receptora. Se realiza así una equivocada interpretación de la Directiva y de la ley que la traspone al confundir prestar servicios por “cuenta de tercero” con prestar servicios “a tercero”.

Esta Subcomisión se muestra completamente disconforme con la interpretación recogida en la Guía, que, además, incluye terminología ambigua que puede dar lugar a confusión (como, por ejemplo, puede ser el uso del término “*incardinados*”, que no es un término jurídico).

Asimismo, y lo que resulta especialmente relevante, es que esta interpretación no se ampara en el principio del enfoque riesgo en que se basa la normativa sobre prevención del blanqueo de capitales⁴. Esta Subcomisión no alcanza a comprender en qué medida existe un riesgo de prevención de blanqueo de capitales cuando una sociedad encarga a una persona física o jurídica ajena a ella la realización de determinadas actuaciones, por ejemplo, la llevanza de la secretaría.

En cualquier caso, lo cierto es que, de acuerdo con la Guía, la prestación de cualquiera de los servicios previstos en la letra o), a raíz de un encargo “bilateral”(entre la sociedad y un profesional), también está sujeta a inscripción, y no solo en aquellos casos en se realicen por cuenta de un tercero distinto de la sociedad receptora. Dado que esta es la postura adoptada por la Comisión (máximo órgano supervisor), atendiendo a un principio de prudencia, resulta conveniente tener en cuenta esta interpretación, sin perjuicio de que esa interpretación haya sido matizada por la Guía para cada tipo de servicio previsto en la letra o), como se indica a continuación.

2.3 SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES U OTRAS PERSONAS JURÍDICAS

Así, por ejemplo, en relación con este tipo de servicios, la Guía ha aclarado que no se incluye la función de asesoramiento en la constitución de sociedades u otras personas jurídicas (que estaría incluida en la letra ñ)), sino que se refiere a aquellos proveedores que se dedican profesionalmente a constituir persona jurídicas para su posterior venta a terceros (pág. 10 de la Guía). Esta Subcomisión valora positivamente esta aclaración.

2.4 EN RELACIÓN CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES DE DIRECCIÓN O DE SECRETARIOS NO CONSEJEROS DE CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN O DE ASESORÍA EXTERNA DE UNA SOCIEDAD, SOCIO DE UNA ASOCIACIÓN O FUNCIONES SIMILARES EN RELACIÓN CON OTRAS PERSONAS JURÍDICAS O DISPONER QUE OTRA PERSONA EJERZA DICHAS FUNCIONES

Con respecto a esta previsión, la Guía aclara que el concepto de “*asesoría externa*” no abarca “*la mera prestación externa de servicios de asesoría jurídica, financiera o de otro tipo*”. En

⁴ Véanse, en este sentido, el Considerando 22 o el artículo 48 de la Directiva 2015/849.

consecuencia, la prestación de este tipo de servicios profesionales “*no determina la obligación de inscripción en el registro*” (pág. 11).

De acuerdo con la Guía, los servicios de “*asesoría externa*” deben entenderse referidos a servicios “*equivalente[s] a la función de secretaria*” (págs. 7 y 11), entendidos como funciones de gestión, organización, toma de decisiones o dirección del negocio, y no como funciones técnicas, representativas o de simple ejecución de actos y formalización de negocios frente a terceros.

Aclarado este punto, cuando la norma hace referencia al “*ejercicio de funciones de dirección*” a lo que se refiere es a aquellos supuestos en que existe una persona que realice labores propias de un “*administrador fiduciario*” (pág. 12 de la Guía). Esta Subcomisión considera que esta misma interpretación debería ser aplicable al ejercicio de funciones de secretario no consejero, pero lo cierto es que la Guía, en su versión final, no se pronuncia en este sentido.

Asimismo, la Guía señala expresamente en su página 12 que solamente deben registrarse las personas contratadas por cuenta ajena para realizar funciones de asesoría externa de manera habitual en entidades carentes de estructura completa y desarrollada (concepto que no se define). En consecuencia, cabe entender que si el servicio se presta en entidades que sí dispongan de tal estructura, no habría obligación de registro.

La Guía excluye expresamente a los administradores concursales, a aquellas personas que estén vinculadas a la sociedad mediante una relación laboral como directores, consejeros o secretarios, así como a aquellos secretarios del consejo de administración que sean a su vez consejeros (pág. 12). En este sentido, esta Subcomisión entiende que tampoco deben quedar incluidos los consejeros de un consejo de administración, que no sean secretarios, que, como tales, realicen labores de dirección, aunque no se encuentren vinculados a la sociedad por una relación laboral.

2.5 SOBRE LA DOMICILIACIÓN SOCIAL, POSTAL, ADMINISTRATIVA Y OTROS SERVICIOS AFINES

De acuerdo con la Guía, están obligadas a inscribirse en el Registro de prestadores de servicios aquellas personas físicas o jurídicas que presten servicios de domiciliación social, postal, administrativa o similares, “*con independencia de: [...] que forme parte de un paquete de servicios que incluyan asesoramiento fiscal o jurídico o se preste de manera aislada*” (pág. 13). A continuación, aclara que “*no incluye los supuestos de domiciliación a meros efectos de notificación dentro de la prestación de otro servicio profesional en el que se incardina*” (pág. 14).

Esta Subcomisión considera que solo deberían quedar incluidos aquellos supuestos en que los servicios de domiciliación se presten de forma habitual e independiente (o aislada, en términos de la Guía) respecto de otros servicios jurídicos. A juicio de esta Subcomisión, cuando se

presten de forma accesoria a otros servicios jurídicos, también deberían quedar excluidos, y no solo cuando se haga a los solos efectos de notificación.

3. CONCLUSIÓN

Realizadas estas consideraciones, esta Subcomisión considera que, por lo demás, la Guía ha servido para aclarar algunas dudas que habían surgido a raíz de la aprobación del RDL 11/2018 y consiguiente modificación de la Ley 10/2010.

Sin perjuicio de las discrepancias de criterio puestas de manifiesto en esta Nota, respecto de algunas cuestiones concretas, esta Subcomisión considera que la interpretación dada por la Comisión en la Guía debe tenerse en cuenta como una interpretación cualificada del supervisor, atendiendo a un principio de prudencia y conforme a lo establecido en el artículo 44.2.j) de la Ley10/2010.

Madrid, 28 de mayo de 2020



Fdo.- Jesús Pellón Fernández-Fontecha
Presidente de la Subcomisión