

Crónica europea 2018

Isabel Peñalosa Esteban

Directora de Relaciones Institucionales y Asesoría Jurídica
Asociación Española de Fundaciones

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: INICIATIVAS EUROPEAS EN TRAMITACIÓN DURANTE EL 2018.— II. DIRECTIVAS «CUARTA» Y «QUINTA» RELATIVAS A LA PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITAL Y LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO: 1. *Transposición al ordenamiento español de la IV Directiva: fundaciones y asociaciones*. 2. *Registro de titularidades reales y entidades sin fines de lucro*.— III. INICIATIVAS DEL SECTOR FUNDACIONAL PARA LA REPRESENTACIÓN DE SUS INTERESES EN EUROPA: LA CREACIÓN DE UN ESPACIO ÚNICO EUROPEO PARA LA FILANTROPÍA.

I. Introducción: iniciativas europeas en tramitación durante el 2018

A lo largo de 2018, coincidiendo con la recta final de la legislatura del Parlamento Europeo, se inició la tramitación de distintos procesos relevantes para el sector fundacional y el tercer sector social en general, cuya aprobación definitiva no se ha producido hasta 2019.

El nuevo *Marco Financiero Plurianual* (MFP o MFF por sus siglas en inglés) 2021-2027, inició su tramitación con la propuesta legislativa que la Comisión realizó el 2 de mayo de 2018¹. La propuesta de la Comisión incluía siete bloques: i) mercado único, innovación y economía digital; ii) cohesión y valores; iii) recursos naturales y medioambiente; iv) migración y gestión de las fronteras; v) seguridad y defensa; vi) vecindad y resto del mundo; y vii) administración pública europea.

Entre los mecanismos de financiación europeos contemplados en el primer bloque se ha incluido el *Fondo InvestEU*, que agrupará en una única estructura los distintos instrumentos financieros de la UE actualmente disponibles y ampliará el modelo del Plan de Inversiones para Europa, el «Plan Juncker». El Programa *InvestEU* tiene como objetivo permitir a la Comisión

¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Un presupuesto moderno para una Unión que proteja, empodere y vele por la seguridad. El marco financiero plurianual para el período 2021-2027. Bruselas, 2.5.2018 COM (2018) 321 final.

estimular más la inversión, la innovación y la creación de empleo, generando inversiones adicionales estimadas en 650.000 millones de euros.

La propuesta de regulación de la Comisión Europea para el nuevo programa *InvestEU* dentro del Marco Financiero Plurianual 2021-2027, se publicó el 6 de junio de 2018², por lo que su tramitación y aprobación ha continuado durante 2019. Se trata de un instrumento de garantía que unifica bajo un mismo paraguas varios instrumentos financieros de la Unión Europea. El programa *InvestEU* introduce instrumentos financieros de garantía para inversiones en determinadas políticas y, en su versión definitiva, contempla a las fundaciones como potenciales co-inversoras, lo que podría suponer un incentivo para fundaciones que realicen inversiones relacionadas con su misión, que se podrían beneficiar de este instrumento.

Los programas que podrán ser financiados a través de este instrumento se agrupan en cuatro áreas: i) infraestructuras sostenibles; ii) investigación, innovación y digitalización; iii) pequeñas empresas; y iv) inversión social y cualificaciones.

Esta última, denominada la «ventana social» de *InvestEU*, está dirigida a garantizar la inversión en educación, formación, vivienda social, escuelas, universidades, hospitales, innovación social, asistencia sanitaria, cuidados de larga duración y accesibilidad, microfinanciación, emprendimiento social, integración de migrantes, refugiados y personas vulnerables, entre otras áreas. Por ello, se espera que a través del instrumento se pueda beneficiar el desarrollo de programas en áreas en las que se encuentran involucradas muchas fundaciones y el tercer sector social en general.

Asimismo, en 2018, el Comité Económico y Social Europeo acordó promover una opinión sobre filantropía, cuya aprobación definitiva se ha producido también en 2019.

Este dictamen fue solicitado por la Presidencia rumana del Consejo mediante carta de 20 de septiembre de 2018, de acuerdo con lo previsto en el artículo 304 del Tratado de Funcionamiento de la UE que señala que el Comité será consultado por el Parlamento Europeo, el Consejo o por la Comisión, en los casos previstos en los Tratados. Añade que estas instituciones podrán consultarle en todos aquellos casos en que lo consideren oportuno.

Este dictamen, aprobado en mayo de 2019, con el título *Filantropía Europea: un potencial sin explotar*, destaca «la complementariedad y la capacidad de

² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el Programa InvestEU. Bruselas, 6.6.2018 COM (2018) 439 final 2018/0229 (COD).

las organizaciones filantrópicas para satisfacer las necesidades reales de las personas más vulnerables». Hace un llamamiento a los Estados miembro y a las instituciones comunitarias para que se eliminen las barreras existentes en la actualidad, como las que encuentran las fundaciones al actuar en otros Estados, reconociendo que aún no se aplica de forma efectiva al sector el principio de no discriminación y de libre circulación de capitales. Además, recomienda a los Estados miembro que reconozcan la filantropía como una forma de demostrar el compromiso y la participación de la sociedad.

Desde el sector fundacional se espera que este pronunciamiento, entendido como un espaldarazo al sector no lucrativo, sirva para continuar el diálogo iniciado con el Comité Económico y Social Europeo y con las instituciones europeas y nacionales para transformar estas recomendaciones en acciones concretas. Llega, además, en un momento clave, en el que cada vez más actores reconocen el estrechamiento del espacio de actuación de las organizaciones de la sociedad civil en distintos ámbitos y países.

Estas iniciativas, como se ha señalado, han visto su cristalización en 2019 por lo que nos referimos a continuación a aquellas otras que han entrado en vigor o cuyo efecto se ha desplegado plenamente en 2018.

II. Directivas «Cuarta» y «Quinta» relativas a la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo

En mayo de 2018 fue aprobada la denominada V Directiva, la *Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 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 modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE*.

Su aprobación se produce muy poco tiempo después de la aprobación de la llamada IV Directiva, la *Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015*, y coincide, en España, con la transposición de esta última.

1. Transposición al ordenamiento español de la IV Directiva: fundaciones y asociaciones

La transposición de la IV Directiva se produce en nuestro país a través del *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, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En concreto, su título segundo introduce una serie de modificaciones de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo. Su entrada en vigor se produjo el 4 de septiembre de 2018.

En el ordenamiento español, a diferencia de lo que ocurre en otros países, las asociaciones y las fundaciones son sujetos obligados, aunque parciales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.1, x) de la Ley 10/2010. Esta opción del legislador, a juicio del sector, no acaba de ser respetuosa con el enfoque riesgo a que hace alusión el Grupo de Acción Financiera (GAFI o FATF por sus siglas en inglés) en su recomendación octava, referida a las entidades sin ánimo de lucro.

Esta recomendación fue modificada en 2016, tras una consulta pública del organismo intergubernamental en la que participó ampliamente el sector. También fue modificada su nota interpretativa, de forma que el GAFI, como la Unión Europea, aun calificando al sector no lucrativo como un sector de riesgo, matizaba que no todas las entidades lo son en la misma medida y que cada país revisará la adecuación de su regulación, atendiendo a la tipología de aquellas organizaciones que se hayan podido identificar como particularmente vulnerables.

Nuestro ordenamiento, por el contrario, hace tabla rasa, y no distingue distintas tipologías. Ni por tipo de entidades, ni en función de las actividades que realicen o de las formas de financiación —entidades donantes y operativas, por ejemplo—. Tampoco distingue el ámbito territorial en el que desarrollen sus actividades —nacional o internacional—. Señala que son sujetos obligados parciales e incluye en el artículo 39 la obligación de identificar tanto a los donantes como a las entidades o personas a las que otorguen ayudas. Sólo una interpretación integradora del régimen de obligaciones de fundaciones y asociaciones y el de otros sujetos obligados ha permitido ir configurando un régimen propio para las entidades sin fin de lucro que, en algunos casos, puede resultar desproporcionado.

El *Real Decreto-ley 11/2018* introdujo distintas modificaciones como consecuencia de la transposición de la IV Directiva. No obstante, algunas de las novedades de la Directiva ya habían sido introducidas mediante modificaciones anteriores de la *Ley 10/2010*, por la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* y por el *Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo*, por el que se aprobaba el Reglamento de desa-

rrollo de la *Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*. Esto fue posible, de acuerdo con la exposición de motivos del Real Decreto-ley, «porque la normativa de la Unión se inspira directamente en las Recomendaciones del GAFI a la hora de fijar la regulación armonizada sobre esta materia».

En efecto, así es. Fue precisamente el Real Decreto *304/2014, de 5 de mayo*, el que acabó de completar la regulación de las obligaciones de fundaciones y asociaciones en materia de prevención de blanqueo y financiación del terrorismo a través de su artículo 42. Este artículo introdujo lo que puede calificarse como «agravio» o tratamiento no proporcional para el sector no lucrativo, al imponer el umbral de identificación de donantes y ayudas otorgadas a personas o entidades beneficiarias en 100 euros, siendo el umbral para otros sujetos obligados por otro tipo de operaciones de 1.000.

El Real Decreto-ley no introdujo novedades específicas para asociaciones y fundaciones. No obstante, algunas modificaciones les han afectado en los mismos términos que a otros sujetos obligados. En particular, el endurecimiento de las sanciones. De acuerdo con el artículo 52.3, b) de la *Ley 10/2010*, constituyen infracciones graves el incumplimiento por fundaciones y asociaciones de las obligaciones de identificación a que se refiere el artículo 39 de la misma norma.

En consecuencia, tras esta modificación, la falta de identificación del titular formal y real de los donantes o de las personas o entidades donatarias por parte de asociaciones y fundaciones, podría dar lugar a la imposición de una multa mínima de 60.000 euros y máxima hasta la mayor de las siguientes cifras: el 10 por ciento del volumen de negocios anual total del sujeto obligado, el tanto del contenido económico de la operación, más un 50 por ciento, el triple del importe de los beneficios derivados de la infracción, cuando dichos beneficios puedan determinarse, o 5 millones de euros.

Además de la sanción que corresponda imponer al sujeto obligado, en este caso, la fundación o asociación, por la comisión de infracciones graves, se podrán imponer multas de entre 3.000 y 5 millones de euros, a quienes, ejerciendo en el mismo cargos de administración —patronos o miembros de la junta directiva de asociaciones— o dirección, o la función de experto externo, fueran responsables de la infracción. En ambos casos la multa irá unida a la amonestación pública o privada de la entidad y de los responsables, en su caso, y de la administración o dirección, tal y como ya se recogía en la redacción anterior.

Tanto la propuesta de reforma de la ley de prevención de blanqueo de capitales como del reglamento fueron sometidas a información y consulta pública antes de su tramitación por parte del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. Así, en enero de 2018, el sector no lucrativo realizó y trasladó sus propuestas a ambos textos³.

Las propuestas que se formularon al proyecto legislativo fueron las siguientes. En negrita se recoge el texto que se proponía respecto a la redacción del anteproyecto, con sus correspondientes justificaciones:

I. PROPUESTA.

«Artículo único. Modificación de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

La Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo queda modificada como sigue:

[...]

Veinticuatro (nuevo). El artículo 39 queda redactado del siguiente modo:

“Artículo 39. Fundaciones y asociaciones.

El Protectorado y el Patronato, en ejercicio de las funciones que les atribuye la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, y el personal con responsabilidades en la gestión de las fundaciones velarán para que éstas no sean utilizadas para el blanqueo de capitales o para canalizar fondos o recursos a las personas o entidades vinculadas a grupos u organizaciones terroristas.

A estos efectos, todas las fundaciones conservarán durante el plazo establecido en el artículo 25 registros con la identificación de todas las personas que aporten o reciban a título gratuito fondos o recursos de la fundación, en los términos de los artículos 3 y 4 de esta Ley. Estos registros estarán a disposición del Protectorado, de la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo, de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias o de sus órganos de apoyo, así como de los órganos administrativos o judiciales con competencias en el ámbito de la prevención o persecución del blanqueo de capitales o del terrorismo.

³ Las propuestas fueron formuladas de forma coordinada por un grupo de fundaciones y asociaciones individuales y por organizaciones paraguas que han constituido un grupo de trabajo. En concreto: Asociación Española de Fundaciones; Asociación Española de Fundraising; Fundación Ayuda en Acción; Cáritas Española; Coordinadora de Organizaciones de Cooperación al Desarrollo; Cruz Roja Española; Fundación Lealtad; Fundación Repsol; Manos Unidas; ONCE; Plataforma de ONG de Acción Social y Unicef.

Salvo que las operaciones de captación o destino de los fondos presenten un alto riesgo, las fundaciones podrán aplicar medidas simplificadas de diligencia debida para la identificación de las personas que aporten o reciban fondos.

Reglamentariamente podrá exceptuarse la aplicación de cualesquiera medidas de diligencia debida en aquellos casos en que, bien por el tipo de operación, bien por su cuantía, presenten un escaso riesgo de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.

*Lo dispuesto en los párrafos anteriores será asimismo de aplicación a las asociaciones, correspondiendo a los miembros del órgano de representación **y al personal con responsabilidades en la gestión, así como** al organismo encargado de verificar su constitución, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas por el artículo 34 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, cumplir con lo establecido en el presente artículo.*

Atendiendo a los riesgos a que se encuentre expuesto el sector, podrán extenderse reglamentariamente a las fundaciones y asociaciones las restantes obligaciones establecidas en la presente Ley”».

II. JUSTIFICACIÓN.

En el análisis de riesgos realizado por la Comisión Europea [COM(2017) 340 final] se pone de manifiesto que, tanto las entidades sin fines de lucro que realizan actividades asistenciales o de atención a las personas o actuación directa, como aquellas que realizan actividades de sensibilización, incidencia o actividades filantrópicas, presentan un riesgo significativo o muy significativo, a las actividades de blanqueo, pero sobre todo de financiación del terrorismo.

Sin embargo, también reconoce que estas entidades no están contempladas expresamente en el ámbito subjetivo de la Directiva, y que no todas presentan el mismo riesgo, sobre todo, en el caso de las organizaciones que están inscritas en algún registro administrativo y que tienen un cierto grado de supervisión, como es el caso, en España, de las fundaciones y las asociaciones de utilidad pública.

Por ello, la normativa interna debería recoger un enfoque riesgo, también recomendado por el GAFI, y poner el acento en aquellas actividades u operaciones que presenten un riesgo significativo y que, como señala la Comisión, no son todas. Ni si quiera presentan el mismo riesgo todas las actividades en las que se captan o se aplican fondos, pues ello dependerá de los medios e instrumentos que se utilicen, o de elementos tales como:

—Naturaleza de las actividades que desarrolle la organización y si estas se llevan a cabo en zonas consideradas de riesgo o en conflicto.

—Utilización de efectivo o de sistemas financieros informales en la captación o destino de los fondos.

—Realización de campañas de captación de fondos del público en general que impliquen el uso de efectivo.

—Naturaleza de las contrapartes.

La redacción actual del artículo 39 no contiene este enfoque y, aunque pone el acento en las actividades de captación y aplicación de los fondos, no establece ningún tipo de graduación en las medidas a adoptar, ni toma en consideración elementos como los referidos anteriormente.

En consecuencia, a juicio del sector, sería conveniente y estaría justificado que el propio articulado de la ley reconociera no sólo que no todas las actividades de las organizaciones no lucrativas presentan la misma vulnerabilidad, haciendo hincapié en la captación y aplicación de los fondos, sino que no todas las organizaciones ni las formas de captación presentan el mismo riesgo, dejando al desarrollo reglamentario la determinación de aquellos elementos que puedan ser relevantes y que deban obligar a aplicar medidas de diligencia normales o reforzadas. Todo ello sin dejar de contemplar a las entidades sin fin de lucro como sujeto obligados.

En cuanto al texto reglamentario, sometido a audiencia pública al mismo tiempo que el texto legal, se hicieron las siguientes observaciones. En *negrita* se recoge el texto que proponía respecto a la redacción del anteproyecto así como las correspondientes justificaciones. En muchos casos iban dirigidas a incorporar al texto reglamentario los criterios derivados de la consulta no vinculante emitida por el Tesoro (consulta 34/2017) en respuesta a distintas cuestiones planteadas por el mismo grupo de organizaciones no lucrativas:

I. PROPUESTAS.

PRIMERA. ARTÍCULO ÚNICO. APARTADO SIETE.

PROPUESTA.

«El apartado 4 del artículo 13 queda redactado del siguiente modo:

“4. Los sujetos obligados podrán aceptar medidas de diligencia debida practicadas por sus filiales o sucursales domiciliadas en terceros países siempre que:

a) el grupo establezca y aplique medidas comunes de diligencia debida y de registro de operaciones, y tenga aprobados unos controles internos

en materia de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo cuya supervisión esté atribuida a un órgano de control interno con facultades a nivel de grupo.

b) que la aplicación efectiva de las medidas referidas en el punto anterior sea supervisada a nivel de grupo por la autoridad competente del país donde se ubica la matriz del grupo.

A efectos de lo dispuesto en este apartado, tendrán la consideración de filial o sucursal, las entidades sin fines de lucro domiciliadas en terceros países siempre que estén controladas por fundaciones o asociaciones en los términos a que se refiere el artículo 8, letra d), o que formen parte de una red de entidades sin fines de lucro de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición adicional primera del Real Decreto 1491/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y el modelo de plan de actuación de las entidades sin fines lucrativos”».

JUSTIFICACIÓN.

El artículo 42.1 del reglamento señala que las entidades sin fines de lucro deben identificar a los beneficiarios de sus proyectos. En aquellos casos en que no sea posible la identificación individualizada, se procederá a la identificación del colectivo de beneficiarios y de las contrapartes o colaboradores en dicho proyecto o actividad.

En muchos casos, esas contrapartes son entidades dependientes o ligadas a la fundación o asociación española, si bien, al tratarse de formas no societarias, no siempre puede trasladarse el concepto de «filial».

Por ello, se considera oportuno trasladar el concepto de control a que se refiere el artículo 8, letra d), del reglamento, al de filial de una entidad sin fin de lucro. De esta manera, conforme al artículo 42.1, aunque las fundaciones y asociaciones tengan que identificar no sólo a la contraparte sino al colectivo de beneficiarios, podrán aceptar las medidas de diligencia aplicadas por esas entidades dependientes, siempre que se den los demás requisitos exigidos para otros sujetos obligados.

Asimismo, en ocasiones, no existe una estructura de control, sino que tal y como señala la disposición adicional primera del Real Decreto 1491/2011, de 24 de octubre, las entidades sin fines de lucro pueden establecer vínculos de cooperación con otras entidades sin fines lucrativos para el mejor ejercicio de sus fines sociales, en relaciones distintas de las de propiedad, control o gestión comunes, tales como el uso de un nombre

común, compartir políticas, procedimientos de calidad, estrategias o recursos profesionales o del voluntariado, tanto en su actividad operativa, como en lo relativo a su financiación o inversión, o a su política de información y rendimiento de cuentas.

SEGUNDA. ARTÍCULO ÚNICO. APARTADO OCHO.

PROPUESTA.

«Ocho. Las letras c), d) y e) del artículo 15 quedan redactadas del siguiente modo y se añade una letra f):

“c) Las entidades financieras, domiciliadas en la Unión Europea o en países terceros equivalentes que sean objeto de supervisión para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

d) Las sucursales o filiales de entidades financieras, domiciliadas en la Unión Europea o en países terceros equivalentes, cuando estén sometidas por la matriz a procedimientos de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

e) Las sociedades cotizadas cuyos valores se admitan a negociación 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 internacionales equivalentes que garanticen la adecuada transparencia de la información sobre la propiedad, así como sus sucursales y filiales participadas mayoritariamente.

f) Las fundaciones y las asociaciones de utilidad pública inscritas que rindan cuentas al protectorado o al registro de asociaciones correspondiente”».

JUSTIFICACIÓN.

Las fundaciones y asociaciones de utilidad pública son entidades sujetas a una serie de obligaciones y a un régimen de supervisión por los protectorados y registros de asociaciones, de acuerdo con lo previsto en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones o en las correspondientes normas autonómicas, y en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

Ello implica que estén obligadas a rendir cuentas ante los correspondientes organismos administrativos, quienes disponen de facultades de revisión formal y material. Por esta razón, la Ley 10/2010 les atribuye, junto al patronato u órganos de representación, la obligación de velar para que

no sean utilizadas para el blanqueo de capitales o la financiación de actividades delictivas.

Dado este régimen de supervisión reconocido en la propia norma de prevención y en las normas sustantivas, así como en el Informe de Evaluación Mutua del GAFI sobre España de diciembre de 2014, se considera oportuno proponer que, como clientes de otros sujetos obligados, fundaciones y asociaciones de utilidad pública sean susceptibles de aplicar medidas de diligencia simplificada, al igual que otras entidades sujetas a algún tipo de supervisión. Quedarían fuera de esta consideración las asociaciones que no tenga la utilidad pública.

Esto podría contribuir, además, a evitar posibles situaciones de exclusión financiera, a cuya evitación se refiere el GAFI en sus informes y recomendaciones.

TERCERA. ARTÍCULO ÚNICO. APARTADO CATORCE (NUEVO).

PROPUESTA.

«El apartado 1 del artículo 28 queda redactado del siguiente modo:

“1. Los sujetos obligados conservarán toda la documentación obtenida o generada en aplicación de las medidas de diligencia debida, con inclusión, en particular, de las copias de los documentos fehacientes de identificación, las declaraciones del cliente, la documentación e información aportada por el cliente u obtenida de fuentes fiables independientes, la documentación contractual y los resultados de cualquier análisis efectuado, durante un período de diez años desde la terminación de la relación de negocio o la ejecución de la operación ocasional.

A efectos de lo dispuesto en el artículo 42.2 de este reglamento, las fundaciones y las asociaciones no tendrán obligación de conservar copia de los documentos nacionales de identidad o documentos equivalentes a que se refiere el artículo 6.1, a) de este reglamento”».

JUSTIFICACIÓN.

En diversas ocasiones se ha manifestado por parte la administración que no es necesario que la identificación de las personas físicas donantes se acompañe de la conservación del DNI, y así se ha señalado en la consulta 34/2017, de la Subdirección General de Inspección y Movimientos de Capitales. Sin embargo, a efectos de seguridad jurídica, sería deseable que constara de alguna manera en la norma.

CUARTA. ARTÍCULO ÚNICO. APARTADO VEINTIDÓS.

PROPUESTA.

«Veintidós. **El artículo 42** queda redactado del siguiente modo:

“1. Las fundaciones y asociaciones identificarán y comprobarán la identidad de todas las personas que reciban a título gratuito fondos o recursos. Cuando la naturaleza del proyecto o actividad haga inviable la identificación individualizada o cuando la actividad realizada conlleve un escaso riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, se procederá a la identificación del colectivo de beneficiarios y de las contrapartes o colaboradores en dicho proyecto o actividad **sin que sea necesaria la identificación y comprobación individualizada mediante documentos fehacientes.**

2. Las fundaciones y asociaciones identificarán y comprobarán la identidad de todas las personas que aporten a título gratuito fondos o recursos por importe igual o superior a 100 euros en efectivo o mediante el uso de sistemas de pago anónimos. El umbral de identificación será de 1.000 euros para las aportaciones recibidas por transferencia **o domiciliación** desde una cuenta abierta en una entidad de crédito española, **de la Unión Europea o de países terceros equivalentes, así como a través de tarjetas bancarias y de cualquier otro medio de pago que permita conocer la identidad de los intervinientes.**

3. **De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.1 de este reglamento, no será necesaria la identificación y comprobación del titular real cuando las fundaciones y asociaciones aporten o reciban fondos o recursos a título gratuito de una misma persona por importe inferior o igual a 15.000 euros.**

La identificación y comprobación del titular real, cuando proceda, podrá realizarse, con carácter general, mediante una declaración responsable, en los términos previstos en el artículo 9 de este reglamento.

4. Sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 39 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, y de las obligaciones que les resulten aplicables de acuerdo con su normativa específica, las fundaciones y asociaciones aplicarán las siguientes medidas:

a) Implementar procedimientos para garantizar la idoneidad de los miembros de los órganos de gobierno y de otros puestos de responsabilidad de la entidad.

b) Aplicar procedimientos para asegurar el conocimiento de sus contrapartes, incluyendo su adecuada trayectoria profesional y la honorabilidad de las personas responsables de su gestión.

c) Aplicar sistemas adecuados, en función del riesgo, de control de la efectiva ejecución de sus actividades y de la aplicación de los fondos conforme a lo previsto.

d) Conservar durante un plazo de diez años los documentos o registros que acrediten la aplicación de los fondos en los diferentes proyectos. **La obligación de conservación se computará desde el momento en que finalice la ejecución del proyecto. En caso de existir pagos aplazados posteriores a la finalización de la ejecución del proyecto, se tendrá en cuenta la fecha del último de estos pagos.**

e) Informar al Servicio Ejecutivo de la Comisión de los hechos que puedan constituir indicio o prueba de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo.

f) Colaborar con la Comisión y con sus órganos de apoyo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 10/2010, de 28 de abril.

5. Las Administraciones Públicas o sus organismos dependientes que otorguen subvenciones a asociaciones y fundaciones, así como los Protectorados y los organismos encargados de la verificación de la constitución de asociaciones mencionados en el artículo 39 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, comunicarán al Servicio Ejecutivo de la Comisión aquellas situaciones que detecten en el ejercicio de sus competencias y que puedan estar relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Dichos organismos informarán razonadamente a la Secretaría de la Comisión cuando detecten incumplimientos de las obligaciones establecidas en el artículo 39 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, o de lo dispuesto en este artículo».

JUSTIFICACIÓN.

Se valora muy positivamente la elevación del umbral en cuanto a la obligación de identificar a los donantes. No obstante, se propone extenderlo no sólo a las donaciones por transferencia sino a las realizadas mediante aquellos medios de pago que no se consideran anónimos porque requieren la identificación de las personas que los utilizan.

Además, se propone ampliar el ámbito geográfico de la aplicación del umbral de 1.000 euros, incluyendo a los países de la Unión Europea y a países terceros equivalentes, ya que dichos países tienen normativa para la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo

similares a la normativa española. Lo contrario podría suponer una discriminación contraria a los principios de Derecho comunitario.

Por otra parte, se propone adaptar el desarrollo reglamentario incorporando aquellas cuestiones que se consideran generales y no particulares, de la consulta 34/2017, de la Subdirección General de Inspección y Movimientos de Capitales y que son coherentes con otras disposiciones legales o reglamentarias concordantes.

Ninguna de estas propuestas fue incorporada. Pero lo más relevante para el sector es que no ha llegado a tramitarse la reforma reglamentaria que, a propuesta del propio Ministerio de Economía, contemplaba elevar el umbral de identificación de los donantes a 1.000 euros en caso de que las donaciones se reciban por determinadas vías o medios de pago que permitan dar una cierta trazabilidad a los fondos que se reciben, evitando así nuevas cargas y costes para fundaciones y asociaciones.

Una de las modificaciones que se introdujeron en nuestro ordenamiento como consecuencia de la transposición de la IV Directiva, fue el artículo 26, bis de la Ley 10/2010, referido a los procedimientos internos de comunicación de potenciales incumplimientos, cuyo apartado primero establece que:

«Los sujetos obligados establecerán procedimientos internos para que sus empleados, directivos o agentes puedan comunicar, incluso anónimamente, información relevante sobre posibles incumplimientos de esta ley, su normativa de desarrollo o las políticas y procedimientos implantados para darles cumplimiento, cometidos en el seno del sujeto obligado.

Estos procedimientos podrán integrarse en los sistemas que hubiera podido establecer el sujeto obligado para la comunicación de informaciones relativas a la comisión de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la restante normativa general o sectorial que les fuere aplicable».

Como sucede con la mayoría de las disposiciones de la regulación en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, surge la duda de si, tratándose de sujetos obligados parciales, esta obligación alcanza o no a las fundaciones y asociaciones. Sin perjuicio de ello, la realidad es que cada vez más fundaciones y asociaciones cuentan con canales éticos o de denuncia, como consecuencia de la asunción de códigos éticos o de conducta y del proceso de autorregulación provocado por la reforma del Código Penal y la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de la que no quedan excluidas las asociaciones y fundaciones. Al menos, las privadas.

2. Registro de titularidades reales y entidades sin fines de lucro

El plazo de transposición de la *Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018 por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 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 modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE*, finaliza el 10 de enero de 2020. Esta norma no sustituye a la IV Directiva íntegramente, sino que modifica algunos de sus aspectos.

La V Directiva llega cuando aún no se ha cumplido la obligación de transposición íntegra de la IV Directiva a juicio de la Comisión Europea, que inició en marzo de 2018 un procedimiento de infracción contra España por considerar que dicha transposición ha sido parcial.

Uno de los aspectos más controvertidos de los incluidos en la IV Directiva y reforzado mediante las modificaciones introducidas en la V, son los denominados registros de titulares reales o «ultimate beneficial ownership registries».

La controversia particular para el sector no lucrativo europeo viene de lejos y surge por la propia definición de lo que ha de entenderse por titular real en una fundación o asociación. Sobre todo en las fundaciones, en las que no existe un «dueño», a diferencia de las sociedades de capital, y en las que los beneficiarios son colectividades genéricas de personas, lo que no sucede con los beneficiarios particulares del fideicomiso o «trust» anglosajón.

El *Real Decreto 304/2014* optó por recoger en su artículo 8.3, en cuanto a la definición de titular real lo siguiente:

«Tendrán la consideración de titulares reales las personas naturales que posean o controlen un 25 por ciento o más de los derechos de voto del Patronato, en el caso de una fundación, o del órgano de representación, en el de una asociación, teniendo en cuenta los acuerdos o previsiones estatutarias que puedan afectar a la determinación de la titularidad real.

Cuando no exista una persona o personas físicas que cumplan los criterios establecidos en el párrafo anterior, tendrán la consideración de titulares reales los miembros del Patronato y, en el caso de asociaciones, los miembros del órgano de representación o Junta Directiva».

Conforme a lo anterior, de los posibles criterios recogidos en el artículo 3 de la IV Directiva, nuestro ordenamiento descarta a los beneficiarios como titulares reales, pero podría no descartar al fundador o fundadores, en la medida en la que pudieran estar representados en el patronato con un

cierto peso en él. Pensemos por ejemplo en fundaciones corporativas en cuyos patronatos se encuentre representado el comité de dirección de la empresa fundadora, que a su vez tendrá una determinada estructura, o en otro tipo de fundaciones con patronatos similares formados por otras instituciones que en ocasiones pueden tener una sobre representación. No obstante, en la gran mayoría de los casos, los titulares reales serán los miembros del patronato, dado que en una fundación tampoco existen, como tales, «derechos de voto».

El artículo 30.3 de la IV Directiva señala que «Los Estados miembros se asegurarán de que la información a que se refiere el apartado 1 sobre la titularidad real se conserve en un registro central en cada Estado miembro, por ejemplo un registro mercantil o un registro de sociedades a tenor del artículo 3 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, o en un registro público. Los Estados miembros notificarán a la Comisión las características de estos mecanismos nacionales. La información sobre la titularidad real contenida en esta base de datos podrá ser consultada de conformidad con los sistemas nacionales».

En cuanto al acceso a la información que obre en estos registros, si bien la IV Directiva señalaba que estará a disposición de las autoridades, las entidades obligadas a aplicar medidas de diligencia debida y a toda persona que pueda demostrar un derecho o interés legítimo, la V Directiva prevé el acceso a «cualquier miembro del público en general». Este acceso puede tener unas limitaciones, pero en casos muy excepcionales.

Desde el sector no lucrativo europeo se ha destacado cómo la transposición de la IV Directiva ha puesto de manifiesto lo importante que es tener claridad sobre la forma en la que la información sobre las titularidades reales se recoge en cada uno de los Estados miembro. Principalmente, para no duplicar registros ni obligaciones de inscripción de los titulares reales cuando estos ya están incluidos en registros o bases de datos ya existentes. Esto es especialmente importante para el sector no lucrativo, dado que, en la mayoría de los países, estas entidades no están necesariamente inscritas en registros centrales como los registros mercantiles, sino en registros específicos y de variada naturaleza, de asociaciones y fundaciones.

Así, el sector ha expresado que «debe evitarse la creación de registros adicionales donde ya existan registros de empresas o fundaciones que contengan la información relevante sobre las estructuras de toma de decisiones o de los miembros de sus órganos de gobierno. Los miembros de los órganos de gobierno están ya incluidos en los registros de asociaciones y fundaciones,

luego remitirse a los mismos sería lo recomendable en lugar de crear registros adicionales, lo que representaría un coste y una duplicación de esfuerzos»⁴.

En el caso de España nos encontramos con que las fundaciones no están inscritas en el Registro Mercantil ni tienen obligación de hacerlo, sino en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal dependiente del Ministerio de Justicia, o bien en un registro de fundaciones autonómico. Las asociaciones, por su parte, no están obligadas, en primer lugar, a inscribirse en un registro, salvo las de utilidad pública. En caso de estar inscritas, lo estarán, bien en el Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior, bien en alguno de los registros de asociaciones autonómicos o locales.

Una de las inscripciones que deben realizar las fundaciones en el Registro de Fundaciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24.1, d) del *Real Decreto 1661/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal*, es la composición del patronato. Como se ha señalado, en la gran mayoría, si no en todos los casos, los titulares reales de una fundación serán las personas físicas integrantes de su patronato. Luego se trata de una información que ya consta en otro registro. Lo mismo es trasladable al caso de las asociaciones inscritas.

Obligar a las fundaciones o a las asociaciones inscritas a inscribir a sus titulares reales en el Registro Mercantil sería, por tanto, un ejemplo claro de esa duplicidad que el sector quiere evitar y que no parece tampoco acorde a la Directiva.

La Orden JUS/319/2018, de 21 de marzo, por la que se aprueban los nuevos modelos de presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación, incluyó el nuevo formulario de identificación del titular real de las «sociedades», sin hacer mención a otros depositantes de cuentas. Sin embargo, la guía de preguntas frecuentes sobre esta orden publicada por los Registradores, sí hace mención a ellas⁵.

Se plantea además el problema, para fundaciones y asociaciones, de qué ha de entenderse por registro «central», dado que la legislación fundacional y asociativa atribuye competencias a las Comunidades Autónomas en cuanto a la inscripción y supervisión —en el caso de las fundaciones— cuando estas

⁴ Así se han posicionado, en su interlocución con las instituciones comunitarias, DAFNE (Donors and Foundations Networks in Europe), el Centro Europeo de Fundaciones (EFC), Civil Society Europe, Human Security Collective, y European Center for Not-for-Profit Law. Todos ellos, junto con otras organizaciones europeas, internacionales y nacionales, forman parte de la Global NPO Coalition on FATF: <http://fatfplatform.org/>.

⁵ <http://www.registradores.org/wp-content/uploads/descargas/FACOMDEPCUENTAS.pdf>.

entidades realicen actividades principalmente en sus respectivos ámbitos territoriales.

A priori, desde la perspectiva fundacional y asociativa, parece ofrecer más ventajas la base de datos de titularidad real del Notariado. No obstante, así como los nombramientos y aceptaciones de los patronos de las fundaciones deben ser elevados a público precisamente para ser inscritos en el registro de fundaciones correspondiente, no sucede lo mismo con los representantes de las asociaciones, lo cual no impide que, en muchísimos casos, para el otorgamiento de poderes, por ejemplo, realicen distintos trámites notariales.

Deberá dilucidarse por tanto de forma inmediata cómo va introducir e implantar España el registro de titularidades reales para fundaciones y asociaciones, o si se entiende que con la regulación actual se está dando cumplimiento a las disposiciones de la Directiva. En cualquier caso, tal y como ha expresado el sector a nivel europeo, se debería evitar duplicidades y multiplicación de costes y obligaciones, en los casos en los que ya existen registros o bases de datos.

III. Iniciativas del sector fundacional para la representación de sus intereses en Europa: la creación de un espacio único europeo para la filantropía

Durante el año 2018 el sector fundacional europeo dio pasos relevantes para fortalecer su papel en el ámbito comunitario.

Tras el fracaso en la aprobación del Estatuto de Fundación Europea, tanto DAFNE, la organización que agrupa a las asociaciones de fundaciones y donantes de los distintos países europeos, comunitarios y no comunitarios, como el Centro Europeo de Fundaciones, que agrupa a importantes fundaciones europeas y estadounidenses, iniciaron conjuntamente una nueva estrategia, revisando qué barreras afronta el sector, qué necesidades tiene y qué pasos son necesarios para que despliegue su potencial. En definitiva, cómo hacer efectivas estas aspiraciones⁶. Todo ello en un contexto adverso, teniendo en cuenta que cada vez más instituciones han venido alertando de lo que

⁶ En el *Anuario de Derecho de Fundaciones de 2017* se publicó la traducción del estudio de la profesora Oonagh B. Breen, profesora de Derecho de UCD Sutherland School of Law I Belfield I Dublín, 4, *Más espacio para la filantropía europea*, que analiza estos retos. Este estudio responde al encargo realizado a por el Centro Europeo de Fundaciones y por DAFNE y publicado en enero de 2018.

se considera un fenómeno de contracción del espacio de la sociedad civil, también en Europa.

Con el título «*Philanthropy Scrum Co-creating a Single Market for Philanthropy*», se celebró en mayo de 2018 una conferencia-encuentro, promovida por DAFNE y EFC junto con EVPA (European Venture Philanthropy Association) para analizar estos retos y rediseñar la agenda del sector.

El punto de partida de esta conferencia y de las acciones posteriores no es otro que la constatación de un hecho: mientras todo tipo de bienes y servicios se mueven libremente en Europa a través de los distintos Estados miembro, las instituciones filantrópicas no lo pueden hacer con la misma facilidad. Si las barreras entre Estados pudieran eliminarse para la filantropía, esta podría ir mucho más allá y ayudar a encontrar y a escalar soluciones a retos importantes que afrontan los países europeos. Juntos, los donantes y las fundaciones europeas piden un mercado único para la filantropía y para la actuación de los ciudadanos que reconozca la filantropía, reduzca las barreras a la filantropía transfronteriza, que promueva y proteja la filantropía así como la cofinanciación y la coinversión en los fines de interés general.

Con esta conferencia se dio testimonio de la convergencia de los esfuerzos de representación del conjunto del sector por parte de las tres organizaciones, dando un paso relevante en un ambicioso plan que continuará en los próximos años, en particular con las elecciones al Parlamento Europeo en 2019 y la nueva Comisión en 2020.

Resultado y fruto de esta conferencia ha sido la aprobación en 2019 del *Manifiesto por la filantropía europea*, promovido por DAFNE y EFC, así como la creación del proyecto conjunto *Philanthropy Advocacy* —www.philanthropyadvocacy.eu— cuyo objetivo es hacer un seguimiento y análisis de las distintas iniciativas internacionales, europeas y nacionales que afectan al sector, y trasladar las propuestas, mejoras y, en definitiva, la voz del sector en todas aquellas cuestiones regulatorias que le afectan.