



Prevención de Lavado de Activos en el Negocio Fiduciario

Licda. Aileen C. Guzmán Coste

Socia Fundadora Trilex Legal. División de Cumplimiento.

Negocios Fiduciarios. Cumplimiento Regulatorio.

Gestión de Riesgos y Auditorías. AMLCA

aileen@trilex.legal

El Lavado de Dinero es una actividad en continua evolución, debe supervisarse constantemente en todas sus formas para que las medidas contra ella sean puntuales y efectivas. Existen varias formas de vehículos corporativos cuyo uso puede distorsionarse y convertirse en vehículo de financiación ilegal; pueden usarse de manera indebida, para prácticas de lavado de dinero, corrupción, ocultación de activos y evasión fiscal, tal es el caso de la figura fideicomiso, objeto de la presente reflexión.

EL Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), (en lo adelante "GAFI"), dispone en su Recomendación No. 25, titulada "Trasferencia y beneficiario final de otras estructuras jurídicas", que "Los países deben tomar medidas para prevenir el uso indebido de otras estructuras jurídicas para el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo. En particular, los países deben asegurar que exista información adecuada, precisa y oportuna sobre los fideicomisos expresos, incluyendo información sobre el fideicomitente, fiduciario y los beneficiarios, que las autoridades competentes puedan obtener o a la que puedan tener acceso oportunamente. Los países deben considerar medidas para facilitar el acceso a la información sobre el beneficiario final y el control por las instituciones financieras y las APNFD que ejecutan los requisitos establecidos en las Recomendaciones 10 y 22".¹

En ese sentido, la Nota Interpretativa de la Recomendación No. 25 indica que "Los países deben exigir a los fiduciarios de todo fideicomiso expreso regido bajo sus leyes, que obtengan y conserven información adecuada, precisa y actualizada sobre el beneficiario final del fideicomiso. Ello debe incluir información sobre la identidad del fideicomitente, el(los) fiduciario(s), el protector (de haber alguno), los beneficiarios o clase de beneficiarios, y cualquier otra persona natural que ejerza el control final efectivo sobre el fideicomiso. Los países deben también exigir a los fiduciarios de todo fideicomiso regido bajo sus leyes, que conserven información básica sobre otros agentes regulados del

1

<https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/gafi40-recomendaciones/431-fatf-recomendacion-25-transparencia-y-beneficiario-final-de-otras-estructuras-juridicas>

fideicomiso y proveedores de servicios para el fideicomiso, incluyendo asesores o gerentes de inversión, contadores y asesores fiscales”.

En adición a lo anterior, en junio de 2019, GAFI alertó del riesgo que tienen los proveedores de servicios fiduciarios, de que la figura legal del fideicomiso pueda ser utilizada para disfrazar u ocultar la propiedad de activos ilícitos y permitir operaciones de lavado de dinero. Dicha alerta, fue acompañada con la publicación de una “Guía para implementar un Enfoque Basado en Riesgo en los Servicios Fiduciarios”, la cual está dirigida a los Proveedores de Servicios Fiduciarios, Gobiernos y Autoridades Supervisoras, con el fin de sugerir el diseño e implementación de medidas y controles que permitan mitigar el riesgo de que la figura del fideicomiso.

Además de su propósito real, los fideicomisos, - así como otros vehículos jurídicos-, pueden ser utilizados a manera de métodos para mantener el anonimato de los titulares. Generalmente, se consideran estructuras legales separadas del fideicomitente; de este modo, resultan útiles para fines de planificación patrimonial y protección de activos. Los fideicomisos se pueden constituir para aprovechar las estrictas normas de secretismo y así ocultar la identidad del titular o beneficiario real de la propiedad en fideicomiso; también se utilizan para ocultar los activos de sus legítimos acreedores, para proteger propiedades contra su confiscación por orden judicial, o para disimular los distintos lazos en el flujo de dinero relacionados con esquemas de lavado de dinero, entre otros delitos precedentes.

De lo anterior, se desprende la necesidad imperante de procurar una adecuada y efectiva gestión de riesgos de lavado de activos en el ejercicio fiduciario. Pues a pesar de ser una figura de probada eficacia y versatilidad, y unos de los mecanismos para elaboración de negocios con más desarrollo, al mismo tiempo ha sido identificada como vulnerable para la concretización de actividades ilícitas.

Partiendo del concepto del fideicomiso, entendido como el acto mediante el cual una o varias personas llamadas fideicomitentes transfieren derechos de propiedad u otros derechos reales o personales, a una o varias personas jurídicas llamadas fiduciarios, para la constitución de un patrimonio separado, llamado patrimonio fideicomitado, cuya administración será realizada por el o los fiduciarios según las instrucciones de el o los fideicomitentes, en favor de una o varias personas llamadas fideicomisarios o beneficiario; es preciso analizar real y efectivamente la identidad de cada parte y qué riesgo conlleva, así como la procedencia de dicho patrimonio.

Asimismo, es importante resaltar que de las tres etapas que componen el Lavado de Dinero (Colocación, Estratificación e Integración), es en la estratificación, donde la figura del fideicomiso puede ser más susceptible de ser utilizada por la delincuencia para retener y ocultar los ingresos de los recursos de sus actos ilegales, y crear una apariencia de legalidad. Por lo que a estos fines es necesario estudiar cada producto o tipo de fideicomiso en particular y los riesgos que trae consigo.

La Ley 189-11, para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana, en el Párrafo I del artículo 29 establece que *“EL fiduciario será considerado como sujeto obligado al cumplimiento de Las normas de detección y prevención de lavados de activos...”*. Adicionalmente, la Norma 03-2018, dictada por la Dirección General de Impuestos Internos (DGII), que Regula la Prevención del Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva respecto de los Agentes Inmobiliarios, Empresas Constructoras y Fiduciarias que no ofrecen Servicios a Entidades Financieras o de

Oferta Pública, indica en el literal o) del artículo 3 que: “Sociedad fiduciaria que ofrece servicios a una entidad o grupo financiero: Para fines de la supervisión de la prevención del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, se considerará que una persona jurídica de objeto exclusivo constituida como sociedad fiduciaria ofrece servicios a una entidad de intermediación financiera o a un grupo financiero cuando cualquiera de estas entidades se constituya o participen como fideicomitentes, fideicomisarios o beneficiarios de un fideicomiso. Se exceptúan de esta disposición las entidades de intermediación financiera o grupos financieros designadas como beneficiarias de un fideicomiso de oferta pública”.

Partiendo de lo anterior, independientemente del ente regulador competente según el objeto del fideicomiso, el fiduciario será considerado como sujeto obligado para el cumplimiento de las normas de detección y prevención de lavados de activos, y en tal consideración queda sometido a las previsiones legales de la Ley 155-17 contra el Lavado de Activos Provenientes y el Financiamiento del Terrorismo y Proliferación de Armas de Destrucción Masiva. Por tanto, estos están condicionados a diseñar y ejecutar un Programa de Cumplimiento con un enfoque basado en riesgo, que tiene como pilares: 1) Designación de un Oficial de Cumplimiento; 2) Políticas y procedimientos internos y; 3) Identificación y conocimiento de fideicomitentes, fideicomisarios y beneficiarios finales.² Cabe destacar, que de manera muy particular los fideicomisos de oferta pública son sujetos obligados con deberes restringidos, debido a que la colocación de los valores que ofertan son realizados a través de intermediarios de valores, quienes deben cumplir con una estructura de cumplimiento acorde con el Reglamento de Prevención de Lavado de Activos aplicable a los participantes del mercado de valores.

Las fiduciarias que pertenecen a estructuras de grupos financieros podrían presentar ventajas en materia de prevención de lavado, por el intercambio información de las demás empresas vinculadas al grupo; y decimos que “podrían”, pues sigue siendo indelegable la responsabilidad y la debida diligencia. Por el contrario, para aquellas sociedades fiduciarias que no se encuentren dentro de estas estructuras, el camino puede resultar más angosto y empinado. Dicho esto, se hace necesario, que estas sociedades, en procura de no ser utilizadas para actividades propias de lavado de activos, apliquen de manera más fehaciente lo que GAFI denomina un Enfoque Basado en Riesgo (EBR).

Entonces, ¿Qué hace al Fideicomiso susceptible de Lavado Activos? La respuesta a esta pregunta, es tan amplia, como modelos de fideicomisos existen; pero de manera enunciativa y no limitativa, podemos mencionar: i) la pluralidad de los sujetos que participan; ii) los fines de fideicomiso; iii) por el objeto, constituido sobre bienes o derechos de cualquier naturaleza presentes o futuros; iv) la constitución de un patrimonio autónomo, patrimonio de afectación, separado e independiente de los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del beneficiario; y, v) derecho de propiedad particular, la propiedad fiduciaria, es una propiedad imperfecta (particular).

En conclusión, el fideicomiso es un instrumento flexible que permite que las partes se doten de una estructura jurídica acorde a las necesidades del negocio. Es decir, es un traje a la medida, puesto que está basado en una relación de voluntad y confianza mutua entre las partes y esta es una de las razones principales por la cual puede ser mal utilizado. Los tiempos actuales exigen la identificación de vulnerabilidades, la gestión de riesgo y el conocimiento de la finalidad de cualquier negocio. Las fiduciarias tienen un papel preponderante en la lucha para que la ilegalidad no las absorba. La supervisión basada en

² Unidad de Análisis Financiero. Estudio Sectorial de los Fideicomisos en República Dominicana, y su incidencia en materia de Lavado de Activos. Pág.9

riesgos, en la medida que parta del conocimiento de los riesgos del negocio, permitirá una supervisión que beneficia a las partes, ratificando la confianza. El trabajo es arduo, pero no es imposible bajo una robusta gestión integral riesgos.