

IMPLICACIONES DEL REGLAMENTO DE PREVENCIÓN DE BLANQUEO DE CAPITAL Y FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO PARA LOS ABOGADOS



Víctor Altimira. Abogado. Socio de Logic Data Consulting, S.L. Presidente de INBLAC (Instituto de Expertos en Prevención de Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo)

SUMARIO

1. Obligaciones de identificación al cliente o cliente potencial
2. Conocimiento de la actividad profesional o empresarial del cliente
3. Enfoque basado en el riesgo
4. Seguimiento continuo de la relación de negocios
5. Especial atención a las personas con responsabilidad pública
6. Obligaciones de comunicación y colaboración
7. Conservación de documentación
8. Protección de datos de carácter personal
9. Manual de prevención
10. Examen de experto externo
11. Formación

Con la publicación el pasado 6 de mayo del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, por fin, se cumplía con uno de los preceptos de esta Ley. Concretamente con su Disposición final quinta, que habilitaba al Gobierno para que en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley, aprobase el Reglamento; plazo que finalizaba el 30 de abril de 2011.

Los motivos de que el reglamento no haya sido aprobado en plazo no se han explicado, pero parece claro que la aprobación en febrero de 2012 de las nuevas recomendaciones del GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional), y la visita de este organismo a nuestro país este mismo año, ha hecho que se retrasase en demasía.

Pese a que el propio preámbulo de la Ley 10/2010 nos dice que es una “Ley notablemente más extensa que, desde un punto de vista crítico, podría tacharse de excesivamente reglamentista”, la Ley dejaba

algunos aspectos pendientes de concretarse mediante Reglamento.

Pero no podemos comenzar a desarrollar el Reglamento sin antes mencionar la no menos importante Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Esta Ley, en su Disposición final sexta, modificó algunos de los artículos de la Ley 10/2010 para, por un lado, adecuarse a las necesidades de la sociedad -como es ampliar el elenco de personas con responsabilidad pública- así como ir preparando el camino al Reglamento para que no fuese contradictorio con la Ley y no vulnerar el principio jerárquico normativo.

Una vez realizada esta pequeña introducción, desarrollemos qué implicaciones tiene la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo para los profesionales que ejercen la abogacía.

Recordemos que la Ley 10/2010 en su artículo 2 establece a quiénes será de aplicación. Y las letras ñ) y o) del punto 1º de este artículo nos indica **que son sujetos obligados**:

ñ) Los abogados, procuradores u otros profesionales independientes cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores, la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación,



LEGISLACIÓN

www.bdifusion.es

- Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. (Legislación General. Marginal: 691411). Art. 2, 6, 22, 31.
- Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. (Legislación General. Marginal: 685373).
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio. (Normas Básicas. Marginal: 4983) Art. 42.

el funcionamiento o la gestión de fideicomisos («trusts»), sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria.

o) Las personas que con carácter profesional y con arreglo a la normativa es-

pecífica que en cada caso sea aplicable presten los siguientes servicios a terceros: constituir sociedades u otras personas jurídicas; ejercer funciones de dirección o secretaría 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 fideicomisario en un fideicomiso («trust») expreso 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 y estén sujetas a requisitos de información conformes con el derecho comunitario o a normas internacionales equivalentes, o disponer que otra persona ejerza dichas funciones.

Y también debemos tener en cuenta la letra m) cuando indica que **también son sujetos obligados a la Ley “los auditores de cuentas, contables externos o asesores fiscales”**, ya que son muchos los abogados que desempeñan, además estas tareas.

Por tanto, una vez que ya sabemos si la actividad del abogado está sujeta a la Ley, debemos conocer que el artículo 22 de la Ley indica que *“Los abogados no estarán sometidos a las obligaciones establecidas en los artículos 7.3 (obligación de diligencia debida), 18 (comunicación por indicio) y 21 (colaboración con el SE-PBLAC) con respecto a la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos.”*

Dicho esto, ¿Cómo quedan las obligaciones de los abogados en materia de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo? ¿Qué debemos realizar?

Obligaciones de Diligencia Debida: las podemos definir como el con-

junto de comprobaciones que debemos realizar a nuestros clientes o potenciales clientes.

Obligaciones de identificación al cliente

La primera de estas obligaciones es la de **identificar al cliente o cliente potencial** del despacho que pretenda establecer relaciones de negocio o intervenir en cualesquiera operaciones ocasionales cuyo importe sea igual o superior a 1000 euros. Tanto si el cliente o cliente potencial es persona física como jurídica, con documentos fehacientes. Por fin el Reglamento nos indica cuáles son estos documentos en su artículo 6.

En caso de que el cliente sea una persona jurídica deberemos averiguar quién es el titular real de ésta, sabiendo quién posee o controla, ya sea directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 % del capital social o cualquier forma que acredite que puede disponer de la voluntad de la sociedad en ese porcentaje.

Es decir, **hay que identificar al titular real de la operación más allá de las personas que intervengan en su nombre, o en el caso de personas jurídicas, la identificación de las personas físicas que ejercen el control real y efectivo sobre ésta.**

Y para saber esta información el despacho deberá adoptar las medidas adecuadas para determinar la estructura de propiedad o de control de las personas e

instrumentos jurídicos.

Sin esta información, los abogados no podremos establecer o mantener la relación de negocios o ejecutar la operación. Por tanto debemos poner en práctica la política que ya se venía realizando en los Estados Unidos de América desde hace muchos años del Know Your Customer (conoce a tu cliente).

Conocimiento de la actividad profesional o empresarial del cliente

Pero el deber de conocimiento del cliente no termina con la identificación explicada. Además **deberemos conocer la naturaleza de la actividad profesional o empresarial del cliente**, realizando averiguaciones al respecto siempre que el cliente o la relación de negocios presente un riesgo superior al promedio, por disposición normativa o porque así se desprenda del análisis de riesgo realizado por el abogado. También cuando resulte que las operaciones activas o pasivas del cliente no se correspondan con sus antecedentes operativos.

Estas comprobaciones deberán graduarse en función del riesgo (en principio no debe presentar el mismo riesgo mismo un cliente que tenga una nómina fija y que sea un operario de fábrica, que un marchante de arte, por ejemplo, como tampoco es lo mismo, en principio, un cliente nacional que uno que sea súbdito de un paraíso fiscal), **y se realizarán mediante documentación aportada por el propio**

“Todos los procedimientos de control interno que establezca el despacho deben estar documentados en un Manual de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo”

cliente, o mediante la obtención de fuentes fiables independientes.

Aquí el legislador nos deja una puerta abierta a la imaginación con esta indeterminación, al no remitirnos a ninguna fuente en particular.

Enfoque basado en el riesgo

Si hay un elemento clave en el nuevo Reglamento, que ya se venía apuntando desde que el SEPBLAC publicó las Recomendaciones sobre las medidas de control interno para la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo en abril de 2013, es el **enfoque basado en el riesgo**, conocido por sus siglas en inglés como RBA. Podríamos definirlo como un **profundo análisis de nuestro despacho destinado a concentrar nuestros mayores esfuerzos en aquellos clientes o servicios que puedan entrañar un mayor riesgo de blanqueo**.

El abogado debe de analizar cada operación encomendada por el cliente, con la finalidad de establecer un nivel de riesgo, y aplicar las medidas de diligencia acordes al riesgo asociado. Este análisis debe reflejarse por escrito para poder acreditar ante las autoridades competentes que se han adoptado las medidas oportunas.

El análisis de riesgo debe identificar y evaluar los posibles riesgos derivados por la tipología de clientes. **Como indicadores de riesgo se deben tener en consideración, por ejemplo, la ubicación geográfica del cliente, la actividad que éste desarrolla, el tamaño del negocio del cliente, sus sistemas de ingresos, movimientos y transmisión de fondos, sus formas de pago de honorarios, si se trata de una persona con responsabilidad pública, si tiene una estructura de propiedad compleja, qué servicio nos requiere, etc.** Este análisis, para estar adecuado a la realidad de los tiempos, deberá revisar-

se con cierta periodicidad.

El despacho de abogados podrá ayudarse, para realizar una buena prevención, del catálogo de operaciones de riesgo que deben ser objeto de un especial análisis, y que servirán como indicadores de alertas de riesgo para los profesionales del Derecho. Estas recomendaciones fueron elaboradas por el GAFI en 2013.

Según el artículo 31 del Reglamento *“los sujetos obligados... que con inclusión de los agentes, ocupen a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios actual o cuyo balance general anual no supere los 2 millones de euros, quedan exceptuados de las obligaciones de realizar el procedimiento de control interno del análisis de riesgo”*.

Seguimiento continuo de la relación de negocios

Además los profesionales de la abogacía deberemos realizar un **seguimiento**

miento continuo de la relación de negocios de nuestros clientes realizando un escrutinio de las operaciones realizadas durante toda la vida profesional y de negocios que mantengamos con él, así como realizar procesos de revisión de documentación e información de la diligencia debida para asegurar que siempre están actualizados y vigentes. Se deberá indicar en el Manual de procedimientos cuál es la periodicidad, que no podrá ser superior al año en aquellos clientes de tengan un promedio superior a la media.

Especial atención ante los nuevos PRP's

No se trata de una novedad del Reglamento, ya que ha sido la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la que modificó el artículo 14 de la Ley 10/2010 para incluir a las personas nacionales que ocupen ciertos cargos, o familiares de éstos, como personas con responsabilidad pública. Hasta ahora únicamente se tenía que aplicar

JURISPRUDENCIA

www.bdifusion.es

- Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 7 de enero de 2014, N° Rec. 32/2013, (Marginal: 2448128)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de septiembre de 2013, N° Rec. 5633/2009, (Marginal: 2440379)
- Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 8 de julio de 2013, N° Rec. 12/2013, (Marginal: 2436318)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de abril de 2013, N° Rec. 252/2010, (Marginal: 2425161)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de noviembre de 2012, N° Rec. 2646/2009, (Marginal: 2409421)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de julio de 2012, núm. 559/2012, N° Rec. 1039/2011, (Marginal: 2400225)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de julio de 2012, núm. 557/2012, N° Rec. 829/2011, (Marginal: 2400412)

medidas reforzadas de diligencia debida a los extranjeros con responsabilidad pública.

Obligaciones de comunicación y colaboración

Respecto a **las obligaciones de comunicación y colaboración, cuando el despacho detecte indicios de riesgo de blanqueo o tenga la certeza, en algún cliente u operación, se deberán aplicar las siguientes medidas:**

Lo que se conoce como “**examen especial**”, en el que se deberá realizar un estudio especial y documentado del cliente u operación. Tras este estudio, el abogado deberá decidir si reporta o no al SEPBLAC toda la información obrante. Siempre, tanto si se reporta como si no, deberá quedar suficientemente justificado.

Si realizamos la comunicación no podemos continuar interviniendo profesionalmente con el cliente ni con la operación, con la excepción de que exista el riesgo de que podamos poner en alerta al cliente y “abortar” las posibles actuaciones del SEPBLAC.

Conservación de documentación

Toda la documentación obtenida o generada en aplicación de estas medidas de diligencia debida, incluyendo las copias de los documentos de identificación, declaraciones del cliente, información aportada por el propio cliente o de fuentes fiables, así como documentación contractual y los resultados de los análisis que el despacho lleva a cabo, **deberán conservarse como mínimo un periodo de diez años.** Esta información, podrá almacenarse en soportes ópticos, magnéticos o electrónicos.

El Reglamento, exceptiona de esta obligación a los despachos que ocupen a menos de diez personas y cuyo volumen de negocio o cuyo balance general anual no supere los dos millones de euros, que podrán optar por mantener copias físicas de los documentos de identificación. Si el despacho de abogados forma parte de un grupo empresarial, conforme lo establecido en el artículo 42 del Código de Comercio, no será aplicable la excepción.

Protección de datos de carácter personal

En cuanto a **protección de datos de carácter personal**, los despachos, **deberán inscribir un fichero o ficheros, en el Registro de la Agencia Española de Protección de Datos, según sus necesidades u organización, que deberán cumplir con las medidas de seguridad de nivel alto, previstas en la normativa de protección de datos de carácter personal.** Los datos recogidos por los sujetos obligados para el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida no podrán ser utilizados para otros fines distintos relacionados con la prevención del blanqueo y la financiación del terrorismo sin el consentimiento del interesado, con la excepción de que el tratamiento sea necesario para la gestión ordinaria de la relación de negocios. **Si el cliente o cliente potencial ejercita cualquiera de los conocidos como Derechos ARCO (Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición), el abogado no tendrá la obligación de facilitar esa información e informará de ello basándose en el artículo 32 de la Ley.** Ello, es obvio debido a que si se ha puesto en conocimiento del SEPBLAC una posible operación sospechosa del cliente, éste ejercitando cualquiera de los Derechos ARCO podría conocerlo o bien oponerse. No obstante el cliente podrá ejercitar el Derecho de tutela ante la Agencia Española de Protección de Datos.

Manual de Prevención

Todos los procedimientos de control interno que establezca el despacho deben estar documentados en un Manual de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que detalle, entre otros aspectos la política de admisión de clientes, indicando el riesgo que pueda tener, las medidas preventivas, procedimientos de los exámenes especiales, composición, funcionamiento y competencias de los órganos de control interno, medidas para asegurar el conocimiento de los procedimientos de control interno por parte de los directivos y empleados del despacho, plan formativo, conservación de documentación...

El Reglamento, exceptiona a los despachos que ocupen a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios actual o cuyo balance general anual no supere los 2 millones de euros.

La creación de un órgano de control interno responsable de la aplicación de las políticas y procedimientos adecuados en materia de diligencia debida, información, conservación de documentación, evaluación y gestión de riesgos, no será preceptiva cuando el despacho ocupe a menos de cincuenta empleados y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supere los diez millones de euros.

Exámen de experto externo

Respecto a la obligación del examen de experto externo, aquel despacho que ocupe a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios actual o cuyo balance general anual no supere los 2 millones de euros, quedará exento de ser sometido.

Aquellos que superen estas cifras, deberán ser objeto de dicho examen con carácter anual. No obstante, en los dos años sucesivos a la emisión del examen podrá éste ser sustituido por un informe de seguimiento emitido por el experto externo, referido a la adecuación de las

BIBLIOGRAFÍA

www.bdifusion.es

BIBLIOTECA

- GARCÍA NORIEGA, ANTONIO. *Blanqueo y Antiblanqueo de Capitales*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica. 2010.

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- PUYOL MONTERO, JAVIER. *Abogados y prevención del Blanqueo de Capitales*. *Economist&Jurist* N° 142. Julio-agosto 2010. (www.economistjurist.es)
- SÁNCHEZ-STEWART, NIELSON. *Abogados: blanqueo de capitales ¿Ataque al secreto profesional?* *Economist&Jurist* N° 120. Mayo 2008. (www.economistjurist.es)

medidas adoptadas para solventar las deficiencias identificadas.

El examen consiste en valorar todas las medidas de control interno existentes y se valorará su eficacia operativa y se propondrán mejoras o rectificaciones.

Formación

Los despachos deben realizar acciones formativas a sus empleados para que tengan conocimiento suficiente para poder detectar operaciones sospechosas de estar relacionadas con el blanqueo y la financiación del terrorismo. Serán formaciones anuales diseñadas teniendo en cuenta los riesgos del sector y la tipología de clientes.

El legislador ha entendido, en esta ocasión, que **tampoco será necesario que los empleados estén formados si el despacho ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios actual o cuyo balance general anual no supere los 2 millones de euros.** No obstante, sí que establece la obligación de que, en estos casos, quien sea el representante ante el SEPBLAC reciba formación externa adecuada para el ejercicio de sus funciones.

La Ley y el Reglamento tratan de obligaciones de mínimos, y por tanto esa “aparente” relajación de ciertas obligaciones no pueden llevarnos a la relajación total, ya que el riesgo reputacional que puede tener el abogado y/o

el despacho es enorme. Todos somos conocedores de lo que cuesta ganarnos la reputación de nuestros clientes, y lo pronto que se puede perder por una excesiva relajación que puede conllevar aparejada, salir en la prensa por una supuesta colaboración con un cliente que aparentemente blanqueaba o que pretendía hacerse con nuestros servicios para financiar al terrorismo. No saldremos en la prensa de igual manera, cuando se nos esté investigando que cuando se nos exonere de toda responsabilidad.

Es por ello, por lo que abogo a que, por mucho que el Reglamento nos exima de la necesidad de formar a los empleados de los despachos pequeños (que no sea necesario realizar informe de experto externo, que tampoco lo sea tener un manual de procedimientos por escrito), en la medida de lo posible se realice, ya que no sirve de nada que el titular del despacho sepa lo que tiene que hacer y cómo, y que los empleados, que son los que van a tratar y conocer al cliente, no lo sepan.

Quisiera acabar este artículo con una reflexión, citando a nuestro compañero Nielson Sánchez Stewart, presidente de la Comisión Especial de prevención del Blanqueo de Capitales del Consejo General de la Abogacía Española, **“Los abogados no somos confidentes ni delatores, pero tampoco colaboramos a blanquear dinero”** a lo que tan sólo quiero añadir, ni por omisión ni por imprudencia. ■

CONCLUSIONES

- El Reglamento ha suscitado cierta polémica, al excepcionar a determinados sujetos obligados a ciertas obligaciones, llegándose a afirmar desde ciertos sectores que ya no tenían ninguna obligación formal. Nada más lejos de la realidad
- Algunas excepciones pueden estar “envenenadas” ya que el riesgo reputacional por no realizarlas puede ser devastador para el abogado