

**SEMINARIO SOBRE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITAL
CELEBRADO EN LA SEDE DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA
12 DE NOVIEMBRE DE 2014**

PONENTES

- Don Juan Álvarez-Sala Walther (Notario de Madrid),
- Doña Adriana de Buerba Pando (Abogada del bufete Pérez-Llorca, Fiscal en excedencia y miembro de la Comisión de PBC del CGAE),
- Don Juan Ramírez Baratech (Asesor Jurídico del SEPBLAC),
- Don Sergio Salcines Gasquet (Licenciado en Ciencias Económicas, socio de Informa Consulting y miembro de la Comisión de PBC del CGAE),
- Don Nielson Sánchez-Stewart (Presidente de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales del CGAE).

Se había programado la revisión de los siguientes temas específicos que se examinaron sin seguir su orden.

- Límite entre la comunicación y el secreto profesional
- Aplicación (o no aplicación) de la LOPDP
- Obligación de comunicar las operaciones meramente intentadas
- Identificación de quienes no son clientes por no haberse aceptado el encargo
- Determinación por otros medios de la titularidad de las sociedades con acciones al portador
- Identificación formal del titular real
- Documentación preceptiva en el acta de titularidad real cuando hay elementos de riesgo
- Intercambio de información de medidas de diligencia debida entre sujetos obligados
- Concepto de grupo en los despachos a efectos de ser sujeto obligado
- Nombramiento de representante en los despachos que cuentan con más de un sujeto obligado
- Inspecciones llevadas a cabo por el Sepblac en 2014 y plan de inspección para 2015.
- La actuación del experto externo, responsabilidad del sujeto obligado en su elección, sus funciones
- La identificación por medios alternativos al DNI
- Identificación de la parte adversa

1.- Límite entre la comunicación y el secreto profesional.

Las funciones propias del Abogado son dos: defensa y asesoramiento.

Mientras en la defensa no hay problemas de aplicación de la LPBCFT al no considerarse sujeto obligado al Abogado cuando realiza esta actividad, sí pueden existir problemas al desarrollar su función de asesoramiento ya que esta expresión se utiliza tanto en el artículo 2 letra ñ) de esa ley y en el artículo 542 de la LOPJ que impone la obligación de guardar secreto profesional.

Se procuró resolver esta antinomia: deber de confidencialidad y obligación de comunicar y cooperar con la UF. Se tomaron en cuenta los siguientes criterios:

- que en el asesoramiento puro prima el secreto al amparo de lo que dispone la III Directiva, salvo cuando el Abogado está implicado en el blanqueo o cuando conoce que se solicita su asesoramiento con ese propósito.
- que el cliente no se contenta en la actualidad con recibir un informe cuando realiza un encargo al Abogado y espera de éste la ejecución de lo que se ha llama la gestión jurídica.
- que en el desarrollo de esa gestión –que podría no realizar el Abogado- no prima el secreto profesional y surgen los deberes de comunicar y cooperar
- que la realización de esta gestión determina lo que la letra ñ) del artículo 2 se refiere a participar y cuando se participa se es parte y, por tanto, no existe el deber de confidencialidad.
- que el tiempo en que se ofrece el asesoramiento es importante. Si es previo a la operación (una de las descritas en la letra ñ), generalmente será seguida de la gestión. en cambio, si es posterior, no.

El artículo 22 de la ley bajo el epígrafe de “No sujeción” parecía redundante en lo relativo a la defensa ya que el Abogado no está sujeto y, en lo relativo al asesoramiento era más bien un caso de exención a la sujeción.

A juicio del SEPBLAC, el secreto profesional no debe ser una excusa para no comunicar y los casos de conflicto son escasos. Las actividades descritas en la letra ñ) no son propias del Abogado y puede realizarlas cualquier profesional.

2.- Aplicación (o no aplicación) de la LOPD en las PBC.

Se puso de manifiesto que la normativa en materia de prevención de blanqueo de capitales es de difícil conjugación con la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal (*habeas data* versus *data sharing*). Los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición) no son siempre susceptibles de ser ejercitados en materia de prevención de blanqueo de capitales.

El tema es interesante en lo relativo al protocolo notarial cuya naturaleza pública o privada fue objeto de discusión hasta la promulgación de una OM de 2003 que dispuso que eran de titularidad pública lo que los eximía de la supervisión de la Agencia de Protección de Datos. La transmisión de datos de la notaría al Colegio respectivo y de éste al OCP del Consejo no es propiamente una cesión al no existir alteridad.

Se examinó la creación de la base de datos de titularidad real que prevé el artículo 9.6 del Reglamento. Esta herramienta ha sido recomendada por el GAFI que patrocina que los estados deben facilitar instrumentos a los sujetos obligados para que cumplan sus deberes. Estos instrumentos pueden ser de naturaleza privada (páginas web, por ejemplo, de escasa fiabilidad), pública (registros públicos, formalistas y no necesariamente exactos) o con intervención de terceros de confianza (*third party reliance*).

Se examinó el artículo 32 de la Ley que en su apartado 1 somete el tratamiento de datos de carácter personal y los ficheros, automatizados o no, creados para el cumplimiento de sus disposiciones a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 y su normativa de desarrollo.

Sin embargo, se dispone en el apartado 2 que no se requerirá el consentimiento del interesado para el tratamiento de datos que resulte necesario para el cumplimiento de las obligaciones de información a que se refiere el Capítulo III de la Ley 10, esto es, para la comunicación y, en particular, para las previstas en su artículo 24.2. Nótese que la referencia se hace al capítulo III y no al II –obligaciones de diligencia debida- lo que parecería, a contrario sensu que para la comunicación de datos para cumplir con esas obligaciones se precisaría el consentimiento.

Asimismo, no serán de aplicación a los ficheros y tratamientos a los que se refiere este precepto las normas contenidas en la citada Ley Orgánica referidas al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. En caso de ejercicio de los citados derechos por el interesado, los sujetos obligados se limitarán a ponerle de manifiesto lo dispuesto en este artículo.

En relación al apartado 5 del artículo 32 “Serán de aplicación a los ficheros a los que se refiere este artículo las medidas de seguridad de nivel alto previstas en la normativa de protección de datos de carácter personal.” se llamó la atención de que una aplicación estricta del precepto obligaría a un despacho a tener ficheros diferentes para el tratamiento de datos de clientes que encargan asuntos de la letra ñ) y de los demás clientes.

Se concluyó que es muy importante que el Abogado deje de manifiesto y advierta en su hoja profesional o en el escrito sobre recogida de datos personales que presenta a sus clientes para que lo cumplimenten y firmen, el hecho de que el Abogado está sujeto a la normativa en materia de prevención de blanqueo de capitales, que los derechos ARCO no son aplicables en este caso, que el cliente autoriza al Abogado a que comparta y ceda sus datos personales al Abogado contrario, al propio Banco del Abogado ... y autorice igualmente a solicitar información de dicho Banco.

Igualmente se trató del tema del fichero de titularidad real que se está preparando por el Consejo del Notariado y se comentó que se está pendiente de un convenio con el CGAE o con los Colegios de Abogados a fin de poder acceder a dicho fichero, lo cual nos reportaría grandes beneficios, tales como el poder ver si coinciden los datos que tenemos con los que figuran en dicho fichero. No obstante, también se puso de manifiesto los inconvenientes y problemas que dicho convenio implicaría por la cesión de dichos datos personales por los Notarios y el uso que de ellos se hiciese por parte de los Abogados.

3.- Obligación de comunicar las operaciones meramente intentadas.

Si una persona acude a un Abogado y no supera la política de admisión de clientes del despacho, no es cliente y, por tanto, no es necesario comunicar nada al SEPBLAC. La razón de la no aceptación debe ser el no haber podido completar las medidas de diligencia debida.

En cambio, si se ha aceptado el cliente y durante el desarrollo de la operación el Abogado ve indicios o certeza de blanqueo debe comunicar y abstenerse sin revelar nada al cliente. En esos casos puede interponerse una demanda en contra del Abogado por incumplimiento del encargo profesional y el Abogado puede encontrarse en una total situación de indefensión jurídica ya que no se puede defender ni alegar el motivo por el cual ha dado por terminada la relación profesional ya que la normativa en materia de prevención de blanqueo de capitales impone al Abogado la obligación de no revelación.

No debe olvidarse que el Abogado puede cesar en cualquier momento en su misión debiendo sí evitar la indefensión.

La necesidad de aplicar medidas de diligencia reforzada sobrevinida por la aparición de algún elemento de riesgo y su imposibilidad puede ser motivo bastante para terminar la relación de negocios.

Esta situación es aún más grave para los notarios que están obligados a dispensar su ministerio, salvo impedimento legal, y, en caso de negativa, fundamentarla en el recurso que puede interponerse.

En la ley preventiva hay una carga de ingenuidad ya que no debe esperarse que el sujeto obligado se autoinculpe. Más que una ley preventiva se trata de una ley disuasoria: evitar que los blanqueadores utilicen los servicios de los sujetos obligados dificultándoles su actuación delictiva.

El SEPBLAC considera que si no se ha aceptado el encargo no se debe comunicar nada ya que no existen suficientes antecedentes e información.

Los bancos utilizan este método para rechazar clientes: no haber podido completar las medidas de diligencia debida. No debe pues esgrimirse la razón de que se han encontrado indicios de blanqueo sino la imposibilidad antes dicha.

Se llamó la atención a la recomendación del GAFI de 23 de octubre último sobre el de-risking, una política de rechazo indiscriminado de clientes en evitación de problemas. Un ejemplo se encuentra en las dificultades de los inversores extracomunitarios deseosos de acogerse a la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

4.- Intercambio de información entre sujetos obligados en diligencia debida.

En dicho punto se llegó a la conclusión de que el intercambio de información es posible respecto de Abogados de sujetos obligados que se encuentren en el mismo nivel (Abogados, asesores inmobiliarios, asesores fiscales...) siendo muy aconsejable que haya acuerdo escrito en tal sentido autorizando el cliente a dicha cesión de datos e intercambio de información. A *contrario sensu* el intercambio de información puede ser problemático cuando los sujetos obligados se encuentren en distinto nivel. Sin embargo, es muy importante que exista una

colaboración activa entre Abogados y Notarios para cumplir con la ley dentro de un clima de confianza.

Según el SEPBLAC debería haber más comunicaciones de Abogados que de Notarios ya que el Abogado conoce mejor a su cliente. Se insistió en el carácter voluntario de la intervención letrada y que la ley estaba cumpliendo con su función disuasoria.

El notariado ha creado un registro de comunicaciones lo que sería deseable para otros sujetos obligados.

Debe evitarse el doble control por lo que es recomendable referirse –bajo la propia responsabilidad- a terceros debiendo existir un acuerdo escrito que puede documentarse en un simple cambio de cartas. Esto no exime de la obligación de obtener los documentos de identidad.

5.- Nombramiento de representante en los despachos con más de un sujeto obligado.

En el caso de despachos multidisciplinarios con distintas categorías de sujetos obligados o con varios departamentos (jurídico, fiscal, contable, laboral...), aunque no haya grupo consolidado, puede nombrarse un representante por cada rama o uno para todos que es lo más recomendable. En cas que se trate de un grupo consolidado únicamente debe nombrarse un representante.

6.- Inspecciones llevadas a cabo por el SEPBLAC en 2014 y plan de inspección para 2015.

Se comentaron las múltiples inspecciones que han sido llevadas a cabo por parte del SEPBLAC a distintos profesionales (Abogados, compañías de seguros, bancos...), inspecciones que van a seguir llevándose a cabo en el año 2015. Se han detectado un deficiente cumplimiento de la normativa en materia de blanqueo de capitales por parte de algunos grandes despachos de Abogados, en los que se ha detectado que no están adaptados correctamente, carecen de representante, no cuentan con manual de prevención de blanqueo de capitales, ni delimitación del nivel de riesgo. En relación a los despachos pequeños y a los Abogados que ejerzan individualmente, se insistió en que debía apartarse el temor ya que el propósito no es sancionar sino obtener el cumplimiento.

Las inspecciones tienen por misión también evitar la competencia desleal entre los que cumplen y los que no. Esto es de aplaudir.

7.- Actuación del experto externo.

Es responsabilidad del sujeto obligado su adecuada elección. La elaboración del informe que la normativa impone para aquellos sujetos obligados que efectivamente tengan que cumplir con dicha obligación es importante y el SEPBLAC examina la calidad de los informes que les llegan y, si a su juicio no son correctos y adecuados, se considera como no cumplida dicha obligación, con posibilidades de aplicar sanciones.

Ahora bien, aquellas personas y colectivos que no resulten obligados a elaborar dicho informe, pueden hacerlo de manera voluntaria sin que puedan imponerse sanciones.

En la legislación actual el experto externo no tiene ninguna responsabilidad.

8.- Identificación de la parte adversa.

Al respecto se comentó la necesidad de identificar al contrario al menos de una manera formal (pasaporte, profesión, domicilio...), sin que exista obligación ni necesidad de cumplir con las medidas de diligencia debida ya que la ley se refiere al cliente.

Siempre es conveniente, no obstante, pedirle al Abogado contrario que nos envíe una carta o, al menos, un correo electrónico, en la que nos especifique que él ha cumplido respecto de su cliente el deber de diligencia.

No obstante, cuando se observen claros indicios o sospechas de conducta por parte del contrario que indiquen que puede tratarse de una operación de blanqueo de capitales, entonces sí se deben adoptar las medidas de diligencia debida y, en su caso, abstenerse de ejecutar la operación y notificar.

Esta obligación de diligencia debida no respecto de la parte adversa, pero sí de la operación, es una manifestación del deber de lealtad con el propio cliente.

Pero no debe olvidarse que, en algunas oportunidades, a la parte contraria no le interesa ser conocida por razones fácilmente entendibles (caso Disneylandia, compra por parte del rey de Arabia Saudita, entre otros muchos).

9.- Cuentas de clientes.

Se puso de manifiesto por parte del representante del SEPBLAC, que hay que extremar la cautela en el uso de las cuentas de clientes, ya que en numerosas ocasiones, se utilizan por parte del cliente para blanquear fondos.

El SEPBLAC no ve con aprensión las cuentas de provisiones de fondos, pero no considera lógico que a través de ellas se hagan las inversiones o movimientos de grandes cantidades de dinero. El Abogado debe analizar el origen de los fondos que recibe.

10.- Determinación por otros medios de la titularidad de las sociedades con acciones al portador identificación formal del titular real.

La existencia de sociedades con acciones al portador es una excepción. se exige en estos casos diligencia reforzada por lo que la simple declaración del administrador no es suficiente. es necesaria la exhibición de los títulos o una certificación del secretario del consejo de administración.

El problema puede existir cuando sólo se exhiben los títulos de quien controla más de 25% pero se omite la titularidad de los demás.

Se examinó el caso de los trusts constituidos con cláusula de confidencialidad. En tales caso, la identificación deviene imposible y la única solución es la abstención.

En el caso de que existan elementos de riesgo deberá exigirse la identificación formal del titular real mediante la exhibición de su documento de identidad. En tales casos es conveniente evitar la inclusión en el acta de titularidad de dicho documento ya que constituye una llamada de atención a los terceros, a veces, injustificada.

Los notarios piden la identificación formal mediante documentación del representado cuando el poder se ha otorgado ante notario extranjero o ante cónsul. En el caso de mandato verbal se hace la advertencia que debe ser ratificado el mandato ante notario público español.

Marbella para Madrid, enero de 2015