

Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad de los asesores fiscales en el blanqueo de capitales ¹

Isabel García-Ovies Sarandeses

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario

Universidad de Oviedo. Miembro de AEDAF

Resumen

En este comentario se analiza la eventual responsabilidad del asesor fiscal desde una doble perspectiva. De un lado, la posibilidad de que pueda ser objeto de imputación penal, conforme a lo establecido en el artículo 301 del Código Penal tras su última modificación. Por otro lado, las consecuencias del incumplimiento de las medidas que se imponen a los asesores fiscales en la Ley 10/2010 con el fin de prevenir el blanqueo de capitales. Se complementa con algunos comentarios de dichas medidas referidas a la actividad de asesoramiento tributario, cuyo ejercicio no requiere, como sabemos, de una habilitación profesional específica.

Abstract

In this work we analyse the eventual responsibility of tax attorneys in the money laundering from a double perspective. On the one hand, the possibility of their criminal liability according to the current regulation in article 301 of the Criminal Code. On the other hand, we examine the consequences for them in case they don't observe the preventive measures established by the law 10/2010. Besides, we comment on the above-mentioned measures some specific aspects of such measures.

Palabras clave

Blanqueo de capitales. Responsabilidad penal del asesor fiscal. Medidas preventivas del blanqueo de capitales.

Keywords

Money laundering. Criminal liability of tax attorneys in money laundering. Preventive measures.

¹ Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación "Una nueva perspectiva financiera del blanqueo de capitales" (DER2008-06263).

Sumario

1. Introducción
2. Responsabilidad penal del asesor fiscal
3. Medidas contempladas en la Ley 10/2010
 - 3.1. Obligaciones de diligencia debida
 - 3.2. Obligaciones de información
4. Bibliografía

1. Introducción

Aunque suele relacionarse con la materia tributaria, el blanqueo de capitales ni es objeto de regulación por normas de carácter tributario, ni puede interesar a esta materia en relación con el bien jurídico protegido por sus normas, que, de forma genérica, es la obtención de ingresos y su recaudación de acuerdo con los principios de redistribución de la renta. Es cierto que son muchas las vinculaciones que la regulación del blanqueo tiene con la materia tributaria; así, por ejemplo, la tributación de los bienes procedentes de ese delito, o la relación entre los deberes de información tributaria y los deberes de información anti-blanqueo, la utilización de paraísos fiscales para el depósito de los fondos procedentes del blanqueo o también el hecho evidente de que muchas veces determinados movimientos u operaciones financieras no tienen el único objetivo del blanqueo sino también el de defraudar a la Hacienda Pública. Pero lo que nos interesa aquí son las implicaciones que puede tener la regulación del blanqueo de capitales, en general, para aquellos profesionales que se dedican al asesoramiento en materia tributaria.

No voy a dar cuenta del *iter* seguido en la tipificación de este delito, construido a impulso de las directivas comunitarias en la materia y, sólo en la medida en que nos sirva para la interpretación del sentido de la norma, me referiré a la regulación anterior. Como sabemos, la vigente hoy en España se contiene en los artículos 301 y siguientes del *Código Penal*, reformados recientemente por la *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal*, y la *Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*. Examinaremos cómo estas leyes afectan a los asesores fiscales y cómo se pueden derivar responsabilidades para ellos por incumplimiento de lo que en las mismas se establece.

El delito de blanqueo responde a la protección de un bien jurídico colectivo, se trata de reprimir conductas que no perjudican intereses estrictamente individuales o personales. Esta tendencia a la represión de conductas que afectan a la colectividad se vincula al intervencionismo del Estado contemporáneo² y, como siempre, se plantea cuál deba ser el límite a dicha intervención y también las ventajas o desventajas de incluir los delitos económicos en el *Código Penal*³.

El blanqueo de capitales tiene por objeto legalizar bienes procedentes de actividades delictivas. No vamos a entrar ahora en el análisis de estas actividades delictivas, que nos llevan a la distinción entre el *dinero negro* “que se origina en actividades comerciales legales, pero que elude las obligaciones fiscales” y *dinero sucio* “que procede de negocios delictivos, tales como el contrabando, tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de niños, etc.”⁴. Nuestro *Código Penal* ha optado por un concepto amplio que responde

2 Vid. por todos, sobre el concepto de bien jurídico colectivo en el marco de las modernas democracias sociales, I.BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998, págs.178 ss.

3 Vid. por todos, M. BAJO FERNÁNDEZ, “La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal”, en *Estudios Penales. Libro Homenaje al profesor José Antonio Oneca*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.

Conscientes de la dificultad de este tema, hacemos nuestras las reflexiones de M. FERNÁNDEZ JUNQUERA referidas a la materia tributaria, en el sentido de que la separación entre infracción y delito “no debería de fijarse tanto en la cuantía como en otros elementos esenciales de la conducta defraudadora” de forma que “Sólo la existencia de tramas organizadas dirigidas a la defraudación tributaria podría o debería configurar el tipo del delito, y en ese caso, con independencia de la cuantía de la cuota defraudada”, “La débil frontera entre la infracción tributaria y el delito penal de tributación”, *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, Pamplona, 2010, pág.892.

4 I.BLANCO CORDERO, *El delito de Blanqueo de Capitales*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág.87.

al afán de endurecer la persecución y el castigo de este tipo de delitos. “Las nuevas medidas, tanto penales como extrapenales, ponen de manifiesto que la lucha frente al blanqueo de capitales es, o al menos pretende ser, una de las preocupaciones preferentes de política criminal. Estamos ante uno de los ámbitos tradicionalmente vinculados al concepto de delincuencia económica en los que resulta más difícil de penetrar”⁵.

Centrándonos ya en las posibles responsabilidades de los asesores fiscales en relación con el blanqueo de capitales, creo que tenemos que distinguir dos grandes grupos, las que derivan de la regulación del Código Penal y aquellas derivadas de la legislación preventiva de carácter administrativo, en concreto de la Ley 10/2010. Ahora bien, con carácter previo, y puesto que esta última Ley, en su artículo 2.1.m), incluye expresamente entre los obligados a su aplicación a los “asesores fiscales”, tenemos que examinar si se trata de una figura que pueda identificarse de acuerdo con unos perfiles definidos jurídicamente o si se trata de una referencia genérica que se identifica por el ejercicio del asesoramiento tributario en general. Tanto la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, como el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de Gestión e Inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos se refieren incidentalmente al asesor fiscal para reconocerle la posibilidad de ostentar la representación voluntaria del obligado o de asistir a éste en las actuaciones y procedimientos tributarios⁶ pero en ningún caso contienen una definición ni de esta figura ni de los cometidos que pudieran identificarla. Más explícito al respecto había sido el antiguo Reglamento General de Inspección de los Tributos de 1986⁷, que, en su artículo 37.5, trataba de definir esta figura a propósito del deber de guardar secreto, en relación con los requerimientos de información tributaria, de aquellos datos confidenciales de los que hubieran tenido conocimiento estos profesionales como consecuencia de la prestación de sus servicios profesionales. “Tendrán la consideración de asesores –señalaba- quienes, con arreglo a Derecho, desarrollen una actividad profesional reconocida que tenga por objeto la asistencia jurídica, económica o financiera”. Una definición tan genérica no permitía, de todas formas, la identificación de esta figura. Como sabemos, tampoco es obligatoria la colegiación para el ejercicio de la profesión ni siquiera se exige una determinada habilitación profesional, lo que nos lleva a la conclusión de que el círculo de sujetos a los que son de aplicación las normas preventivas anti-blanqueo es bastante amplio. Sin embargo, entendemos que tampoco tendría mucha virtualidad otra definición a los efectos que ahora nos interesan puesto que el interés que las normas protegen en los casos del delito de blanqueo deben impedir que cualquier profesional, cualquiera que sea su denominación, colabore en la comisión del mismo, prescindiendo del nombre que identifique su función o profesión. Sin perjuicio de volver a referirnos más adelante a la delimitación de esta figura, parece aconsejable prescindir del nominalismo y referir estas conductas a cualquier profesional a partir del concepto más amplio de asesoramiento⁸.

5 J.FERNÁNDEZ TERUELO, “Blanqueo de capitales”, *Memento Práctico Penal y Económico de la Empresa 2011-2012*, Francis Lefebvre, Santiago de Compostela 2011, pág.672.

6 Artículos 46.1 y 114.7, respectivamente.

7 Real Decreto 939/1986, de 25 de abril.

8 Vid. *in extenso* el Capítulo I de la obra de J.M.MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, *El asesor fiscal como sujeto infractor y responsable*, Cuadernos Fiscales de Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2003, págs.17 ss.

2. Responsabilidad penal del asesor fiscal

Comenzando por la regulación del blanqueo contenida en el Código Penal, éste ha modificado recientemente sus artículos 301 y 302, incluidos en el Capítulo XIV, cuyo título, “De la receptación y el blanqueo de capitales”, ya supone el reconocimiento de la autonomía e importancia de este delito⁹. No vamos a analizar el nuevo concepto, puesto que no es el objeto de este comentario, sino simplemente recoger aquellas novedades que la doctrina ha destacado en esta reforma: en primer lugar, la extensión de las conductas típicas que integran este delito; por otra parte, en relación con el origen de los bienes cuyo blanqueo se pretende, se ha sustituido, también con afán expansivo, el término “delito” por el de “actividad delictiva”; también se ha tipificado expresamente el llamado “autoblanqueo”, castigando también el blanqueo del que ha cometido ya el delito subyacente; por último, se incorpora también el blanqueo al nuevo modelo de responsabilidad penal de la personas jurídicas¹⁰.

Pues bien, en relación con la conducta tipificada en el Código Penal, hemos de examinar en qué medida ésta puede ser cometida por el asesor fiscal en el ejercicio de su actividad. El tipo delictivo del blanqueo del artículo 301 incluye a aquél que *“adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos”*. Se incluye como tipo delictivo propio del blanqueo de capitales una actividad que, en realidad, puede ser considerada también como encubrimiento del delito previo.

La autonomía del delito del blanqueo frente a la posibilidad de configurarlo simplemente como un encubrimiento del delito principal no ha sido pacíficamente admitida entre la doctrina. En la medida en que el tipo del blanqueo requiere de la existencia de un previo delito de referencia, podría considerarse que el propio delito de blanqueo supone un encubrimiento y, como se ha señalado, “hay ciertos países en los que, llegado el momento de tipificar este delito, no sólo han penalizado los actos que frustren o puedan frustrar el descubrimiento de las circunstancias en las que se cometió el ilícito previo, sino también aquéllos otros dirigidos a impedir la localización, secuestro o decomiso de los propios bienes que integran el objeto de blanqueo”¹¹. Con todo, como se ha defendido acertadamente, aún cuando se puedan considerar como delito esos actos incursos en la categoría del encubrimiento, en el blanqueo “la esencia de la reconversión de bienes no consiste tanto en impedir su confiscación como en distanciarlos progresivamente de su origen con objeto de aparentar que proceden de actividades lícitas y así poderlos emplear libremente en el tráfico ordinario”¹². Si se considerase que únicamente se pretende penalizar el

9 Así había sido reiteradamente reclamado por la doctrina. Vid. a este respecto J. FERNÁNDEZ TERUELO, “Blanqueo de capitales”, ob.cit., pág.672.

10 Ídem.

11 E.A. FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998, pág.255.

12 *Ibidem*, pág.256. Y señala cómo no podría considerarse la existencia de blanqueo de capitales en caso de que se malograra la confiscación encerrando bajo llave los bienes procedentes de un delito. Se trata, según el Código Penal, de la ocultación o encubrimiento de su origen, no de los propios bienes.

En el blanqueo “la esencia de la reconversión de bienes no consiste tanto en impedir su confiscación como en distanciarlos progresivamente de su origen con objeto de aparentar que proceden de actividades lícitas y así poderlos emplear libremente en el tráfico ordinario”

favorecimiento de la ocultación, no tendría sentido la creación de una nueva figura delictiva, que sólo se justifica si consideramos que el blanqueo es algo más que el mero encubrimiento¹³.

La Ley 10/2010, aparte de establecer con carácter obligatorio ciertas medidas de carácter preventivo, incluye, en su artículo 1.2, una definición de blanqueo de capitales más detallada que la del Código Penal y, aunque limita su virtualidad “a los efectos de esta Ley”, podemos entender que completa, al menos en

cuanto a su interpretación, el concepto del artículo 301 del mencionado Código. Así, ciñéndonos sólo a aquel elemento del tipo que pudiera afectar a la actividad de los asesores fiscales, considera blanqueo de capitales:

...”b) *La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad real de bienes o derechos sobre bienes, a sabiendas de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva*”...

Según ha señalado algún autor, se trata de una regulación más precisa “que une a la descripción de los hechos, el ánimo (el subrayado es nuestro) que ha de reunir el agente con su realización e, incluso, el resultado que se pretende conseguir” y que excluye, por interpretación *a contrario* de la expresión “a sabiendas”, la responsabilidad por blanqueo de capitales, “siempre que los sujetos no se encuentren en condiciones de conocer que los bienes tienen un origen ilícito¹⁴”.

Es cierto, y así ha sido precisado también, que “la inclusión en el tipo del injusto de elementos subjetivos complementarios constituye una traba de cara a la practicabilidad de la norma” por la dificultad de investigar las intenciones del autor¹⁵ pero es evidente que, en el caso concreto de los profesionales de la asesoría, la intención de su actuación es fundamental para determinar su eventual responsabilidad penal.

Creo que lo decisivo en esa tarea investigadora de la finalidad de su actuación es distinguir entre una actuación estrictamente profesional y una posible actuación que le pueda llevar a beneficiarse de las ventajas de la actividad delictiva previamente cometida. En este sentido, y aunque parece que el “ánimo de lucro” no se considera un elemento que deba integrar la tipificación del blanqueo sino que es previo al blanqueo¹⁶, lo cierto es que dicho ánimo de enriquecimiento está implícito en el blanqueo de capitales

13 Ibidem, pág.278.

14 J.ANEIROS PEREIRA, “Las obligaciones de prevención de blanqueo de capitales a cargo de determinados profesionales: una fuente de información tributaria”, *Revista Técnica Tributaria* nº91, 2010, págs.36 y 37.

15 E.A. FABIÁN CAPARRÓS, *El delito del blanqueo de capitales*, ob.cit., pág.282.

16 Ibidem, pág.256: “el lavado de rentas sería el medio a través del cual se actualiza el ánimo de lucro que guía la previa comisión de un delito”.

puesto que lo que se intenta a través del mismo es “dar una apariencia de legalidad para su posterior disfrute”¹⁷; entendemos que para probar la responsabilidad penal del asesor debiera demostrarse la intención del asesor de participar de ese disfrute¹⁸.

Es evidente, por supuesto, que dicha participación en el blanqueo debe probarse y hay que insistir en la presunción que debe mantenerse respecto a la actuación profesional de los asesores fiscales. Compartimos plenamente, en relación con la posible imputación penal de los mismos, el razonamiento de ANEIRO PEREIRA, utilizando la doctrina de *los actos neutrales*¹⁹, que le lleva a concluir que “si el profesional se mantuvo dentro del riesgo permitido, no habrá responsabilidad penal y ante una posible imputación se podrá alegar el error invencible de tipo que se recoge en el artículo 14.1 del Código Penal”²⁰. Como ha señalado la jurisprudencia, “El fundamento de esta tesis es la protección del ámbito general de libertad que garantiza la Constitución”²¹ y es evidente que no aplicar esta doctrina supondría paralizar la actividad de ciertos profesionales que conocen la existencia de una actividad delictiva previa y ayudan a la persona que cometió la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos, por lo que pueden convertirse en potenciales sujetos de este delito²².

Debemos precisar que defendemos esta conclusión para el delito típico de blanqueo de capitales, tal como éste se define en el artículo 301.1, esto es el tipo doloso. Sin embargo, el artículo 301.3 del Código Penal incluye desde su primitiva redacción el delito de blanqueo de capitales por imprudencia, al señalar una pena menor, de seis meses a dos años y multa del tanto al triple, para el caso de que “los hechos

17 M.COBO DEL ROSAL y C.ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea)*, Cesej, Madrid 2005, pág.91.

18 Como ha señalado E.BARRACHINA JUAN, “Lo que exige la normativa comunitaria y también la legislación estatal de desarrollo de la misma, es que se acredite fehacientemente que el asesoramiento fiscal no se agota en sí mismo, sino que constituye una fase o etapa previa y necesaria en el blanqueo de capitales”, *Gaceta Fiscal* n°255, 2006, pág.179.

Sólo como elemento hermenéutico es útil traer aquí la dicción del Considerando 17 de la Exposición de Motivos de la Directiva 2001/97/CEE en relación con el deber de secreto profesional de los abogados, que se excepciona “en caso de que el asesor letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales, o de que el abogado sepa que el cliente busca el asesoramiento jurídico para el blanqueo de capitales”. Se trata en todos los casos de actuaciones “no profesionales” del abogado, cuya labor no es la que caracteriza a su actividad sino que encaja con la actividad delictiva de blanqueo.

19 Reproducimos la misma doctrina jurisprudencial que él maneja, contenida en la S.T.S 34/2007, de 1 de febrero (RJ 2007/3246) que se fundamenta en la escasa peligrosidad de estos actos neutrales que “son comportamientos cotidianos, socialmente adecuados, que por regla general no son típicos”.

Más recientemente, la S.T.S. 1300/2009, de 23 de diciembre (RJ 2010/319), señala: “Los actos que convenimos en conocer como “neutrales” serían aquellos cotidianos de los que se puede predicar que, siendo socialmente adecuados, no cabe tenerlos por “típicos” penalmente. Y no lo son porque, con independencia del resultado, esos actos no representan un peligro socialmente inadecuado.”

20 “Principales implicaciones de la reforma del Código Penal para el ámbito tributario”, *Revista Técnica Tributaria* n°93, 2011, pág.52. En el mismo sentido, vid. A.RECLUSA ETAYO, “Aproximación a la inquietante regulación del delito de blanqueo de capitales del art.301 CP y su incidencia en el ejercicio diario de distintos y numerosos operadores jurídicos”, *Quincena Fiscal* n°22, 2009, Westlaw, pág.2.

21 En la misma S.T.S. 34/2007.

22 E.A. FABIÁN CAPARRÓS se ha referido de forma expresa a la preocupación doctrinal existente respecto a “la especial posición profesional de ciertos recicladores en potencia” y, en concreto, respecto de los Abogados y Procuradores, se podría ver gravemente vulnerado el derecho fundamental a la asistencia letrada, *El delito de blanqueo de capitales*, ob.cit., pág.309.

Parece más lógico, a nuestro juicio, reservar la penalización del incumplimiento de las medidas que nuestro ordenamiento impone, entre otros, a los asesores fiscales, al ámbito que le es propio, el ámbito administrativo y concluir con la mayoría de la doctrina que es muy difícil la integración del tipo imprudente de blanqueo

se realicen por imprudencia grave". La doctrina se ha mostrado crítica respecto a esta modalidad de comisión imprudente, señalando que "con la regulación por imprudencia grave se está regulando un imposible" puesto que, o se ha cometido dolosamente, o no se ha cometido un delito de blanqueo de capitales²³. La solución de penalizar el lavado imprudente de rentas ilegales – como ha señalado alguno de ellos – supone "la asunción por parte del legislador de criterios pura y simplemente utilitaristas"²⁴.

En la misma línea, FERNÁNDEZ TERUELO señala, respecto a esta posibilidad de comisión por imprudencia, que "no deja de resultar

ciertamente extraño y plantea dificultades dogmáticas, por cuanto el blanqueo de capitales de referencia es un delito esencialmente doloso que incorpora incluso el elemento subjetivo del injusto, consistente en conocer la ilícita procedencia de los bienes y la intención de coadyuvar a su ocultación o transformación"²⁵.

Y se plantea expresamente cómo esta previsión de la comisión por imprudencia puede afectar por dos vías diferentes a los asesores fiscales. De una parte, porque puede jugar un "papel subsidiario" en los casos en que no se puede afirmar con las debidas garantías penales que exista un delito de blanqueo doloso²⁶. Y, de otra, siempre según este autor, puede servir para inculpar al asesor fiscal en aquellos casos en que no conoce la procedencia de los bienes pero tiene los medios suficientes para hacerlo. En estos casos "La imprudencia recae, no sobre la forma en que se ejecuta el hecho sino sobre el conocimiento de la naturaleza delictiva de los bienes receptados –origen delictivo–, de tal modo que, debiendo y pudiendo conocer la procedencia delictiva de los bienes, actúe sobre ellos, adoptando una conducta de las que describe el tipo y causando así, objetivamente, la ocultación de la procedencia de tales bienes –su blanqueo– con un beneficio para los autores del delito del que aquellos procedan"²⁷.

23 M. COBO DEL ROSAL y C. ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea)*, ob.cit., pág.101. Para estos autores el delito de blanqueo "se configura como un tipo necesariamente doloso", ídem.

Y añaden que la inclusión de la comisión por imprudencia del blanqueo de capitales, tan difícil de justificar, "se debe a un intento de la política criminal llevada a cabo en los últimos años, que persigue una exacerbación punitiva en la que también se debe condenar cuando no hay pruebas para demostrar las conductas dolosas", ídem, pág.103.

Vid. el artículo de F.J.MUÑOZ CUESTA, "Blanqueo de capitales imprudente: una figura más que discutible. Comentario a STS, Sala 2ª, de 14 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 7053)", *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* n°28, 2005.

24 E.A.FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, ob.cit., pág.336.

25 "Blanqueo de capitales", ob.cit., pág.683.

26 Como señala BLANCO CORDERO en sentido parecido, la norma penal "funciona como "ultima ratio", esto es, como último recurso en la protección de bienes jurídicos que actúa cuando la norma administrativa se muestra insuficiente", *El delito de Blanqueo de Capitales*, ob.cit.,pág.203.

27 J. FERNÁNDEZ TERUELO, "Blanqueo de capitales", ob.cit., pág.683.

Desde nuestro punto de vista la primera vía apuntada por este autor puede otorgar virtualidad a la comisión de blanqueo por imprudencia en relación con los asesores fiscales, aunque matizaremos esta afirmación más adelante. Pues, respecto a la segunda, y como ya hemos defendido, el hecho de conocer el origen de los bienes procedentes de la actividad delictiva y su actividad de asesoramiento en relación con el blanqueo no debe presuponer la responsabilidad penal del mismo si dicha actividad se enmarca dentro de su estricta actuación profesional; dicha responsabilidad requeriría la prueba de que existe un beneficio singular o personal detrás de su actividad, que excluiría, por otra parte, la profesionalidad en su ejercicio.

Más sentido tiene, efectivamente, ese “papel subsidiario” de la comisión por imprudencia, relacionado con las obligaciones que el propio ordenamiento ha previsto para aquellos profesionales cuya actividad puede estar relacionada con el blanqueo y que, en consecuencia, se ven sometidos a unas exigencias especiales en el desarrollo del ejercicio profesional.

Como sabemos, se ha venido incorporando de forma creciente a los ordenamientos el modelo americano de prevención del blanqueo de capitales “que trata de trasladar el papel de activos informadores a sujetos que tienen contacto con las actividades de lavado o que planifican o encubren estos hechos”²⁸ y, de acuerdo con ese papel subsidiario que puede jugar la comisión del blanqueo por imprudencia respecto al tipo general, podríamos pensar que la misma puede integrarse por el incumplimiento de dicha normativa²⁹.

De esa forma, si, constatado el incumplimiento de dichas obligaciones por parte de un asesor, existiese, además, un resultado: el de la aparición en el mercado³⁰ de unos bienes procedentes de una actividad delictiva como consecuencia inmediata de una actuación de asesoramiento llevada a cabo por un asesor, esta acción de omisión podría dar lugar a la comisión imprudente de un delito de blanqueo y no a la correspondiente infracción administrativa.

Ahora bien, admitido que existe esa posibilidad de integrar el tipo imprudente del delito de blanqueo, nos parece que nos encontraríamos ante un razonamiento forzado, en el sentido de tratar de justificar un tipo que, conceptualmente, la doctrina ha venido negando de forma repetida y que, en ningún caso, conforme al principio *non bis in idem*, podría concurrir con la infracción administrativa que corresponde a ese incumplimiento de acuerdo con lo previsto en la Ley 10/2010.

Así pues, admitiendo que ésta sería una posibilidad, parece más lógico, a nuestro juicio, reservar la penalización del incumplimiento de las medidas que nuestro ordenamiento impone, entre otros, a los asesores fiscales, al ámbito que le es propio, el ámbito administrativo, y concluir con la mayoría de la

28 J. ANEIRO PEREIRA, “Principales implicaciones de la reforma del Código Penal para el ámbito tributario”, ob.cit.,pág.57.

29 Ídem.

30 Como ha señalado la doctrina “Desde un pensamiento jurídico, no muy complejo, queda claro que el delito se consuma una vez ese dinero entra en el tráfico legal de bienes, y por tanto, se pagan los correspondientes impuestos y ese dinero ya es legal... Sin embargo –añaden- leyendo el tipo del artículo 301 –se refieren a la antigua redacción- parece que se estima que se consuma con la primera conducta orientada a esconder ese dinero, cosa que no puede ser así, ya que simplemente encubrir el origen, será un blanqueo en grado de tentativa, pero nunca un completo delito doloso de blanqueo de capitales pues el blanqueo no se ha producido, y el fin del delito, que es la aparición lícita, tampoco se ha producido”, M. COBO DEL ROSAL y C.ZABALA LÓPEZ GÓMEZ, *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores...*, ob.cit., pág.90.

doctrina que es muy difícil la integración del tipo imprudente de blanqueo³¹. Las obligaciones que pesan sobre este tipo de profesionales, a las que a continuación nos referiremos, y las sanciones previstas para ellos parecen ya una exigencia excesiva y desde luego suficiente para el fin de prevención que las justifica. Reconducir su incumplimiento al derecho penal por la vía de la comisión imprudente de blanqueo no nos parece justificable y coincidimos con la doctrina partidaria de “restringir la actuación del Derecho penal a los supuestos en los que medie el dolo del agente”³², entendiendo que ese dolo en el caso del asesor fiscal presupone que el fin inmediato de la ayuda prestada a la persona que cometió la actividad delictiva para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes procedentes de la misma no tiene como fin el ejercicio de la actividad profesional sino que sirve para articular su propia participación en el blanqueo.

3. Medidas contempladas en la Ley 10/2010

La Ley 10/2010, que regula las medidas preventivas del blanqueo, traspone la *Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo*³³. Aparte de esta labor de trasposición, ha elevado a rango legal determinadas previsiones contenidas en el Reglamento de la Ley 19/1993, lo cual debe valorarse positivamente desde el punto de vista de la técnica jurídica.

En cuanto a las obligaciones en ella contenidas y que puedan afectar al asesor fiscal, hay que volver a insistir, en primer lugar, en lo difícil que resulta la identificación de esta figura desde un punto de vista

31 El propio J. ANEIROS PEREIRA, que admite como conclusión que el tipo imprudente “puede integrarse por el incumplimiento de dicha normativa (la administrativa recogida actualmente en la Ley 10/2010) (pág.57), afirma también (pág.41) que “la detallada regulación de la diligencia debida que deben tener determinados profesionales hace que resulte imposible integrar el tipo del delito de blanqueo de capitales en su modalidad imprudente”, “Principales implicaciones de la reforma del Código Penal para el ámbito tributario”, ob.cit.

Esta misma interpretación, tendente a la limitación del contenido del delito imprudente de blanqueo, puede encontrarse en la STS 924/2005, de 17 de junio (RJ 2005/5318), que señala que “No toda negligencia determinará una responsabilidad penal sino solamente aquella que además de ser grave, integre una actividad de blanqueo que permita su inclusión en el tipo delictivo”.

Y continúa más adelante: “La figura del artículo 301.3 del Código Penal ha sido seriamente cuestionada por la doctrina que la considera exagerada al no hacer matizaciones respecto de la condición del sujeto activo. Un excesivo ensanchamiento de la imprudencia grave a todo tipo de sujetos intervinientes en la operación de blanqueo, es contraria al principio de intervención mínima, que nos lleva ante supuestos de peligro abstracto e incluso a figuras tan comprometidas e inestables como la tentativa, que produce como consecuencia la sanción de imprudencias sin resultado”.

32 E.A.FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, ob.cit., pág.341.

33 Previamente, la *Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales*, sólo refería las obligaciones de prevención del blanqueo a las “entidades de crédito e instituciones financieras” aunque establecía en su artículo 12 que “ Los Estados miembros velarán para hacer extensivas, total o parcialmente, las disposiciones de la presente Directiva a aquellas profesiones y categorías de empresas que no sean entidades de crédito o instituciones financieras contempladas en el artículo 1 y que ejerzan actividades particularmente susceptibles de ser utilizadas para blanqueo de capitales”.

La justificación de una regulación que trascienda el ámbito estatal se justifica en la propia Directiva porque, al cometerse normalmente el delito de blanqueo en un contexto internacional, “Las medidas adoptadas únicamente en el ámbito nacional o incluso comunitario, sin coordinación ni cooperación internacionales, tendrían efectos muy limitados”. Como señala E.BARRACHINA JUAN, la exigencia de armonización para todos los Estados miembros de la Unión Europea se configura como “un postulado básico para edificar una barrera legislativa a grupos organizados, que adoptando distintas formas jurídicas, actúan con impunidad en el mundo del Derecho” llevando a cabo movimientos de capitales que trascienden fronteras, “El asesor fiscal ante el blanqueo de capitales”, ob.cit., pág. 176.

normativo. La Ley 10/2010 la distingue, no obstante, de la del abogado para matizar las respectivas obligaciones que corresponden a cada uno. Es preciso remontarse al origen de las obligaciones de estos profesionales en relación con el blanqueo para intentar delimitar adecuadamente las previstas actualmente en nuestra normativa interna.

Las obligaciones de diligencia
devida configuran a los
obligados, en este caso a los
asesores fiscales-abogados en
investigadores de los delitos que la
Ley pretende prevenir

Fue la Directiva 2001/97, en consonancia con lo ya dispuesto en la Directiva 91/308, pero de forma más imperativa, la que entendió que las obligaciones de identificación de clientes, conservación de Registros y notificación de transacciones sospechosas “deberían hacerse extensivas a un número limitado (el subrayado es nuestro) de actividades y profesiones que se hayan revelado susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales”³⁴. Y refiere, a continuación, de forma expresa, estas obligaciones a una serie de profesiones. En concreto, señala que “Los notarios y los profesionales independientes del ámbito jurídico, tal y como han sido definidos por los Estados miembros, deben estar sujetos.....cuando participen en operaciones financieras o profesionales, incluido el asesoramiento fiscal (el subrayado es también nuestro), en las que exista el mayor riesgo de que los servicios de dichos profesionales del ámbito jurídico se empleen indebidamente a fin de blanquear el producto de actividades delictivas”.

De la lectura de la Exposición de Motivos de la Directiva se concluye la inclusión del asesor fiscal como *un profesional independiente del ámbito jurídico* cuando participen en operaciones financieras o profesionales (“incluido el asesoramiento fiscal”). Sin embargo, en la nueva redacción que dicha Directiva da al artículo 2.bis se incluye como obligados a los asesores fiscales, en un apartado junto a los auditores y contables externos, y en otro a los profesionales independientes del Derecho, cuyas obligaciones se limitan a determinados ámbitos. La Directiva 2005/60 no contiene modificaciones sustanciales en este sentido.

La Ley 10/2010, en su artículo 2, también ha incluido entre los sujetos obligados a aplicar las medidas que en ella se contienen, por un lado, en el apartado m) a los “asesores fiscales” y, por otro, en el apartado ñ), a los “abogados”. En este último caso, sin embargo, ha limitado la obligación a determinadas operaciones, como más adelante veremos.

Como hemos dicho, no hay ninguna norma que prevea cuáles con las funciones del asesor fiscal; se trata de una función genérica que puede ser ejercida desde distintas profesiones y sin necesidad de una habilitación profesional o colegiación específica. Por el contrario, sí es necesaria ésta para el ejercicio de la abogacía y ya sabemos cómo, a partir de la reciente entrada en vigor de la *Ley 34/2006, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales*, todavía se establecen más exigencias para el desarrollo de esta profesión. A los efectos que ahora nos importan, entendemos que, cuando el asesoramiento fiscal se lleva a cabo por abogados, independientes o integrados en empresas, su sujeción a esta Ley debe hacerse en las condiciones previstas en el apartado ñ) y, en consecuencia, con la limitación a las operaciones que allí se describen: “la concepción, realización o asesoramiento por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades

34 Considerando 15 de la Exposición de Motivos de la Directiva.

comerciales, 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, el funcionamiento o la gestión de fideicomisos (“trusts”), sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera”. Es decir que en el asesor fiscal-abogado, prima esta segunda condición a efectos de la aplicación de la ley y no resultarían obligados a informar en relación con todas las operaciones que realicen. A esta interpretación nos conduce nuevamente la lectura de la Exposición de Motivos de la Directiva 2001 reconociendo la vocación de excluir a las profesiones legalmente reconocidas y controladas que prestan asesoramiento jurídico de la obligación de notificar sospechas de blanqueo de capitales.

Sin embargo, debemos señalar también que la legislación interna de trasposición ha desconocido la imposición que se contenía en el Considerando 18 de la Directiva 2001/97/CEE de dar idéntico trato al de los abogados, en cuanto al respeto del secreto profesional, a profesionales que ejerzan “servicios directamente comparables” 35. Desde nuestro punto de vista, razones prácticas han determinado la actuación de nuestro legislador cuando excepciona los deberes de información exclusivamente para los abogados, en su artículo 22. Las exigencias que para el ejercicio de esta profesión se imponen facilitan un control de esa excepción que sería difícil en otras profesiones no regladas.

Establecido ya el marco de las obligaciones que la prevención del blanqueo exige a los asesores fiscales, es conveniente referirnos a algún aspecto concreto de la regulación concreta de estas obligaciones, clasificados en dos grandes bloques, las que la norma llama de “diligencia debida” y las de “información”.

3.1. Obligaciones de diligencia debida

Las obligaciones de diligencia debida configuran a los obligados, en este caso a los asesores fiscales-abogados en investigadores de los delitos que la Ley pretende prevenir. Si bien, como hemos comentado, las medidas de prevención son importantes en relación con el delito de blanqueo, parece, y así se ha subrayado por una mayoría de la doctrina, que las de “diligencia debida”, tal como se han establecido por nuestra Ley, tienen un carácter desproporcionado, hasta el punto de que, como ha señalado algún autor “lo que se pretende es responsabilizar a los despachos de abogados así como otra clase de profesionales que operan en el tráfico económico, de unos conocimientos o riesgos, que no fueron detectados previamente por otros sujetos especiales con más medios humano y materiales”. También se ha señalado que se trata de agentes económicos no funcionarios obligados a la realización de una tarea que corresponde a estos. En suma, se cuestionaría una vez más la excesiva colaboración exigida a los ciudadanos en nuestra

35 En el mismo se disponía: “Con el fin de preservar los derechos establecidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por el Tratado de la Unión Europea, por lo que respecta a los auditores, contables externos y asesores fiscales que en determinados Estados miembros pueden defender o representar a sus clientes en el contexto de una acción judicial o establecer la situación jurídica de sus clientes, la información que obtengan en el ejercicio de estas funciones no puede estar sujeta a la obligación de notificación con arreglo a la Directiva”.

sociedad coadyuvando a la realización de tareas que constituyen el ámbito tradicional de los servicios públicos³⁶.

La diligencia debida se concreta en tareas de identificación subjetiva y también de seguimiento, lo que se conoce como principio “*know your customer*”. Así, ante la pretensión de establecer una relación de negocio o intervenir en cualquier operación, se exigirá la **identificación documental** de la persona física o jurídica con la que se pretenda establecer la misma “mediante documentos fehacientes”; se trata de una exigencia realista y lógica que no plantearía, en principio, ningún problema y cuyo incumplimiento acarrearía la prohibición de entablar relaciones de negocio. Sólo si no se puede comprobar en un primer momento, mediante soporte documental, la identidad de los intervinientes, se adoptarán medidas reforzadas respecto a ellos. Sin embargo, no queda del todo claro el contenido de esas medidas reforzadas en estos casos puesto que la remisión se hace genéricamente al artículo 12³⁷ y ese artículo contiene previsiones para las “relaciones de negocio y operaciones **no presenciales**”. A través de la lectura del mismo, puede pensarse que la remisión a este artículo es sólo a los efectos de la aplicación del **plazo de un mes**, desde el establecimiento de la relación de negocio, en el que “los sujetos obligados deberán obtener de estos clientes una copia de los documentos necesarios para practicar la diligencia debida”. A nuestro juicio, si interpretamos que la remisión es a efectos de ese plazo, y dentro del mes se obtiene la documentación necesaria para llevar a comprobar la identidad de los intervinientes, no parece que se justifique la adopción de otras medidas reforzadas previstas para las operaciones no presenciales; por el contrario, si se entendiese que la remisión lo es al artículo 12 en su conjunto, se obligaría a adoptar el conjunto de medidas previstas para las operaciones no presenciales. En dicho artículo 12 se contienen repetidas referencias al riesgo, exigiendo que se adopten medidas adicionales de diligencia debida “cuando en el curso de la relación de negocio aprecien riesgos superiores al riesgo promedio” o “Cuando se aprecien discrepancias entre los datos facilitados por el cliente y otra información accesible o en poder del sujeto obligado”, aparte de exigir que se establezcan “políticas y procedimientos para afrontar los riesgos específicos asociados con las relaciones de negocio y operaciones no presenciales”. La interpretación sistemática de los dos artículos, 3 y 12 de la Ley, nos lleva a inclinarnos por la remisión exclusivamente a efectos de llevar a cabo la identificación dentro de dicho plazo pues carecería de sentido, en otro caso, la prohibición de entablar relaciones cuando no se pueda identificar a los intervinientes. Por otra parte, cuando se efectúa la remisión se utiliza la expresión “en un primer momento”, lo que nos hace

Quizás para objetivar estos

niveles de riesgo, la propia

Ley ha establecido medidas

simplificadas para ciertos clientes

y operaciones, y, por el contrario,

medidas reforzadas aplicables, por

ejemplo, en casos de operaciones

no presenciales, a las que ya nos

referimos, o en las que participen

personas con responsabilidades

públicas

36 A. RECLUSA ETAYO, “Aproximación a la inquietante regulación del delito de blanqueo de capitales del art.301 CP y su incidencia en el ejercicio diario de distintos y numerosos operadores jurídicos”, ob.cit., pág.2.

J. ANEIRO PEREIRA considera que nos encontramos ante “una privatización de esas tareas preventivas”, “Las obligaciones de prevención del blanqueo de capitales a cargo de determinados profesionales: una fuente de información tributaria”, ob.cit., pág.38.

37 “En el supuesto de no poder comprobar la identidad de los intervinientes mediante documentos fehacientes en un primer momento, se podrá contemplar lo establecido en el artículo 12, salvo que existan elementos de riesgo en la operación”

pensar que son medidas de diligencia que se deben adoptar al inicio de la relación y que, en caso de no poder proceder a la identificación en el plazo de quince días, no se puede seguir adelante con ella.

Dicha documentación, y en general toda aquella que resulte preceptiva obtener de acuerdo con los mandatos de esta Ley, deberá conservarse, según el artículo 25 de la Ley, en “soportes ópticos, magnéticos o electrónicos” durante “un tiempo mínimo de diez años”. Aunque un plazo amplio se justifica por el tiempo de prescripción de estos delitos, no se entiende por qué se deja a una norma posterior la concreción del mismo y se ha criticado, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, el hecho de que no se establezca un plazo máximo³⁸. Se ha establecido un período transitorio tanto para la identificación como para la acreditación de la misma en el soporte indicado.

Junto a esta identificación formal, la Ley obliga también a llevar a cabo lo que llama “identificación real”, examinando quiénes son las personas físicas por cuya cuenta se realizan las operaciones o que ejerzan el control, directo o indirecto, de la gestión de la persona jurídica que formalmente aparezca como titular, o de un instrumento o persona jurídicas que administre o distribuya fondos. Se trata de “levantar el velo” de las eventuales sociedades interpuestas, excluyendo, por la garantía que ello supone, aquellas “que coticen en un mercado regulado de la Unión Europea o de países terceros equivalentes”; para llevar a cabo esta tarea, “recabarán información de los clientes para ver si éstos actúan por cuenta propia o de terceros”. La Ley les prohíbe, además, establecer o mantener “relaciones de negocio con personas jurídicas cuya estructura de propiedad o de control no haya podido determinarse”. También les obliga a examinar y comprobar la actividad del cliente para obtener “información sobre el propósito e índole prevista de la relación de negocios” y, de esa forma, conocer “el diferente nivel de riesgo” de los clientes.

Y no se trata sólo de medidas adoptadas antes de iniciar la relación sino que la Ley obliga a aplicar medidas de “seguimiento continuo” de los clientes. Nuestra Ley se refiere a “medidas” sin más, no a “medidas adecuadas”, como hace la Directiva de 2005/60/CE, o a “medidas razonables”, como hacía la anterior. Sin embargo, transcribiendo la norma comunitaria, sí permite que la adopción de las medidas se haga de acuerdo con el nivel de riesgo que presenten los respectivos clientes, lo que obliga a los profesionales obligados a una labor previa de clasificación de los mismos. De todas formas, no es fácil apreciar la comisión de una infracción cuando la adopción de las medidas se hace depender de conceptos jurídicos tan indeterminados como “el riesgo” y “el tipo de cliente”. Como se ha señalado, se trata de “medidas de imposible cumplimiento” por unos profesionales que “no pueden controlar las intenciones ni las ideas de sus clientes”³⁹. En todo caso el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales (SEPBLAC) elabora unos estándares de riesgo y hay otros factores que según la doctrina pueden ser considerados, como por ejemplo el hecho de que se trate de menores o personas de edad avanzada, o la actividad desarrollada por el cliente o la residencia o zona geográfica en la que opera y la existencia de paraísos fiscales, pero, desde el punto de vista de la gestión de despachos profesionales de asesores fiscales, estas obligaciones se traducen en la necesidad de “establecer una política expresa de admisión de clientes”⁴⁰. Quizás para objetivar estos niveles de riesgo, la propia Ley ha establecido

38 J. ANEIRO PEREIRA, “Las obligaciones de prevención del blanqueo de capitales a cargo de determinados profesionales: una fuente de información tributaria”, ob.cit., pág.54.

39 E. BARRACHINA JUAN, “El asesor fiscal ante el blanqueo de capitales”, ob.cit., pág.183.

40 J. ANEIRO PEREIRA, “Las obligaciones de prevención...”, ob.cit., pág.48.

medidas simplificadas para ciertos clientes y operaciones, y, por el contrario, **medidas reforzadas** aplicables, por ejemplo, en casos de operaciones no presenciales, a las que ya nos referimos, o en las que participen personas con responsabilidades públicas.

Hemos visto cómo la imposibilidad de cumplir con las medidas previstas por la Ley, de carácter impreciso en muchos casos, supondría la prohibición de establecer y continuar con las relaciones de negocio, pero la propia Ley ha establecido una salvedad en su apartado 22 para los “abogados” y “con respecto a la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica a favor de su 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”. Es conveniente delimitar un poco más esta excepción respecto a los abogados y las medidas de diligencia puesto que la salvedad se regula conjuntamente para estas medidas y para las obligaciones de información. ¿Supone que ninguna de las obligaciones de diligencia a las que nos hemos referido hasta ahora afecta a los abogados, que pueden establecer libremente relaciones de negocio con cualquier cliente?

Debemos señalar, en primer lugar, que la excepción se refiere exclusivamente a esta categoría de sujetos obligados, los abogados, a los que la propia Ley interna, como ya hemos comentado, diferencia expresamente de los asesores fiscales, salvo que estos sean abogados también, y de otros operadores jurídicos.

Por otra parte, tanto ellos como los procuradores y otros operadores jurídicos sólo están obligados por la Ley 10/2010, como ya hemos señalado “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, 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”. Entendemos que será en esta actividad, es decir, cuando los abogados participen en este tipo de operaciones, cuando puede tener virtualidad la excepción prevista por el artículo 22 para las obligaciones de “diligencia debida” puesto que en otro caso ni siquiera les afectan estas obligaciones. En estos casos se hará imprescindible examinar el carácter de su intervención en relación con el cliente para saber si le afectan o no las obligaciones de diligencia.

La Ley 10/2010, de acuerdo con la previsión constitucional, ha querido reforzar el secreto profesional de los abogados completando lo establecido en otras leyes pero, como ya hemos dicho, no lo ha extendido, de acuerdo con lo que aconsejaba la normativa comunitaria a otros profesionales, por lo que en ningún caso podemos entender que los asesores fiscales no abogados caen en el ámbito de esa exención

La doctrina ha hecho esfuerzos en este sentido para tratar de diferenciar entre las diferentes facetas que integran la actuación de los abogados y concretar la aplicación por estos de la Ley de Blanqueo⁴¹, llegándose en algún caso a la conclusión de que la limitación a esa excepción prevista en el artículo 22 para los Abogados, de acuerdo con lo previsto en la Exposición de Motivos de la Directiva 2001/97/CEE (Considerando 17), se encuentra en los supuestos en “que el asesor esté implicado en actividades de blanqueo de capitales, que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales, o que el abogado sepa que el cliente busca el asesoramiento jurídico para el blanqueo de capitales”. A nuestro juicio, dicha previsión puede ser útil para considerar la posible responsabilidad penal de los abogados; sin embargo, y pese a que sea la dicción de la norma comunitaria, no resulta muy operativa en la práctica para delimitar las obligaciones de diligencia de los abogados, que son, en último término, medidas preventivas. En el primer caso, porque la demostración de que el asesor está implicado en el blanqueo, haría innecesaria ya cualquier medida preventiva. El mismo comentario cabe hacer respecto a aquellos supuestos en que la finalidad del asesoramiento jurídico y la actuación del abogado es, precisamente, la planificación de un delito de blanqueo. En estos supuestos la aplicación de medidas preventivas tiene poco sentido.

Sin embargo, cuando el Abogado ha sido contratado para llevar a cabo una actividad de asesoramiento jurídico en relación con las operaciones contempladas en la Ley, el hecho de que actúe como tal y haya sido contratado con tal carácter significa que se está llevando a cabo su actividad profesional más típica y, en consecuencia, quedaría incluido en la excepción del artículo 22. La actividad profesional de los Abogados está concebida en su texto regulador de forma suficientemente amplia⁴² para que, una vez iniciada una relación de negocio **en atención a dicha condición**, pueda abarcar a toda la actividad realizada dentro de dicha relación. No tendría sentido en estos casos analizar cada una de las intervenciones que dicho Abogado realiza y modular las obligaciones de diligencia a las que está obligado porque la excepción afectaría, entendemos, a toda su relación de negocio. Cosa diferente es que se inicie una relación por una persona en la que su condición de Abogado sea indiferente para el desarrollo del negocio o la actividad.

El ejercicio actual de la abogacía y la realidad de los grandes despachos exige plantearse igualmente si dicha excepción puede aplicarse en el caso de los despachos colectivos⁴³. Creemos que el razonamiento debe ser el mismo, esto es, extender la excepción al despacho cuya intervención se justifica en atención a la condición de abogado de alguno o algunos de sus miembros.

El propio texto de la Ley avala, desde mi punto de vista, esta interpretación, al contemplar las medidas de diligencia, de forma general, respecto a las “relaciones de negocio”. Sin perjuicio de que se pueda intervenir en operaciones aisladas, si dichas operaciones se enmarcan dentro de una relación, las medidas, o sus excepciones, deben referirse a dicha relación.

41 Vid. expuesta por J.ANEIROS PEREIRA, “Las obligaciones de prevención....”, ob.cit.

42 El *Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía* establece, en su artículo 9 que “Son abogados quienes, incorporados a un Colegio español de abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al **asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados**”.

43 El Estatuto de la Abogacía contempla no sólo la posibilidad de ejercer la abogacía colectivamente (art.28), sino también la colaboración con otros profesionales no incompatibles (art.29).

3.2. Obligaciones de información

En la prevención del blanqueo, y frente a las obligaciones genéricas de diligencia, las de información se configuran con carácter singular en relación con “cualquier hecho u operación con independencia de su cuantía” en el que exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. En estos casos se requiere un examen especial cuyos resultados deben reseñarse por escrito. Parece que esta constancia por escrito obrará como justificación, sin perjuicio de que, si dicho examen permite concluir la existencia de indicio o certeza acerca de la posible relación con el blanqueo, se deba hacer una “Comunicación por indicio” al SEPBLAC.

En primer lugar, insistir en lo tantas veces comentado: la Ley obliga a los profesionales obligados, en este caso, a los asesores fiscales, a estar en permanente alerta; en segundo lugar, aunque se desprende de la norma una graduación en el nivel de actuaciones, primero examen especial y luego comunicación al SEPBLAC, en ambos casos el presupuesto es el mismo, la existencia de indicio o certeza de que un hecho está relacionado con el blanqueo, lo que entendemos que deja en manos de los asesores el saber cuándo debe hacerse exactamente dicha comunicación. Habida cuenta de las sanciones previstas para el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley, parece arriesgado no realizar la misma en caso de sospecha, si bien el artículo 18 señala que “la comunicación al Servicio Ejecutivo de la Comisión vendrá precedida de un proceso estructurado de examen especial de la operación”. Con carácter general, en estos casos los sujetos obligados se abstendrán de ejecutar operaciones en las que concurren estos indicios. Por otra parte, la Ley deja pendiente de desarrollo reglamentario el establecimiento de operaciones “que serán en todo caso objeto de examen especial” y también se prevé, de forma un tanto redundante, que se realice una “Comunicación sistemática” y periódica al SEPBLAC respecto de “las operaciones que se establezcan reglamentariamente”.

De la obligación de comunicación se exceptúa también a los Abogados, como en el caso de los deberes de diligencia, “con respecto a la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica a 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”. Y establece a continuación que, “Sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley, los abogados guardarán el deber de secreto profesional de conformidad con la legislación vigente”.

Podemos reproducir aquí los comentarios que hemos hecho en relación con la excepción referida a las obligaciones de diligencia y concluir que la exclusión del artículo 22 no puede interpretarse atendiendo a cada operación concreta que realice un abogado sino que debe proyectarse sobre la relación que en su conjunto se establezca con un cliente, sin que se limite en ningún caso a la defensa y representación en procesos judiciales. Pese a que no sea pacífica la interpretación de este artículo, no podemos olvidar que la excepción no se prevé únicamente para la labor de defender al cliente en estos procesos y en relación con ellos, sino que previamente se ha excluido a los abogados de la obligación de comunicar “la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica a favor de su cliente”, en términos lo suficientemente amplios como para amparar la interpretación que

sostenemos⁴⁴. No tiene sentido, según hemos defendido, que las actuaciones anteriores o posteriores a la representación en un procedimiento no se contagien de esa protección, incluido, como señala la propia Ley, “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”⁴⁵.

La Ley 10/2010, de acuerdo con la previsión constitucional⁴⁶, ha querido reforzar el secreto profesional de los abogados completando lo establecido en otras leyes⁴⁷ pero, como ya hemos dicho, no lo ha extendido, de acuerdo con lo que aconsejaba la normativa comunitaria, a otros profesionales⁴⁸, por lo que en ningún caso podemos entender que los asesores fiscales no abogados caen en el ámbito de esa exención⁴⁹.

Por otra parte, y por concluir con el examen de estos deberes, debemos señalar que la Ley prohíbe revelar al cliente o a terceros que se ha comunicado dicha información al Servicio Ejecutivo de la Comisión. Sin entrar en el análisis de los principios sancionadores, más propios de otras disciplinas, sí apuntamos para la reflexión que tenemos cierta suspicacia jurídica respecto a esta “Prohibición de revelación” del artículo 24 de la Ley, que, por otra parte, acentúa la labor inquisitiva y policial de los profesionales obligados por la misma⁵⁰. Curiosamente, el número 3 de dicho artículo precisa que no constituirá “revelación” el intento de disuadir a un cliente de una actividad ilegal por parte, entre otros, de los abogados y asesores fiscales. La responsabilidad que se les otorga a la hora de tomar decisiones en la relación con su cliente en estos

44 Según J. ANEIRO PEREIRA, entender esta expresión “como significativa de toda transmisión de conocimientos sobre el ordenamiento jurídico” dejaría sin efectos esta obligación de comunicación”, “Las obligaciones de prevención del blanqueo de capitales...”, ob.cit., pág. 52.

C.MALLADA FERNÁNDEZ, aunque en relación a la norma anterior, Ley 19/1993, de 28 de diciembre, considera que no queda incluida dentro de esta excepción la actuación del obligado en un procedimiento administrativo pero, sin embargo, considera que cuando se solicite la asistencia de un abogado “para desempeñar una misión de defensa o representación ante los tribunales o para obtener asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, el abogado de que se trate quedará dispensado de las obligaciones de información y de cooperación, careciendo de importancia que la información se haya recibido u obtenido antes, durante o después del proceso”, “La normativa preventiva del blanqueo de capitales (Ley 19/1993) y los nuevos límites del secreto profesional de abogados y asesores fiscales”, *Nueva Fiscalidad* n°5, 2009, pág.109.

45 Para N.GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO la Directiva 2001/97/CE se muestra respetuosa respecto al principio de confidencialidad absoluta de las informaciones obtenidas por el letrado en la prestación de servicios a su cliente respecto a **hechos pasados** y, sin embargo, considera discutible “la admisibilidad de la imposición de límites al secreto respecto a informaciones sobre **hechos futuros**, conocidos en el ámbito de la prestación de los servicios...”, cuando el descubrimiento del secreto pueda impedir la comisión de delitos graves”, “Blanqueo de Capitales y Secreto Profesional del Abogado (I)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* n°546, 2002, Westlaw, pág.4.

46 El segundo párrafo del art.24.2 de la Constitución establece: “La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

47 Art.22 *in fine*: “de conformidad con la legislación vigente”.

48 Exposición de Motivos de la Directiva 2001/97/CEE, en el Considerando 18 de su Exposición de Motivos, reproducido anteriormente.

49 Esta restricción subjetiva del secreto profesional ha sido criticada en ocasiones por la doctrina. Vid. B.SESMA SÁNCHEZ, *La obtención de información tributaria*, AEDAF-Aranzadi, Pamplona, 2001.

C.URIOL EGIDO ha destacado la quiebra de la armonización entre los profesionales de diferentes Estados miembros en el alcance de las obligaciones de información y colaboración, al permitir las directivas comunitarias que las legislación interna sea menos restrictiva que la prevista en la normativa comunitaria. “El Abogado y el Asesor fiscal ante el blanqueo de capitales”, *Tribuna Fiscal* n°211, 2008, pág.11.

50 Vid. la crítica a esta obligación de “denuncia con sigilo” de E.J.ZEGRÍ BOADA, “El abogado y el delito de blanqueo de capitales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* n°770, 2009, Westlaw, pág.1.

casos vuelve a ser, desde mi punto de vista, excesiva, como también lo es el peligro de incumplimiento de las obligaciones anti-blanqueo en los términos tan indeterminados en los que vienen establecidos.

Ahora bien, esta prohibición no incluye la revelación a las autoridades competentes, lo que parece lógico, ni tampoco, y esto sí es más importante, la comunicación entre sujetos obligados. Por lo que a nosotros nos afecta, interesa destacar que no impedirá la comunicación de la información entre auditores y asesores fiscales y abogados “cuando ejerzan sus actividades profesionales,..., dentro de la misma entidad jurídica o en una red”. Y se precisa que se entenderá por red, a estos efectos, “la estructura más amplia a la que pertenece una persona y que comparte una propiedad, gestión o supervisión de cumplimiento comunes”. Entendemos que se trata de comunicar la información dentro de una misma empresa, aunque no se ostente en la misma la categoría de empleado.

Tampoco se impide la comunicación entre entidades financieras o entre los sujetos ya mencionados, asesores fiscales y abogados, cuando “pertenezcan a la misma categoría profesional y estén sujetos a obligaciones equivalentes en lo relativo al secreto profesional y a la protección de datos personales”, y siempre que sea exclusivamente a los efectos de esta Ley. Pese a su finalidad, esta posibilidad parece extraordinariamente permisiva, en la medida en que, al ser ignorada por el cliente, éste tiene pocas posibilidades de defensa ante la cesión de esta información sobre sus actividades y su persona. Por supuesto, la propia Ley establece la protección de los datos obtenidos al amparo de esta Ley, con la precisión de que “No se requerirá el consentimiento del interesado para el tratamiento de datos que resulte necesario para el cumplimiento de las obligaciones de información” que en ella se contemplan.

Por lo que aquí interesa, nos conviene recordar además, en relación con la información obtenida por el SEPBLAC, que el artículo 94.4 de la LGT establece que éste facilitará a la Administración tributaria “cuantos datos con transcendencia tributaria obtengan en el ejercicio de sus funciones, de oficio, con carácter general, o mediante requerimiento individualizado” y “Los órganos de la Administración tributaria podrán utilizar la información suministrada para la regularización de la situación tributaria de los obligados en el curso del procedimiento de comprobación o de inspección” sin que sea necesario un requerimiento individualizado. La cesión de datos de carácter personal en estos casos “no requerirá el consentimiento del afectado”. Así pues, la Ley de Prevención del Blanqueo y las medidas en ella contenidas pueden convertirse en un instrumento útil para la Administración Tributaria y nos llevarían, en último término, a un problema ampliamente tratado como el de la tributación de las actividades ilícitas.

4. Bibliografía

- ANEIROS PEREIRA, J.,
 - › “Principales implicaciones de la reforma del Código Penal para el ámbito tributario”, *Revista Técnica Tributaria* nº93, 2011.
 - › “Las obligaciones de prevención de blanqueo de capitales a cargo de determinados profesionales”, *Revista Técnica Tributaria* nº91, 2010.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., “La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal”, en *Estudios Penales. Libro Homenaje al profesor José Antonio Oneca*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.
- BARRACHINA JUAN, E., “El asesor fiscal ante el blanqueo de capitales”, *Gaceta Fiscal* nº255, 2006.

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998.
- BLANCO CORDERO, I., *El delito de Blanqueo de Capitales*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- COBO DEL ROSAL, M. y ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea)*, Cesej, Madrid 2005.
- FABIÁN CAPARRÓS, E.A., *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ JUNQUERA, M., "La débil frontera entre la infracción tributaria y el delito penal de tributación", *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, Pamplona, 2010.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J., "Blanqueo de capitales", *Memento Práctico Penal y Económico de la Empresa 2011-2012*, Francis Lefebvre, Santiago de Compostela 2011.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., "Blanqueo de Capitales y Secreto Profesional del Abogado (I)", *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº546, 2002, Westlaw.
- MALLADA FERNÁNDEZ, M., "La normativa preventiva del blanqueo de capitales (Ley 19/1993) y los nuevos límites del secreto profesional de abogados y asesores fiscales", *Nueva Fiscalidad* nº5, 2009.
- MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, J.M., *El asesor fiscal como sujeto infractor y responsable*, Cuadernos Fiscales de Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2003.
- MUÑOZ CUESTA, F.J., "Blanqueo de capitales imprudente: una figura más que discutible. Comentario a STS, Sala 2ª, de 14 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 7053)", *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* nº28, 2005.
- RECLUSA ETAYO, A., "Aproximación a la inquietante regulación del delito de blanqueo de capitales del art.301 CP y su incidencia en el ejercicio diario de distintos y numerosos operadores jurídicos", *Quincena Fiscal* nº22, 2009, Westlaw, pág.2.
- SESMA SÁNCHEZ, B., *La obtención de información tributaria*, AEDAF-Aranzadi, Pamplona, 2001.
- URIOL EGIDO, C., "El Abogado y el Asesor fiscal ante el blanqueo de capitales", *Tribuna Fiscal* nº211, 2008.
- ZEGRÍ BOADA, E.J., "El abogado y el delito de blanqueo de capitales", *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº770, 2009, Westlaw.

