

SECRETO PROFESIONAL Y BLANQUEO DE CAPITALES. LUCES Y SOMBRAS DE LA NORMATIVA PREVENTIVA*

[Professional secrecy and money laundering.
Good and bad points of prevention rules]



Pablo-Haidar NAJEM GARCÍA DE VINUESA
Abogado en Hernando Lara Abogados
Colegiado 3339 ICA Burgos
pablo.najem@hernandolaraabogados.com

Fecha de recepción: 30 de enero de 2017

Fecha de aceptación: 5 de septiembre de 2017

SUMARIO: I. ESTADO DE LA CUESTIÓN ■ II. EL SECRETO PROFESIONAL: PRINCIPIO RECTOR SUPERIOR DE LA ABOGACÍA ■ 1. *Conceptualización y normativa* ■ 2. *Alcance y revelación: la divisibilidad del secreto* ■ III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 10/2010, DE 28 DE ABRIL ■ 1. *Ámbito subjetivo: el abogado como sujeto obligado* ■ 2. *Ámbito material* ■ IV. EL RIESGO COMO CRITERIO MODULADOR ■ 1. *El sistema del riesgo en la LPBC* ■ 2. *Refuerzo del sistema en la directiva (UE) 2015/849, de 20 de mayo* ■ V. SOBRE LA DILIGENCIA DEBIDA Y EL SECRETO PROFESIONAL ■ VI. SOBRE LAS OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN Y SU ALCANCE ■ 1. *Obligaciones de información, comunicación y colaboración* ■ 2. *Análisis del riesgo. Supuestos de sujeción y de extinción de responsabilidad* ■ 3. *Sobre la colisión del secreto profesional y los deberes de información. Tratamiento del secreto profesional en la ley 10/2010* ■ 4. *Estado de la*

* Este trabajo fue galardonado con el primer Accésit del Premio de Estudios Jurídicos Villanueva (2016).

cuestión a la luz de la nueva directiva (UE) 2015/849, de 20 de mayo ■ VII. SOBRE LAS DISTINTAS INFRACCIONES Y SUS CONSECUENCIAS SANCIONADORAS ■ 1. *La vertiente deontológica* ■ 2. *La sanción administrativa* ■ 3. *Protección penal del secreto profesional* ■ 4. *El delito de blanqueo de capitales. Imprudencia grave* ■ VIII. ANÁLISIS DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN: EN BUSCA DEL CONSENSO ■ IX. CONCLUSIONES.

Resumen

Este estudio pretende ofrecer una visión global de los instrumentos jurídicos promulgados para la prevención y sanción del blanqueo de capitales. Considerando el secreto profesional como principal derecho y deber del Abogado, se analiza desde una perspectiva crítica el alcance de las medidas en las que se concretan los deberes de identificación y la obligación de información. Asimismo, es objeto de estudio la forma en que interactúan estas obligaciones y el secreto profesional. En último lugar se exponen las consecuencias deontológicas, administrativas y penales derivadas de la actuación del Abogado según los casos, concretando el estado de la cuestión y planteando soluciones alternativas a la luz de la novísima «Cuarta Directiva».

Abstract

This work provides an overview of the enacted legal instruments for the prevention and the punishment of money laundering. We analyse the content of the obligations imposed by the laundering prevention rules, considering professional secrecy as the main right and duty of lawyers. We study how these obligations relate to professional secrecy. Finally, this work exposes the deontological, administrative and criminal consequences derived from the lawyers' actions case by case. In this way, we propose consensus solutions considering the new EU prevention rules.

Palabras clave

Blanqueo de capitales, secreto profesional, abogado, prevención, colisión.

Keywords

Money laundering, professional secrecy, lawyer, prevention, crash.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

El blanqueo de capitales, como sintetiza Andino, «es el proceso que tiene por objeto integrar en un sistema económico legal bienes obtenidos ilícitamente, con

204/AJV, 11 (2017)

aparición de [haberlos obtenido] de forma legal, y posibilitando su disfrute en dicho sistema»¹. Este delito, vinculado históricamente al narcotráfico, se tipificó en nuestro Derecho mediante su incorporación al Código Penal de 1973 para «cubrir lagunas de punibilidad que podrían darse en este ámbito aplicando solo los delitos de recepción o encubrimiento»². Ya en la década de los noventa fue superándose la limitación del blanqueo al ámbito del narcotráfico, primero en la esfera preventiva y luego en el Derecho penal³. El Código de 1995, además de acogerse al principio de justicia universal⁴, sistematizó la normativa anterior y supuso una primera ampliación del tipo extendiéndose a los bienes procedentes de la comisión de «cualquier delito grave». Las sucesivas reformas llevadas a cabo en 2003 terminaron por ampliar el abanico de conductas punibles refiriéndolas a bienes que tuvieran su origen «en un delito». En fin, la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, condujo a la más amplia incriminación del blanqueo y de las imprudencias que lo puedan facilitar, refiriendo las conductas punibles a bienes que tuvieran su origen «en una actividad delictiva», ya sea cometida por el sujeto activo del blanqueo de capitales o por cualquier tercera persona.

La profusa normativa en el ámbito penal encuentra su fundamento en el problema del bien jurídico protegido: el blanqueo es un delito pluriofensivo. De un lado, se tutela tanto el correcto tráfico de los bienes cuanto la libre competencia, la Hacienda Pública y la Administración de Justicia. Y de otro, como señala Gómez Iniesta, «el blanqueo debe ser castigado [...] porque favorece el enriquecimiento de los que han cometido un previo delito [induciendo] a su comisión como forma de obtención de un lucro»⁵.

Conectando con lo dicho en el párrafo anterior, el blanqueo es un fenómeno interno de cada Estado y, al tiempo, un fenómeno global dentro de una economía internacional⁶. Esta nota de universalidad, junto con el alcance lesivo del blanqueo, fundamentan la necesidad no solo de reprimir las conductas delictivas, sino de prevenirlas y evitarlas. A tal fin responden los intentos legislativos cristalizados en el ámbito europeo en la Directiva 91/308/CEE del Consejo, transpuesta por la

1. ANDINO LÓPEZ, JUAN ANTONIO, *El secreto profesional del abogado en el Proceso civil*. (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2014), p. 146.

2. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal. Parte especial*. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), p. 553.

3. Desde la óptica temporal, en tanto la consideración de otros «delitos subyacentes» aparte del narcotráfico cristalizó primero en la normativa preventiva por vía de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, inspirada en Las Recomendaciones GAFI aprobadas en 1990 y transpuesta a Derecho español por la Ley 19/1993, de 28 de diciembre; mientras que las sucesivas reformas penales arrancaron en 1995.

4. «El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero» (artículo 301.4 del Código penal de 1995 en su redacción original).

5. GÓMEZ INIESTA, DIEGO, *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español*. (Barcelona: Cedecs, 1997), p. 40.

6. Hasta un 5 % del PIB mundial, según CAMDESSUS, ex Director del FMI. Y en el ámbito nacional, aplicando el PIB español de 2012 a las estimaciones ofrecidas por la ONU, los bienes vinculados al crimen en España representarían 0,05 billones de dólares, y los ligados a la delincuencia transnacional rozarían los 0,02 billones, de los que habrían estado disponibles para el blanqueo 14.054.370.000 dólares, según Souto, Vicepresidente del Centro Europeo de Estudios sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero.

Ley 19/1993, de 28 de diciembre, a la que han seguido distintas reformas⁷ hasta la adopción de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (Tercera Directiva), transpuesta por la vigente Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (LPBC, en adelante), recientemente superadas por la Directiva (UE) 2015/849, de 20 de mayo (Cuarta Directiva).

La legislación vigente ha configurado dos momentos bien diferenciados. En la primera fase, de prevención, el Derecho administrativo despliega su eficacia imponiendo un conjunto de medidas a distintos operadores financieros y jurídicos respecto de sus clientes en función del riesgo. Cuando la contención ha fallado, para la represión del ilícito será necesario actuar el *ius puniendi* del Estado. En este marco jurídico han surgido para el Abogado nuevas obligaciones en la esfera de la prevención, desarrolladas en el ámbito interno por el Reglamento de la LPBC⁸ que, tomando el riesgo como criterio modulador, regula: i) medidas de control interno; ii) diligencia debida, que en sus tres niveles –normal, simplificado y reforzado– implica la identificación formal y real del cliente, el examen especial de determinadas operaciones y la conservación de documentos; iii) la obligación de información, que comprende la obligación de comunicación y colaboración con el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (en adelante, SEPBLAC). La interacción entre esta última obligación y el secreto profesional que inspira la profesión de la Abogacía, junto a otros principios capitales como la confianza y la independencia, merece ser objeto de atención.

II. EL SECRETO PROFESIONAL: PRINCIPIO RECTOR SUPERIOR DE LA ABOGACÍA

1. Conceptualización y normativa

El secreto profesional no puede definirse de manera unitaria. No se trata de una realidad con entidad propia sino de un concepto instrumental⁹ que adquiere forma por su objeto. Dicho objeto es la protección de distintos valores jurídicos superiores como son el derecho de defensa y el de la tutela judicial efectiva. Ahondando en la conceptualización del secreto, el Derecho comparado nos ofrece, de un lado, la práctica angloamericana, en la que el secreto opera como suma de la confidencialidad contractual y de la relación privilegiada que permite reservar las comunicaciones entre cliente y Abogado¹⁰. De otro, en el Derecho continental, el secreto se configura como una institución abstracta con fundamento legal¹¹, incluso de forma expresa¹², en ocasiones constitucional¹³, y hasta con tutela penal.

7. La profusión normativa en esta materia evidencia la necesidad de articular nuevos mecanismos y perfeccionar los ya existentes para luchar contra el blanqueo de capitales.

8. 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.

9. En este sentido, MAYORDOMO RODRIGO, VIRGINIA, «Un supuesto de colisión de deberes: la obligación de denunciar y el mantenimiento del secreto profesional», *La Ley-Actualidad* (33), 2002, p. 835.

10. RADIN, MAX, *The privilege of confidential communication between Lawyer and client*. (California: Berkeley Law Review, 1928); y BUYLE, JEAN-PIERRE *et al.*, *Professional secrecy of lawyers in Europe*. (Cambridge: Cambridge University Press, 2013).

Ya en el ámbito interno, el apartado tercero del artículo 542 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) concreta la esencia del secreto profesional al imponer a los Abogados el deber de «guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional», al tiempo que les atribuye el derecho a «no ser obligados a declarar sobre los mismos». Esta misma idea, la de derecho deber, se plasma en los artículos 32, 42 y 46 del Estatuto General de la Abogacía Española (EGA, en adelante), así como en el artículo 5 del Código Deontológico de la Abogacía Española¹⁴. Este último texto lo desarrolla en términos amplios, extendiéndolo a todas las informaciones conocidas de cualesquiera personas involucradas en la relación de confianza y por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, incluso después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente¹⁵.

2. Alcance y revelación: la divisibilidad del secreto

Tomando como premisa la instrumentalidad del secreto profesional, Álvarez-Sala plantea la teoría de la divisibilidad al referirse a su alcance sosteniendo que «no admite [...] una ponderación uniforme, sino variable o divisible, según el bien jurídico que, en cada caso, proteja»¹⁶. Así, el secreto profesional adoptaría un carácter relativo cuando proteja un bien jurídico claudicante –como sea un derecho privado–; mientras que sería absoluto cuando proteja un bien jurídico de orden público superior a cualquier política de prevención o de represión –como sea el derecho de defensa–.

Ahondando en la idea de la divisibilidad desde la perspectiva de la revelación¹⁷, podemos distinguir la vulneración del deber de secreto profesional en sentido estricto –conectando con la vertiente absoluta de la institución–; y la revelación lícita con consentimiento del cliente o sin él –vinculado a la vertiente relativa del secreto–.

De un lado, argumenta Fenech¹⁸ que la vulneración del deber de secreto puede ser directa cuando el Abogado revela voluntariamente el hecho oculto bien de manera pública, bien de forma privada, siempre que como consecuencia pueda averiguarse la persona a quien vienen referidos los hechos revelados, pudiendo causar

11. ÁLVAREZ-SALA WALTER, JUAN, *Escritura Pública. Ensayos de actualidad: El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas*. (Madrid: Ediciones del Consejo General del Notariado, 2004).

12. *Cfr.* en España, artículos 32 y 42 del EGA; artículo 542.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; y en Francia, artículo 66 de la Ley de 31 de diciembre de 1971.

13. En España, artículos 18, 20 y 24 de la Constitución de 1978.

14. Expresamente: «El deber y derecho al secreto profesional del abogado...» (artículo 5.2 del Código Deontológico de la Abogacía Española); y «El secreto profesional es un derecho y deber primordial de la Abogacía» (artículo 5.8 del mismo texto).

15. En este sentido, CORTÉS BECHIARELLI, EMILIO, «Secreto profesional del abogado y ejercicio de defensa a la luz de la directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo», *Anuario de la Facultad de Derecho* (21), 2003, P. 163.

16. ÁLVAREZ-SALA WALTER, JUAN (2004), *op. cit.*, p. 14.

17. ANDINO LÓPEZ, JUAN ANTONIO (2014), *op. cit.*, pp. 154-165, siguiendo la sistemática de FENECH NAVARRO, MIGUEL «El secreto profesional del abogado», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1949, pp. 379-397; CORTÉS BECHIARELLI, EMILIO (2003), *op. cit.*, pp. 167-181; y SÁNCHEZ-STEWART, NIELSON, *Abogados y prevención del blanqueo de capitales*. (Marbella: Editorial Ley 57, 2014).

18. FENECH NAVARRO, MIGUEL (1949), *op. cit.*, pp. 390-393.

daños patrimoniales o morales al cliente o a su familia. Pero la vulneración puede ser indirecta, ya derive de la «utilización indebida» o de la «averiguación indiscreta». En la primera sub modalidad, el Abogado se vale del secreto para ejecutar un acto que perjudique al cliente; en la segunda, el Abogado se vale de «averiguaciones indirectas o de medios imprudentes para la obtención de [aquellos hechos que puedan servir a la mejor solución del problema jurídico], que pueden dar lugar a que trascienda a persona ajena al propietario o al beneficiario del secreto o el objeto de este». En sentido contrario, el mismo autor señala que dicho supuesto no debe confundirse, por la confluencia de buena fe y justa causa, con la necesidad de pedir asesoramiento a otro Abogado especialista, «aunque sería prudente pedir permiso al cliente».

De otro lado, el mismo autor se refiere a la «revelación lícita» planteando distintos supuestos según concurra o no el consentimiento del cliente. Si una parte de la doctrina¹⁹ entiende que el consentimiento no libera al Abogado de su deber de secreto, otra²⁰ considera que la dispensa del cliente «faculta [al Abogado] para revelar los hechos [...], pero no le obliga»²¹. Y cuando falte el consentimiento del cliente, Fenech²² planteaba ya en los años cuarenta la licitud de la revelación del secreto cuando fuere en beneficio de un tercero, del propio cliente o del Abogado, e incluso, en beneficio de la comunidad. Este último supuesto, junto con la consideración del alcance relativo del secreto en determinados ámbitos, da pie a analizar la interacción entre el secreto y las obligaciones impuestas por la LPBC, precisamente porque aquel habría de claudicar en favor de un beneficio para la comunidad: la prevención de un delito pluriofensivo.

En suma, podemos configurar el secreto profesional como principio rector superior de la Abogacía²³ que, construido sobre la base de la confianza que deposita el cliente en su Abogado²⁴, garantiza la administración de justicia en el Estado de Derecho. Ello porque en su vertiente como deber conmina al Abogado a mantener reservadas cuantas informaciones obtuviera por razón del desempeño de su profesión, y en su vertiente como derecho impide a la Autoridad obligar al Abogado a revelar tales informaciones. Todo ello sin perjuicio del carácter relativo que en su caso pueda adoptar cuando por razón del objeto protegido deba claudicar a favor de un bien jurídico superior.

19. MARTÍNEZ VAL y CERVILLA GARZÓN, citados en ANDINO LÓPEZ, JUAN ANTONIO (2014), op. cit.

20. El propio FENECH NAVARRO, MIGUEL (1949), op. cit.; y CORTÉS BECHIARELLI, EMILIO (2003), op. cit.

21. ANDINO LÓPEZ, JUAN ANTONIO (2014), op. cit., p. 159.

22. FENECH NAVARRO, MIGUEL (1949), op. cit., pp. 392-396.

23. Así lo hace el artículo primero del Estatuto General aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el pasado 12 de junio de 2013, pendiente de homologación y promulgación mediante el oportuno Real Decreto: «Son principios rectores y valores superiores del ejercicio de la Abogacía los de independencia, libertad, dignidad e integridad, así como el respeto del secreto profesional».

24. En este sentido, fundamento jurídico segundo de la STS de 17 de febrero de 1998 (R. 2060/1992): «el deber de secreto profesional [...] fundado el mismo en la necesidad de salvaguardar la confianza del cliente en el Abogado como única forma de hacer posible que este disponga de la información necesaria para llevar a cabo su defensa con la eficacia que la Constitución —en el ámbito del proceso— considera nota característica del derecho a la tutela judicial».

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 10/2010, DE 28 DE ABRIL

1. Ámbito subjetivo: el abogado como sujeto obligado

En la materia que nos ocupa, dispone el artículo 2 de la Tercera Directiva²⁵ que serán sujetos obligados los «profesionales independientes del Derecho cuando participen, ya actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria, ya asistiendo en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente»²⁶. El artículo 2 de la LPBC, que transpone la Tercera Directiva, incluye expresamente entre los «profesionales independientes» a los Abogados «cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento»²⁷ de operaciones financieras o inmobiliarias por cuenta de sus clientes.

Si la normativa comunitaria se refiere a la participación en la administración, gestión y concepción de transacciones financieras o inmobiliarias, en el ámbito interno se incluye además la participación en el asesoramiento. Cuando este asesoramiento es jurídico, señala Sánchez-Stewart que «es función propia del abogado»²⁸ a diferencia de la gestión y administración, habida cuenta de que el artículo 542 de la LOPJ define al Abogado atribuyéndole la «dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico», reproducido por el artículo 6 del EGA.

Siguiendo al mismo autor²⁹, parece oportuno apuntar la distinción entre «asesoramiento jurídico» y «asesoramiento de gestión». El asesoramiento de gestión queda conformado por las actividades descritas en el artículo 2 de la LPBC³⁰ y no pertenece al «núcleo duro de su actividad como abogado», en tanto el artículo 542 de la LOPJ no lo contempla como «modalidad de actuación profesional». Por su parte, el asesoramiento jurídico consiste en la determinación de la situación jurídica de los clientes y en el ejercicio de su representación legal en acciones judiciales. Conectando con lo expresado en el Capítulo anterior, podríamos considerar que el secreto opera de manera absoluta en relación al asesoramiento jurídico, mientras que adoptaría un cariz relativo en las tareas propias del asesoramiento de gestión.

2. Ámbito material

En cuanto al ámbito material, el artículo primero de la Tercera Directiva³¹ enumera en su apartado segundo las distintas conductas que, referidas siempre a bie-

25. Reproducido en el artículo 2 de la Cuarta Directiva.

26. Letra b) del párrafo tercero del apartado primero del artículo 2 de la Tercera Directiva.

27. Letra ñ) del apartado primero del artículo 2 de la LPBC.

28. SÁNCHEZ-STEWART, NIELSON, *Secreto profesional y blanqueo de capitales*, 2008. Recuperado de <http://sanchez-stewart.com/> el día 20 de marzo de 2015, p. 1 del archivo.pdf generado e impreso.

29. SÁNCHEZ-STEWART, NIELSON, «Abogados: blanqueo de capitales. Ataque al secreto profesional», *Economist & Jurist* (120), 2008, p. 102.

30. «[Participación 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» (artículo 2.1.ñ de la LPBC).

31. Reproducido en el artículo primero de la Cuarta Directiva.

nes³² procedentes de «una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad», se considerarán blanqueo de capitales, a saber: i) la conversión o transferencia de dichos bienes con el propósito de ocultar o encubrir su origen ilícito o de ayudar a personas que estén implicadas a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; ii) la ocultación o encubrimiento de la naturaleza, titularidad y características de dichos bienes; y iii) su adquisición, posesión o utilización. Pero también la participación en cualquiera de las actividades anteriores, la asociación para cometer este tipo de actos, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar para realizarlas o facilitar su ejecución. En el ámbito interno, el artículo primero de la LPBC reproduce la normativa comunitaria incluyendo *ex novo* la figura del «autoblanqueo» como sancionable. Común a todas las conductas es actuar «a sabiendas» de la procedencia ilícita de los bienes.

Si la normativa comunitaria se circunscribe en el ámbito de la prevención —«a efectos de la presente Directiva»— a las conductas referidas siempre que, además, sean dolosas —«realizadas intencionadamente»—, en el ámbito interno podemos entender que la prevención se extiende también a las conductas negligentes e imprudentes de los clientes. Ello porque el legislador español ha suprimido el adverbio modal «intencionadamente» al trasponer la Directiva —«a los efectos de la presente Ley, se considerarán blanqueo de capitales las siguientes actividades»—, interpretación gramatical que encuentra sustento en el análisis comparado del tipo subjetivo del delito de blanqueo de capitales³³. Ello implicaría la ampliación de los estándares de diligencia del Abogado español con respecto a los delimitados por la normativa comunitaria.

IV. EL RIESGO COMO CRITERIO MODULADOR

1. El sistema del riesgo en la LPBC

El enfoque orientado al riesgo aparecía contemplado en el articulado de la LPBC, pero no ha sido hasta la reciente entrada en vigor de su Reglamento cuando se ha desarrollado este concepto. En efecto, el preámbulo de la LPBC recuerda que «la Tercera Directiva es una norma de mínimos [...] que ha de ser reforzada o extendida atendiendo a los concretos riesgos existentes en cada Estado miembro», y no son pocos los preceptos del texto legal referidos al riesgo³⁴ como criterio modulador de la intensidad de la diligencia debida y del contenido de las medidas de control interno. Ello no obstante, la Ley no delimita la naturaleza ni el contenido de este concepto, por lo que a falta de desarrollo reglamentario, la LPBC imponía a todos los sujetos obligados las mismas obligaciones y respecto de cualesquiera clientes.

32. Conforme al artículo 3 de la Tercera Directiva, por «bienes» debemos entender todo tipo de activos, «tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles», así como instrumentos jurídicos que acrediten la propiedad de dichos bienes o un derecho sobre los mismos.

33. En este sentido, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (2010), op. cit., p. 557: «El delito contenido en el art. 301.2 admite tanto la comisión dolosa como imprudente. El legislador [...] castiga en el art. 301.3 los supuestos que se realicen por imprudencia grave...».

34. Por ejemplo los artículos 7, 9 y 11 de la LPBC, empleando en sentido amplio la expresión «en función del riesgo», delimitan cuándo se aplicarán las medidas normales de diligencia, y cuándo las simplificadas o las reforzadas; el artículo 26, a su vez, se refiere al riesgo en relación a las medidas de control interno.

Al objeto de encauzar lo que deba significar el riesgo en relación a la política de prevención del blanqueo de capitales, el legislador ha tomado en consideración el carácter limitado de los recursos de los sujetos obligados³⁵. En este sentido, de la lectura del preámbulo del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la LPBC, se extraen tres ideas singulares que lo configuran.

En primer lugar, el Reglamento concreta el sistema del riesgo imponiendo a los sujetos obligados dos líneas de actuación sucesivas y complementarias. Así, «habrán de analizar los riesgos principales a los que se enfrentan y que variarán en función del tipo de negocio, de productos y de clientes con los que establecen relaciones de negocio». Y, partiendo de ese análisis, procederán a «diseñar las políticas y procedimientos internos [adaptados] al perfil de riesgo de la entidad».

De otra parte, este enfoque queda configurado como criterio modulador³⁶ de la Ley, cuyos sujetos obligados conforman un colectivo amplio y heterogéneo³⁷, en tanto no todos establecerán las mismas relaciones de negocio con idénticos clientes ni se relacionarán con ellos conforme a los mismos principios, normas y regulaciones deontológicas. En este sentido, se desarrollan unos «requerimientos básicos y comunes para todos los sujetos obligados, permitiendo asimismo un margen de adaptación [...] a la realidad específica [de cada sujeto]» que no estaba contemplado en la LPBC.

En fin, el desarrollo reglamentario basado en el riesgo ha supuesto la gradación del alcance y contenido de las obligaciones impuestas legalmente para la prevención del blanqueo. Así, se limitan las obligaciones «para los sujetos de tamaño más reducido», incrementándose la exigencia en proporción a la «dimensión y volumen de negocio del sujeto obligado».

En suma, el Reglamento acepta como premisa la diversidad que caracteriza a los sujetos obligados, en tanto no todos disponen de los mismos recursos, que en cualquier caso son limitados; y en cuanto no todos están expuestos al mismo riesgo de que sus clientes se prevalezcan de ellos para el blanqueo de capitales. En este sentido se modulan las obligaciones procedimentales en función del tipo de negocio, de productos y de clientes, términos que el Reglamento de la LPBC adopta como

35. Expresamente, el preámbulo del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la LPBC, dispone: «Teniendo en cuenta los medios limitados de que disponen los sujetos obligados, se impone adoptar aquellas medidas que permitan incrementar la eficacia y eficiencia en el uso de esos recursos, haciendo más hincapié en aquellas situaciones [...] que presentan un nivel de riesgo superior».

36. El legislador se refiere al enfoque orientado al riesgo como «un elemento de flexibilidad de la norma», modulando la amplitud que caracteriza al articulado de la LPBC, que parece recaer sobre todos los sujetos obligados con idéntico rigor.

37. Téngase en cuenta que el artículo 2 de la LPBC incluye como sujetos obligados tanto a personas físicas como jurídicas. Así, son sujetos obligados, aparte de los profesionales de la Abogacía: las entidades de crédito y las aseguradoras; las entidades gestoras de instituciones de inversión colectiva, de fondos de pensiones y de capital-riesgo; los servicios postales respecto de las actividades de giro o transferencia; las personas dedicadas profesionalmente a la intermediación en la concesión de préstamos o créditos; los promotores inmobiliarios; los Notarios y Registradores; los Procuradores; y los casinos de juego, entre otros.

signos objetivos externos para evaluar en cada caso la exposición al riesgo³⁸. Así, el riesgo se presenta como criterio modulador de las medidas de control interno, y también como elemento regulador del alcance de las distintas modalidades de diligencia debida, que será normal, simplificada o reforzada en atención al riesgo que entrañe la relación de negocios por la confluencia de los distintos signos externos referenciados, como se desprende de los artículos 7, 9 y 11 de la LPBC, y los correlativos 12, 15 y 17 de su Reglamento.

Lo anterior, respecto de las obligaciones de información, que pueden colisionar con el secreto profesional, es preciso referir dos matices. De un lado, es reseñable que si el articulado de la LPBC ya introdujo el concepto del riesgo al regular la diligencia debida y las medidas de control interno, no lo hizo respecto de las obligaciones de información. De otro lado, parece oportuno plantearse si la introducción *ex novo* de este criterio en relación a las obligaciones de información por vía reglamentaria resulta instrumento suficiente para delimitar los supuestos en que el secreto profesional pueda o deba ceder a favor de la prevención del blanqueo en aquellas situaciones en que los bienes jurídicos protegidos por aquel corran un grave y concreto peligro.

2. Refuerzo del sistema en la directiva (UE) 2015/849, de 20 de mayo

La Cuarta Directiva consolida el sistema basado en el riesgo previendo que la Comisión, antes de junio de 2017, analice y evalúe en un informe los riesgos de blanqueo de capitales que presenta el mercado interior en relación a operaciones transfronterizas. Para ello, la Comisión deberá tener en cuenta el dictamen conjunto que antes de diciembre de 2016 han de realizar la Autoridad Bancaria Europea, la Autoridad Europea en materia de Supervisión de Seguros y Pensiones de Jubilación y la Autoridad Europea en materia de Supervisión de Valores y Mercados, sobre los riesgos del sector financiero. Este dictamen habrá de actualizarse bianualmente.

En vista de los riesgos que se detecten, la Comisión dirigirá recomendaciones a los Estados miembros para que respondan a los mismos, siendo competencia de cada Estado la designación de una Autoridad o el establecimiento de un sistema que permita la coordinación entre las recomendaciones de la Comisión y la respuesta interna. Asimismo, los Estados miembros velarán porque los sujetos obligados —«entidades obligadas», bajo la nueva denominación— adopten las medidas de control interno adecuadas basándose en el análisis del riesgo. A tal efecto, los sujetos obligados tomarán en consideración los factores de riesgo relativos a los clientes, países de origen o destino de las operaciones, productos objeto de la operación, servicios solicitados o canales de distribución utilizados.

A la vista de la nueva regulación comunitaria, podemos entender que el sistema del riesgo se aplicará en tres niveles: i) a la Comisión Europea; ii) a los Estados miembros; iii) a los sujetos obligados.

38. En este sentido se pronuncia el Consejo General de la Abogacía Española cuando expresa que: «La exposición al riesgo de cada cual determinará los procedimientos y políticas de prevención que debe implantar» en su Manual de medidas y recomendaciones para la prevención del blanqueo de capitales.

V. SOBRE LA DILIGENCIA DEBIDA Y EL SECRETO PROFESIONAL

De manera asistemática, el articulado de la LPBC impone a los sujetos obligados, inclusive los Abogados, un conjunto de obligaciones procedimentales que pueden englobarse bajo la expresión «medidas de diligencia». Tales obligaciones comprenden, primero, el deber de identificación de los clientes, así como las obligaciones de recabar información acerca de sus actividades y de seguimiento continuo de las mismas, moduladas en función del riesgo. De otra parte, implican el examen especial de aquellas operaciones o relaciones de negocio que puedan estar vinculadas al blanqueo de capitales. En fin, también suponen la obligación de conservar los documentos en que se plasme el cumplimiento de todo lo anterior. En suma, estas medidas pueden considerarse presupuesto de las obligaciones de información.

Siguiendo la norma, bajo la rúbrica «De la diligencia debida»³⁹ se impone a los sujetos obligados un paquete de medidas dirigidas a identificar a las personas, físicas o jurídicas, que pretendan entablar relaciones de negocio con ellos o que busquen su intervención en cualesquiera operaciones financieras o inmobiliarias. Cuando no sea posible esta identificación, se prohíbe a los sujetos obligados establecer relaciones de negocio o realizar operaciones concretas con tales personas⁴⁰. Idéntica obligación concurre respecto de los clientes existentes en un plazo máximo de cinco años a contar desde la entrada en vigor de la LPBC, según los términos del artículo 7.2 de la Ley y de su Disposición transitoria séptima.

La Ley distingue la «identificación formal»⁴¹ de la «identificación del titular real»⁴², que pueden confundirse en la misma persona o no. La obligación de identificación formal constriñe al Abogado a identificar al cliente con carácter previo a la aceptación del encargo profesional mediante la exigencia de documentos acreditativos fehacientes⁴³. Y la obligación de identificación del titular real compele al sujeto obligado a averiguar si el cliente previamente reconocido actúa por cuenta propia o de terceros, en cuyo caso ha de identificar a la persona por cuya cuenta se actúa. De la propia naturaleza de esta obligación se infiere que siempre será exigible cuando el cliente sea persona jurídica⁴⁴, toda vez que en los casos de representación legal o voluntaria deben acreditarse los poderes y la identidad del representante.

Además, en función del riesgo y todavía dentro del conjunto de medidas normales⁴⁵ de diligencia debida, se impone al Abogado el deber de reclamar y obtener

39. Capítulo II de la LPBC, desarrollado por el Capítulo II de su Reglamento.

40. Incurriendo en caso contrario en una infracción grave cuando concurren indicios o certeza de blanqueo de capitales, o leve en caso contrario, conforme al artículo 52 LPBC; y, por aplicación del artículo 62 del mismo Texto, en conexión con el artículo 301.2 y 3 del Código Penal, en delito de blanqueo por imprudencia grave.

41. Artículo 3 de la LPBC, desarrollado por los artículos 4 y siguientes de su Reglamento.

42. Artículo 4 de la LPBC, desarrollado por los artículos 8 y siguientes de su Reglamento.

43. Conforme al artículo 6 del Reglamento de la LPBC, que amplía el contenido de su predecesor, el artículo 3 del Real Decreto 925/1995, añadiendo para el caso de las personas físicas el documento, carta o tarjeta oficial de identidad expedido por la Autoridad de origen del ciudadano de un Estado miembro de la UE o del EEE.

44. En este caso, será titular real quien controle un porcentaje superior al 25 % del capital o de los derechos de voto, quienes ejercen el control directo indirecto de la persona jurídica o quienes sean sus beneficiarios.

45. Sección 1.ª del Capítulo II de la LPBC, desarrollado en los artículos 4 a 14 de su Reglamento.

documentos relacionados con la actividad declarada por el propio cliente⁴⁶ con el objeto de recabar información acerca del propósito previsto de la relación de negocios. Y como complemento de la anterior, cuando se mantenga una relación permanente con el cliente, se impone la obligación de seguimiento continuo de la misma⁴⁷ para asegurar que las comprobaciones coincidan con el conocimiento que se tenga del cliente.

Todo lo anterior, en función del riesgo y dependiendo del tipo de cliente, relación de negocios, producto u operación, el sujeto obligado aplicará las medidas simplificadas⁴⁸ respecto de aquellos que impliquen un riesgo bajo. Y cesarán en su aplicación cuando, una vez establecida la relación de negocios, aprecie que no comporta riesgo, si bien mantendrá en todo caso un seguimiento continuo «suficiente» para detectar operaciones sujetas a examen especial⁴⁹. De otra parte, además de las medidas normales de diligencia, los sujetos obligados aplicarán las medidas reforzadas⁵⁰ en cualesquiera otros supuestos que presenten un riesgo elevado de blanqueo, entre los que la Ley contempla: i) las relaciones de negocio y operaciones no presenciales; ii) la corresponsalía bancaria transfronteriza; o iii) las relaciones de negocio y operaciones establecidas con personas con responsabilidad pública⁵¹, sin perjuicio de los supuestos que se desarrollen reglamentariamente.

De otra parte, el legislador regula la obligación de conservación de documentos en el Capítulo III de la LPBC, «De las obligaciones de información», pero refiriéndola expresamente a los documentos exigibles en aplicación de las medidas de diligencia debida. Por este motivo, desde el punto de vista de técnica legislativa, bien podría haberse ubicado como cierre del Capítulo II, «De la diligencia debida»; toda vez que la conservación misma de los documentos constituye requisito necesario para virtualizar el contenido de las obligaciones de información y, sin embargo, aparece regulada al cierre del Capítulo que, precisamente, desarrolla tales obligaciones. Idéntica crítica merece la ubicación sistemática del deber de proceder a un examen especial de cualquier hecho u operación que pueda estar relacionado con el blanqueo de capitales, conforme al artículo 17 de la LPBC, que abre el Capítulo III, cuando sería más acertado incluirlo en el Capítulo II como presupuesto, junto con las obligaciones de identificación y conservación, de las obligaciones de información.

Al margen de las consideraciones anteriores, el artículo 17 de la LPBC compele a los sujetos obligados a examinar especialmente, con carácter previo a la ejecución de la operación y con naturaleza integral⁵² «cualquier hecho u operación [...], que por su naturaleza, pueda estar relacionado con el blanqueo de capitales» INDEPENDIENTEMENTE de su cuantía. En particular, constituyen indicios reforzados de blan-

46. Artículo 5 de la LPBC, desarrollado por el artículo 10 de su Reglamento.

47. Artículo 6 de la LPBC, desarrollado por el artículo 11 de su Reglamento.

48. Sección 2.ª del Capítulo II de la LPBC, desarrollado en los artículos 15 a 18 de su Reglamento.

49. Conforme al artículo 17 de la LPBC.

50. Sección 3ª del Capítulo II de la LPBC, desarrollado por los artículos 19 a 22 de su Reglamento.

51. La Tercera Directiva se vale de la expresión «personas del medio político». Tanto la norma comunitaria cuanto la interna se refieren, bajo distinta terminología, a personas «que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas importantes por elección, nombramiento o investidura en otros Estados miembros de la Unión Europea o terceros países».

52. El artículo 25 del Reglamento de la LPBC desarrolla el deber de examen especial disponiendo que «se realizará de modo estructurado, documentándose las fases de análisis, las gestiones y las fuentes».

queo de capitales las operaciones o pautas de comportamiento complejas, inusuales o sin propósito económico lícito aparente, «o que presente indicios de simulación o fraude». En todo caso, la norma constriñe a los sujetos obligados a documentar por escrito los resultados del examen, documentos a los que resulta extensible la obligación de conservación por aplicación del genérico artículo 25 de la LPBC –según el cual «los sujetos obligados conservarán [...] la documentación en que se formalice el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Ley»– y del apartado cuarto del artículo 25 de su Reglamento, que concreta la obligación respecto del expediente de examen especial.

En fin, la obligación de conservación compele a los sujetos obligados, inclusive los Abogados, a conservar durante al menos diez años copia de la documentación en que se formalice el cumplimiento de las medidas de diligencia debida, así como el original o copia con fuerza probatoria de los documentos que acrediten las operaciones o relaciones de negocio y los intervinientes. Y ello para que tales documentos sean usados en cualquier investigación o análisis por parte del SEPBLAC. De esta manera, las medidas de diligencia constituyen en la práctica un conjunto de deberes positivos, en el sentido de que implican la conducta activa del sujeto obligado, y no un mero deber «dejar hacer a la Administración». Así, se traslada sobre los sujetos obligados una carga no poco importante de la investigación que, de otra forma, hubiese recaído sobre la Autoridad administrativa competente.

En palabras de Sánchez-Stewart, estas obligaciones coadyuvan a evitar que los delincuentes «se prevalezcan de los Abogados para cometer hechos punibles o para consolidar el producto de delitos»⁵³, de lo que podríamos destacar su carácter disuasorio, toda vez que encuentran apoyo en las regulaciones deontológicas⁵⁴ de la Abogacía. En este sentido, quien pretenda blanquear capitales sabrá que no podrá encontrar un cómplice en su Abogado, sino un verdadero defensor del Estado de Derecho. Pero además del carácter positivo y disuasorio de estas medidas, puede afirmarse que no entrarían en colisión con el secreto profesional, en tanto no conducen a la revelación directa ni indirecta del secreto, ni afectarían al asesoramiento jurídico. Ello porque el Abogado estaría limitándose a identificar y conservar la documentación, y a estudiar las operaciones, ya no solo para prevenir el blanqueo, sino para evitar la comisión por imprudencia grave del delito mismo.

Sin embargo, la exigencia de una identificación formal con carácter previo al establecimiento de la relación profesional; la petición de documentos que acrediten que quien se presenta como cliente realmente lo es; las comprobaciones que deben llevarse a cabo respecto de la actividad declarada y respecto de las operaciones encomendadas al Abogado, y todo ello bajo estricto secreto y mientras persista la relación profesional, afecta a la confianza que debe regir la relación Abogado-cliente⁵⁵. Ello podría inducir al cliente a ocultar información que resulte necesaria al Abogado

53. SÁNCHEZ-STEWART, NIELSON (2008), op. cit., p.1 del archivo.pdf generado e impreso.

54. Indirectamente, los artículos 1 y 30 del EGA, y 2.3, 3.1 y 13 del Código Deontológico de la Abogacía.

55. SÁNCHEZ-STEWART, NIELSON (2014), op. cit., p. 63: «el cliente dudará si ha entrado a un despacho profesional o a una oficina gubernamental»; también ÁLVAREZ-SALA (2004), en op. cit., 29: «los [...] notarios o abogados, no van a tener medios para ello y cabe temer que esa [falta] intente suplirse entonces con una actitud de desconfianza generalizada frente a la clientela, de carácter muy perjudicial, si se impone, como pauta».

no ya para cumplir las obligaciones de prevención de capitales, sino para ejercer sus propias funciones.

VI. SOBRE LAS OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN Y SU ALCANCE

1. Obligaciones de información, comunicación y colaboración

También de manera asistemática, la Ley impone otras obligaciones que pueden englobarse en el deber de informar al Servicio Ejecutivo de la Comisión acerca de aquellas operaciones que, bien por mandato de la Ley, bien tras el examen especial al que se ha hecho referencia, se estimen sospechosas de estar vinculadas con el blanqueo de capitales. En conexión con aquel, se regula el deber de colaborar con el SEPBLAC facilitando la documentación recabada en el curso de sus investigaciones y, como cláusula de cierre, se establece la obligación de abstenerse en la ejecución de aquellas concretas operaciones o relaciones de negocios que, por estimarse sospechosas, hayan sido comunicadas al SEPBLAC. Y todo ello bajo la genérica prohibición de revelación. En este marco jurídico, puede considerarse *ab initio* la colisión frontal de estas obligaciones con el derecho y deber de guardar el secreto profesional, y con el deber de lealtad hacia el cliente, imponiéndose un «principio general de desconfianza».

En virtud del artículo 20 de la LPBC, y del correlativo artículo 27 de su Reglamento, en todo caso los sujetos obligados habrán de comunicar mensualmente al SEPBLAC las operaciones financieras realizadas por, con o por cuenta de personas físicas o jurídicas por importe superior a 30.000 euros cuando lleven aparejado «movimiento físico» de dinero metálico o signo que lo represente⁵⁶; o por importe superior a 1.500 euros cuando realicen «envíos de dinero» en moneda metálica o signo que lo represente. La misma obligación recae sobre las operaciones que supongan «movimientos de pago sujetos a declaración obligatoria» conforme al artículo 34 de la Ley, así como a la «información agregada»⁵⁷ sobre la actividad de envíos de dinero y de transferencias con o al exterior de las entidades de crédito. Se impone así el deber de comunicación sistemática respecto de un conjunto de operaciones en las que el criterio del riesgo opera *ex lege*.

Siguiendo el tenor del artículo 18 del mismo Texto legal, cuando del examen especial de la operación «exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales», los sujetos obligados comunicarán «por iniciativa propia» el hecho u operación al Servicio Ejecutivo de la Comisión, especialmente cuando las operaciones «muestren una falta de correspondencia ostensible» con la naturaleza, volumen o antecedentes operativos de los clientes siempre que «no se aprecie justificación [...] para la realización de las operaciones», circunstancias que quedarán

56. El mismo importe se toma como referencia cuando se realicen operaciones por, con o por cuenta de personas físicas o jurídicas residentes en territorios o países de riesgo conforme al artículo 22 del Reglamento de la LPBC. En este sentido, la Orden ECO/2652/2002, de 24 de octubre, modificada por la Orden EHA/1464/2010, de 28 de mayo, actualiza la lista de países o territorios no cooperantes identificados por el GAFI a tomar en consideración en la comunicación mensual: Egipto, Filipinas, Guatemala, Indonesia, Mianmar, Nigeria, Ucrania y la República Islámica de Irán.

57. Conforme a las definiciones incluidas en el artículo 2 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

recogidas por escrito en el correspondiente informe. La misma obligación surge respecto de las operaciones sujetas a comunicación sistemática cuando, cumpliéndose estos requisitos, se presenten indicios o certeza de estar relacionadas con el blanqueo de capitales. Se establece así la obligación de informar al SEPBLAC de oficio –el legislador se vale de la expresión «por iniciativa propia»– acerca de cualquier hecho u operación sospechoso de estar vinculado con el blanqueo de capitales –si la Ley engloba este deber bajo la rúbrica «Comunicación por indicio», luego equipara la sospecha y la convicción, haciendo primar aquella, al sujetar al Abogado a este deber «cuando exista indicio o certeza»–.

Según dispone el artículo 21 de la Ley, los sujetos obligados «facilitarán la documentación e información» que les sea requerida por la Autoridad administrativa para el ejercicio de sus competencias. En este sentido, el deber de colaboración comprendería tanto la comunicación por iniciativa propia –sistemática o no–, así como la genuina cooperación consistente en facilitar al SEPBLAC cuanta información se requiera en el ejercicio de sus competencias. En todo caso, la comunicación habrá de acompañarse de la documentación que acredite el examen especial. A los efectos de delimitar el alcance del requerimiento, y siguiendo la técnica empleada en la normativa tributaria⁵⁸, la Ley impone a la Autoridad precisar los documentos que hayan de aportarse o «los extremos que hayan de ser informados», en lo que parece ser otro instrumento, junto con el riesgo, para evitar la colisión con el secreto profesional.

En fin, atendido el artículo 19 de la LPBC, en relación a los artículos 18 y 20 del mismo Texto legal, el sujeto obligado se abstendrá de ejecutar estas operaciones sospechosas, lo que pone de relieve la importancia de un examen integral *ab initio* a los efectos de evitar que los indicios surjan durante la ejecución misma de la operación o una vez compuesta. No obstante, el mismo precepto contiene una excepción a la norma, aplicable cuando la abstención pueda dificultar la investigación o alerte al cliente de la investigación misma, en cuyo caso el sujeto obligado ejecutará la operación al tiempo que comunica al SEPBLAC los extremos indicados en el artículo 18. En este sentido, la excepción a la norma se asienta, una vez más, sobre el «principio de desconfianza», colisionando *a priori* con el deber de lealtad hacia el cliente.

Téngase en cuenta además que todas las obligaciones señaladas habrán de ejecutarse bajo la prohibición de revelación –*tipping off*– regulada en el artículo 24 de la norma de prevención, conforme al cual los sujetos obligados⁵⁹ «no revelarán al cliente ni a terceros» las comunicaciones al SEPBLAC, o que se está examinando o puede ser objeto de examen alguna de las operaciones encomendadas «por si pudiera estar relacionada con el blanqueo de capitales». No obstante, el propio precepto contiene una serie de excepciones entre las que destaca por referencias la dis-

58. Véase el artículo 93 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. En este sentido, nuestra más Alta Jurisprudencia recientemente recordaba que existe una obligación legal de facilitar y suministrar información con relevancia tributaria a la Administración, pero añadía que esta no es absoluta, sino que tiene unos límites, por cuanto el ejercicio de esta potestad por la Administración implica, con mayor o menor intensidad, una incisión en derechos e intereses de los afectados tutelados jurídicamente, incluso a nivel constitucional. Idéntico comentario merece la potestad objeto de análisis en el presente (por todas: SSTS de 7 de febrero de 2014, fundamento jurídico tercero; y 28 de noviembre de 2013, también fundamento tercero).

59. Asimismo, sus directivos y empleados.

puesta en el apartado tercero, a cuyo tenor «no constituirá revelación» la intención de disuadir a un cliente de una actividad ilegal; todo lo más, se estaría cumpliendo el objetivo preventivo de la norma, y ello sin colisionar con el secreto profesional hasta que por aplicación del artículo 18 –«incluso la mera tentativa»– surge la obligación de comunicar de oficio el hecho u operación, aunque el cliente hubiera desistido.

2. Análisis del riesgo. Supuestos de sujeción y de extinción de responsabilidad

Llegados a este punto, y con carácter previo al estudio de los distintos deberes de información, conviene recordar que será el análisis del riesgo de cada concreta operación el elemento que determinará también el alcance y contenido de las obligaciones de información. En este sentido, y como se ha adelantado, el criterio del riesgo en el ámbito de estas obligaciones ha sido instaurado *ex novo* por el Reglamento de la LPBC bajo la rúbrica «Alertas»⁶⁰. Así, el Abogado debe analizar cada operación que se le encomienda para determinar un nivel de riesgo y conforme a ello aplicar las medidas correspondientes, dejando constancia por escrito de este análisis. En conexión con lo antedicho, y sin perjuicio de los establecidos en el propio Reglamento⁶¹, el Consejo General de la Abogacía Española propone una serie de elementos externos que debe examinar el Abogado en su actuación profesional y, a fin de valorar el riesgo, plantea una puntuación que debe hacerse constar en el informe de evaluación conforme al cual establecerán las medidas de control interno adecuadas que dotarán de contenido a los deberes de diligencia debida y a las obligaciones de información.

El riesgo por sí solo no es criterio suficiente para delimitar el alcance de estas obligaciones. En efecto, este instrumento queda configurado como elemento modulador del contenido de tales mandatos, pero pese a su desarrollo reglamentario sigue siendo un concepto normativo cuya consideración y valoración queda en manos de cada sujeto obligado a los efectos de establecer medidas de control interno efectivas y eficaces para cumplir con todas las obligaciones referidas hasta ahora. Por ello, y por el carácter heterogéneo del conjunto de sujetos obligados, junto con las especialidades que inspiran el ejercicio de la Abogacía, resultaba inexcusable perfilar *ex lege* el alcance subjetivo y material de la normativa de prevención de blanqueo de capitales, que como ha quedado expuesto en el epígrafe correspondiente, es *ab initio* amplísimo.

El legislador, consciente de estos extremos, introduce en los artículos 22 y 23 de la LPBC dos supuestos –la no sujeción y la exención de responsabilidad– desti-

60. Artículos 23 y 24 del Reglamento de la LPBC.

61. Concretamente, en el apartado segundo del artículo 24 del Reglamento de la LPBC se ofrece una lista abierta –«se incluirán, en todo caso, entre otros»– de criterios objetivos que permiten catalogar determinadas operaciones como «relacionadas con el blanqueo de capitales». Sirvan de ejemplo: i) que la naturaleza o el volumen de las operaciones activas o pasivas de los clientes no se correspondan con su actividad o antecedentes operativos; ii) cuando una misma cuenta, sin causa, venga siendo abonada mediante ingresos en efectivo por un número elevado de personas o reciba múltiples ingresos en efectivo de la misma persona; iii) movimientos con origen o destino territorios o países de riesgo, conforme al artículo 22 del mismo Texto.

nados a delimitar con mayor precisión el alcance de las obligaciones de prevención del blanqueo de capitales en relación a los profesionales de la Abogacía, tratando de hacer compatibles estos deberes en toda su extensión con el secreto profesional. En este sentido, conforme al primer supuesto, los Abogados⁶² no estarán sujetos a las obligaciones de comunicación⁶³ y colaboración «con respecto a la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica a [su] favor», con independencia del momento procesal en que hayan obtenido tal información. Asimismo, no estarán obligados a abstenerse de ejecutar operaciones cuando no sea posible la identificación del cliente en los términos del artículo 7.3 de la LPBC. Además, el artículo 22.2 dispone *in fine* que «los abogados guardarán el deber de secreto profesional de conformidad con la legislación vigente».

De otra parte, conforme al segundo supuesto, se exonera a los sujetos obligados de la responsabilidad que pudiera derivar de la comunicación de buena fe a la Autoridad competente con arreglo al articulado de la normativa de prevención en relación a las restricciones que por vía contractual o normativa pudieran haberse impuesto. La letra del precepto alude indirectamente al secreto profesional —«restricción sobre divulgación de información impuesta [...] por cualquier disposición legal»—, configurando una contra excepción a la excepción —«[la revelación] no implicará para los sujetos obligados [...] ningún tipo de responsabilidad», frente al mandato del artículo precedente: «los abogados guardarán el deber de secreto profesional»—.

La aparente contradicción de estos artículos plantea la oportunidad de cuestionar si la sujeción general de los Abogados que manda el artículo 2 de la LPBC queda vacía de contenido por el supuesto de no sujeción contemplado en el artículo 22 de la LPBC sobre la base del deber de guardar secreto profesional; o si, por aplicación de la contra excepción planteada en el artículo 23 de la LPBC, el legislador no busca sino compatibilizar la política de prevención del blanqueo de capitales con el secreto profesional.

3. Sobre la colisión del secreto profesional y los deberes de información. Tratamiento del secreto profesional en la ley 10/2010

El apartado segundo del artículo 24 de la Constitución Española consagra el secreto profesional como un instrumento necesario para garantizar el derecho de defensa en el seno de un proceso justo con todas las garantías, pero se remite a la ley a los efectos de determinar su alcance y contenido⁶⁴. Acudiendo a nuestro Derecho vigente, el ya citado artículo 542 de la LOPJ cumple el mandato constitucional al determinar en su apartado tercero que los Abogados «deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional», pero no respecto de cualquier actividad desa-

62. Expresamente, el tenor literal del artículo 22 de la LPBC arranca disponiendo que: «Los abogados no estarán sometidos...» y a ningún otro sujeto obligado se refiere el precepto.

63. El artículo 22 de la LPBC se refiere expresamente al artículo 18 de la misma norma, por lo que debemos entender que la obligación de comunicar sistemáticamente las operaciones referidas en el artículo 27 de su Reglamento subsiste.

64. «La ley regulará los casos en que, por razón [...] de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos» (artículo 24.2 de la Constitución, *in fine*).

rollada por el Abogado, sino únicamente por las que le son propias conforme manda el apartado primero del mismo precepto, esto es, la defensa y el asesoramiento jurídico. Bajo la vigencia de la anterior normativa de prevención⁶⁵, la norma contenida en la LOPJ hacía inaplicables las obligaciones de información y colaboración cuando el Abogado participaba en el asesoramiento de sus clientes, pues en aplicación del criterio temporal, prevalecía esta norma sobre aquella, desplegando todos sus efectos. Sin embargo, como expone Sánchez-Stewart, «la aprobación de [la LPBC] que insiste en la sujeción de los Abogados cuando participan en el asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes [...] ha cambiado las cosas»⁶⁶, primero, porque la nueva Ley es posterior a la LOPJ; y segundo, porque el artículo 22 de la LPBC, que manda guardar el secreto profesional, incluye primero la expresión: «Sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley», rebajando la obligación del artículo 542.3 de la LOPJ, conclusión que se apoya también sobre el tenor literal del artículo 23 de la LPBC.

Todo lo anterior, el artículo 542.3 de la LOPJ no debe entenderse derogado, pues su contenido solo cobra sentido si se pone en conexión con el apartado primero del mismo precepto, cuyo tenor parece inspirar la distinción misma entre asesoramiento jurídico y de gestión que toma en consideración la LPBC aun sin respetar la trascendencia práctica de este distingo. De otra parte, los profesionales de la Abogacía no están sujetos siempre y en todo caso a la normativa de prevención del blanqueo, sino únicamente «cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento» de operaciones financieras o inmobiliarias. Ello conduce al tercero de los fundamentos que sostienen la vigencia del artículo 542.3 de la LOPJ: el Abogado debe participar, esto es, intervenir en tales operaciones para que las obligaciones de la LPBC desplieguen su eficacia, por lo que en el «asesoramiento puro» o posterior a una ejecución en la que el Abogado no ha intervenido, el artículo 542.3 de la LOPJ debe mantener toda su extensión⁶⁷. En fin, parece criticable que el legislador acote el contenido del secreto profesional, que cuenta con expresión constitucional en el seno de un derecho fundamental, mediante ley ordinaria.

Conjugando lo hasta ahora expuesto, es razonable entender que el secreto profesional deba prevalecer en el ámbito del asesoramiento jurídico, es decir, cuando el Abogado determine la posición jurídica de su cliente o ejerza su representación legal, antes, durante o después de la ejecución de la operación financiera o inmobiliaria que pudiera estar, o de hecho esté, vinculada con el blanqueo de capitales. Y por «determinar la posición jurídica» debe entenderse, haciendo propias las palabras del CGAE⁶⁸, que es la actividad propia del Abogado tendente a:

Asesorar para establecer el conjunto de derechos y obligaciones y las consecuencias que de ellos derivan para un sujeto [el cliente] cuando concurren

65. Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

66. SÁNCHEZ-STEWART, NIELSON (2014), op. cit., p. 61.

67. En este sentido, ALIAGA MENÉNDEZ, JUAN ANTONIO, Normativa comentada de prevención del blanqueo de capitales. (Vizcaya: Editorial La Ley, 2010), citado en SÁNCHEZ-STEWART, NIELSON (2014), op. cit.

68. Recuperado de <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/LISTADEPREGUNTAS.pdf> el día 3 de abril de 2015.

unas circunstancias y hechos específicos [...]. Cualquier asunto para el que se solicita asesoramiento jurídico es susceptible de devenir en un conflicto judicial. El asesoramiento tiene por objeto evitarlo pero siempre es eventualmente pre contencioso.

En este sentido, si el derecho de defensa pertenece al seno del proceso, y en ese ámbito el secreto profesional es absoluto, cabe plantearse como hace Álvarez-Sala si aquel puede trascender al proceso y extenderse conceptualmente al asesoramiento jurídico pre contencioso⁶⁹, esto es, a la determinación de la posición jurídica. Ramón Mullerat responde gráficamente a la cuestión: «La independencia del abogado, o la asistencia jurídica que presta, es como un globo y cualquier diminuta punción podría desinflarlo»⁷⁰. Así las cosas, sobre la base de los artículos 24 de la Constitución y 542 de la LOPJ, es razonable aceptar la concepción expansiva del derecho de defensa, quedando el asesoramiento jurídico preventivo sujeto al secreto profesional.

La Tercera Directiva, en su Considerando 20.º acepta tanto la divisibilidad del secreto profesional, cuanto la interpretación extensiva del derecho de defensa⁷¹, reproduciendo el tenor del Considerando 17.º de su antecesora⁷². En este sentido, reconoce expresamente que imponer a los Abogados⁷³ la obligación de informar de sospechas de blanqueo cuando «estén determinando la situación jurídica de sus clientes o ejerciendo la representación legal de los mismos en acciones judiciales, sería improcedente», añadiendo además que «deben existir dispensas a la obligación de comunicación de la información obtenida antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente». No cabe duda, pues, de que la Tercera Directiva acoge la interpretación extensiva del derecho de defensa⁷⁴, considerando que la representación legal y el asesoramiento jurídico quedan sujetos a la obligación del secreto profesional, con independencia del momento en que tengan lugar respecto de los hechos u operaciones que puedan estar vinculados al blanqueo de capitales. Este mismo espíritu inspira el tenor del articulado mismo de la Directiva, que al establecer el ámbito personal

69. ÁLVAREZ-SALA WALTER, JUAN (2004), op. cit., p. 18.

70. MULLERAT, RAMÓN, Independence: the quintessence of the Lawyer, 1996, citado por ÁLVAREZ-SALA WALTER, JUAN, (2004), en op. cit.

71. En este sentido, el Abogado General POIARES MADURO en las conclusiones del Asunto C-305/05 propuestas al Tribunal de Justicia.

72. Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001.

73. Calificados expresamente, y no es baladí, como «miembros independientes de profesiones legalmente reconocidas y controladas que prestan asesoramiento jurídico».

74. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 2007 (Asunto C-305/05), sentó criterio al resolver que: «Del artículo 2 bis, número 5, de la Directiva 91/308 se desprende que los abogados tan solo están sometidos a las obligaciones de información y de cooperación en la medida en que asistan a sus clientes en la concepción o realización de las transacciones [...], o cuando actúen en nombre de su cliente y por cuenta del mismo en cualquier transacción [...] en un contexto que no tiene ninguna relación con un procedimiento judicial y, por lo tanto, al margen del ámbito de aplicación del derecho a un proceso justo», velando por la sujeción al secreto profesional del asesoramiento ligado al derecho de defensa en el seno de un proceso judicial, pero sin excluir expresamente el asesoramiento jurídico preventivo que de manera unívoca considera la Directiva comunitaria como excluido de estas obligaciones (en contra, SÁNCHEZ-STEWART, NIELSON, 2014, op. cit., que salva esta cuestión contraponiendo el aspecto procesal y el aspecto material del secreto profesional de quienes ejercen la Abogacía).

de aplicación en su artículo 2 no menciona el asesoramiento, sino únicamente la participación, concepción o realización de transacciones financieras o inmobiliarias, esto es, el asesoramiento de gestión que no quedaría cubierto por el secreto profesional.

Acudiendo al Derecho comparado, ya desde las transposiciones de la Segunda Directiva, la normativa alemana sobre blanqueo de capitales⁷⁵ excluye por completo de su ámbito el asesoramiento jurídico preventivo. Sin embargo, el Ordenamiento francés⁷⁶, como el español, opta por incluir dentro de su alcance material el asesoramiento jurídico del Abogado en determinadas operaciones, aun dejando a salvo el carácter confidencial de su actuación puramente asesora.

En suma, el tratamiento del secreto profesional en la LPBC es contradictorio, toda vez que alejado del objetivo marcado por la Directiva que esta norma transpone. Ello porque, primero, de su tenor literal se deduce la equívoca consideración del secreto profesional únicamente como derecho y que además solo asiste al Abogado, olvidando su vertiente como deber⁷⁷.

Porque, segundo, distingue formalmente dos clases de intervención pero sujeta al Abogado con carácter general cuando presta cualquier clase de asesoramiento –artículo 2–, para eximirlo después de las obligaciones de comunicar y de colaborar con el SEPBLAC, así como de aquella que le obliga a abstenerse de ejecutar las operaciones encomendadas por quien no ha podido ser identificado –artículo 22–, y recordar en última instancia que la comunicación de buena fe a las Autoridades no implicará responsabilidad de ningún tipo –artículo 23–.

Porque, tercero, merma el alcance del secreto profesional por vía de ley ordinaria olvidando su mención constitucional⁷⁸, y contraviniendo el alcance de la institución conferido por la LOPJ, aceptado y desarrollado por el EGA y el Código Deontológico de la Abogacía Española.

Porque, cuarto, confunde al «Abogado delincuente» con el «Abogado asesor»⁷⁹, sin tener en consideración que cuando el Abogado diseña la forma misma en que llevar a cabo y consumir el blanqueo de capitales se convierte en sujeto activo de un delito, y olvidando que la normativa que transpone es de prevención.

75. GwG, de 8 de agosto de 2002: extiende a los Notarios y Abogados la obligación de denunciar o comunicar operaciones sospechosas de blanqueo, a salvo del aparte 11, que exceptúa la información conocida por razón del asesoramiento jurídico o de la asistencia en juicio (im Rahmen der Rechtsberatung oder Prozessberatung).

76. Code Monétaire et Financier: extiende a los Abogados la obligación de denunciar o comunicar las informaciones obtenidas en el marco de su actividad profesional (sont soumises aux dispositions du présent chapitre lorsque, dans le cadre de leur activité professionnelle).

77. «La Constitución consagra aquí lo que es no un derecho sino un deber de ciertos profesionales que tiene una larga tradición legislativa» (STC 110/1984, de 26 de noviembre, fundamento jurídico décimo).

78. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional vincula expresamente el secreto profesional a los artículos 18 y 24 CE: «El secreto profesional, [...], viene reconocido expresamente por la Constitución, que en su artículo 24.2 dice que la Ley regulará los casos en que, por razón [...] de secreto profesional, no se está obligado a declarar sobre hechos presuntamente punible. Evidentemente [...] tampoco existe el deber de declarar a la Administración sobre esos hechos» (STC 110/1984, de 26 de noviembre, fundamento jurídico décimo; por todas: SSTC 6/1988, de 21 de enero, y 386/1993, de 23 de diciembre).

79. Siguiendo a CORTÉS BECHIARELLI, EMILIO (2003), op. cit., pp. 171-180.

Y porque, quinto, en el intento de extender la obligación de prevención de blanqueo de capitales a quien participa en el asesoramiento jurídico desconoce los supuestos que la misma Directiva plantea como únicos casos en que el fin de la prevención prevalecerá sobre el secreto profesional: i) que el asesor letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales; ii) que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo mismo; iii) que el Abogado tenga la certeza de que el cliente solicita asesoramiento jurídico con el fin exclusivo de blanquear capitales.

4. Estado de la cuestión a la luz de la nueva directiva (UE) 2015/849, de 20 de mayo

En línea con los extremos puestos de manifiesto en el Considerando 20.º de su predecesora, la Cuarta Directiva recoge en su Considerando 9.º la necesidad de brindar a los profesionales independientes del Derecho un tratamiento especial. Si primero se reafirma en que procede que los Abogados sean sujetos obligados por la normativa de prevención, después insiste en la necesidad de arbitrar un sistema inequívoco de exenciones o, mejor, de supuestos de no sujeción en lo referido al asesoramiento jurídico, que debe permanecer protegido y obligado por el secreto profesional.

El Considerando 9.º de la Cuarta Directiva, además, incluye el calificativo «fiscal» tras el término «asesoramiento», en un intento por delimitar con mayor precisión el alcance material de su articulado. Pero en esta ocasión, a diferencia de la normativa precedente, la Cuarta Directiva no agota su extensión en meras consideraciones, sino que incluye en su articulado y ya como norma de mínimos con eficacia jurídica esta necesidad de eximir de determinadas obligaciones a Notarios, otros profesionales independientes del Derecho, auditores, contables externos, asesores fiscales y agencias inmobiliarias.

En efecto, el párrafo segundo del artículo 14.4 de la Cuarta Directiva exige a los profesionales referidos, inclusive a los Abogados, de la obligación identificación formal y real del cliente cuando estos profesionales estén determinando la situación jurídica de su cliente o ejercitando sus labores de defensa o representación de dicho cliente en un procedimiento judicial o en relación con dicho procedimiento, incluido el asesoramiento preventivo. En esta materia, el artículo 22 de la LPBC queda evidentemente superado, pues no contempla la no sujeción a la obligación de identificación, limitando su alcance a los artículos 7.3, 18 y 21 del mismo texto legal.

De otra parte, el artículo 34.2 de la Cuarta Directiva exige a los profesionales del Derecho de la obligación de información cuando concurren las mismas circunstancias, es decir, cuando el sujeto obligado esté desempeñando las funciones propias del asesoramiento jurídico, incluso preventivo. Con todo, el tenor del articulado puede sembrar algunos interrogantes de gran trascendencia, pues si bien acepta la interpretación extensiva del derecho de defensa, parece acotar la exención al ámbito del procedimiento judicial, olvidando –tal vez intencionadamente– los procedimientos administrativos, sancionatorios y de inspección. No obstante lo anterior, considerando que la normativa comunitaria ha aceptado la interpretación extensiva del derecho de defensa y en tanto emplea la etérea expresión «determinar la situación jurídica», bien podríamos entender que la sola mención de los procedimientos judiciales no es

excluyente, por cuanto los procedimientos administrativos pueden desembocar en uno judicial en vía jurisdiccional contenciosa-administrativa. Precisamente, la determinación de la situación jurídica implica el asesoramiento tendente a preparar o evitar un proceso judicial, por lo que el asesoramiento que se brinde en el seno de procedimientos administrativos debe integrar parte de esa determinación. Por tanto, no parece desacertado pensar que también en estos casos será aplicable la exención.

VII. SOBRE LAS DISTINTAS INFRACCIONES Y SUS CONSECUENCIAS SANCIONADORAS

1. La vertiente deontológica

En lo que respecta al secreto profesional, tanto el Código Deontológico de la Abogacía cuanto el EGA consagran su alcance y protección, considerándolo deber que se impone al Abogado y a la vez derecho que se le confiere para que guarde secreto «de todos los hechos o noticias [que conozca] por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional»⁸⁰. Todo ello sobre la base de la confianza que fundamenta la relación Abogado-cliente, exigiendo de este una «conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente»⁸¹. Correlativamente, el régimen sancionador vigente tipifica como infracción muy grave⁸² tanto la publicidad de servicios profesionales revelando directa o indirectamente hechos, datos o situaciones amparados por el secreto profesional; cuanto el reiterado y deliberado incumplimiento de las normas deontológicas en el ejercicio de la Abogacía.

Ni uno ni otro texto contemplan más excepciones al secreto profesional que el requerimiento en virtud de norma legal para la práctica de un registro en el despacho profesional, exigiendo entonces la personación del Decano del Colegio de que se trate «velando por la salvaguarda del secreto profesional»⁸³, toda vez que ambos articulados insisten en que los Abogados «deberán guardar secreto [...], no pudiendo ser obligados a declarar». Y equiparar el registro en el despacho profesional a la comunicación sistemática y colaboración activa con el SEPBLAC pecaría de ser una interpretación radicalmente extensiva. Téngase en cuenta además que el nuevo Estatuto General de la Abogacía, aprobado por el Pleno del Consejo General y pendiente de homologación, refuerza la transparencia en la relación Abogado-cliente, regulando pormenorizadamente el secreto profesional, al tiempo que enumera las infracciones de manera más completa, considerando ya expresamente la «vulneración del deber de secreto profesional cuando la concreta infracción no esté tipificada de forma específica» como infracción muy grave⁸⁴.

De la normativa deontológica se deduce, pues, que la política de prevención del blanqueo no exceptúa el alcance del secreto profesional en la esfera del asesoramiento jurídico, toda vez que el propio artículo 22 de la LPBC manda a los Abogados

80. Artículos 32.1 del EGA y 5.1 del Código Deontológico de la Abogacía Española.

81. Artículo 4.1 del Código Deontológico de la Abogacía Española.

82. Letras b) y k) del artículo 84 del EGA.

83. Artículo 32.2 del EGA.

84. Letra f) del artículo 123 del nuevo Estatuto General de la Abogacía, pendiente de aprobación y promulgación mediante el pertinente Real Decreto.

guardar «el deber de secreto profesional de conformidad con la legislación vigente». Por tanto, únicamente quedaría exenta de sanción la revelación de las informaciones obtenidas por razón del asesoramiento de gestión, en tanto ese concreto ámbito no quedaría cubierto por el secreto profesional en los términos expuestos; en caso contrario, la revelación del secreto profesional podría suponer la suspensión del ejercicio de la Abogacía por plazo superior a tres meses sin exceder de dos años, conforme al artículo 87 del EGA.

2. La sanción administrativa

Si desde la óptica deontológica se protege el secreto profesional sin contemplar la prevención del blanqueo de capitales como excepción, la normativa anti blanqueo parece rebajar el alcance de aquel en provecho de su objetivo. Como se ha expuesto, atendido el tenor literal del artículo 2 de la LPBC, el Abogado queda sujeto a la normativa de prevención por razón de su participación en la administración, gestión y concepción de transacciones financieras o inmobiliarias, actuando en nombre y por cuenta del cliente o asistiéndole en las mismas, y también por razón de la participación en el asesoramiento de sus clientes. El Abogado ha de cumplir los distintos deberes que comprende la diligencia debida, y también las obligaciones de comunicación y colaboración con el SEPBLAC, y todo ello sin revelar al cliente ni a terceros tales extremos, toda vez que en caso contrario incurriría en alguna o algunas de las infracciones graves o muy graves de las tipificadas en la LPBC.

En efecto, el incumplimiento de las obligaciones de comunicación y colaboración, así como la transgresión de la prohibición de revelación, o la obstrucción a la labor inspectora, serán consideradas infracciones muy graves⁸⁵. Al tiempo, el incumplimiento de todas o alguna de las obligaciones procedimentales que configuran las medidas de diligencia será considerado infracción grave o leve⁸⁶ atendida la concurrencia o no de indicios o certeza de blanqueo de capitales. Idéntico rigor se aprecia en las sanciones pecuniarias, cuyo importe oscila entre sesenta mil euros como máximo para las infracciones leves, y un millón quinientos mil euros, el 5 % del patrimonio neto del sujeto obligado, o el duplo del importe de la operación en las infracciones muy graves, junto con la posibilidad de imponer sanciones de amonestación pública o privada, separación del cargo o suspensión temporal.

Así las cosas, la revelación de informaciones obtenidas por razón del asesoramiento jurídico, aun fundada en el cumplimiento de la normativa de prevención del blanqueo, podría suponer para el Abogado la suspensión del ejercicio de su profesión por plazo de hasta dos años en aplicación de la normativa estatutaria; toda vez que, a *contrario sensu*, el Abogado que en pro del secreto profesional incumpliese estas obligaciones se enfrentaría a las sanciones económicas y disciplinarias a las que se ha hecho referencia. Aunque el artículo 23 de la LPBC pretenda corregir estos efectos exonerando de responsabilidad la comunicación de información que quebrante «las restricciones sobre divulgación de información impuestas [...] por cualquier disposición legal [o] reglamentaria», y el secreto profesional lo es, el propio

85. Letras a) – d) del artículo 51 de la LPBC.

86. Apartados primero y segundo del artículo 52 de la LPBC, y artículo 53 del mismo Texto legal.

artículo 22 de la LPBC manda guardar el deber de secreto profesional, por mor de su consideración en el plano constitucional como instrumento que garantiza los derechos de defensa y a la intimidad consagrados como fundamentales en los artículos 18 y 24 de la Constitución Española. No se entiende, pues, el mandato simultáneo de guardar y quebrantar el secreto profesional, atañendo al tiempo sanciones por ambas conductas.

Las consecuencias de la colisión entre el secreto profesional y las obligaciones de información trascienden del ámbito teórico. Ello hace necesario virtualizar en toda su extensión el artículo 22 de la LPBC, dirigiendo su contenido al asesoramiento jurídico, aquel protegido y vinculado por el secreto profesional. Así, las obligaciones a las que sujeta el artículo 2 del mismo Texto legal al referirse a la «participación en el asesoramiento» han de quedar vacías de contenido, pues de otro modo se estaría exigiendo al Abogado cumplir la norma y, al tiempo, infringirla. En este sentido, las infracciones muy graves y sus correlativas sanciones únicamente podrían entenderse respecto de la reducida esfera del asesoramiento de gestión.

3. Protección penal del secreto profesional

El secreto profesional también encuentra protección en el Código penal de 1995, si bien no de manera individualizada, sino en sede de los delitos contra la intimidad por aplicación del artículo 199⁸⁷. Así, parece que el valor protegido es la intimidad, pero la revelación de los datos obtenidos por el Abogado no tiene por qué suponer necesariamente un atentado contra su intimidad⁸⁸. Lo que en realidad se trata de proteger en el ámbito penal, conclusión fruto de la interpretación sistemática, es la confianza sobre la que se apoya la obligación legal del secreto profesional, por mor de la especial naturaleza de la relación Abogado-cliente. Por tanto, es un contrasentido que la Administración pretenda que quien viene obligado por el secreto lo vulnere, y en este sentido se ha manifestado la Jurisprudencia constitucional⁸⁹.

4. El delito de blanqueo de capitales. Imprudencia grave

Siguiendo en este punto a Muñoz Conde, el amplísimo tipo del delito de blanqueo de capitales comprende tres apartados. El número primero tipifica «la realización de actos de adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de los bienes [para] ocultar o encubrir su origen ilícito», o para ayudar a la persona

87. «El delito de revelación de secretos tipificado en el artículo 199.2.º del vigente Código Penal [...] se trata de un delito especial propio, con el elemento especial de autoría derivado de la exigencia de que el autor sea profesional [...]. La acción consiste en divulgar secretos de otra persona con incumplimiento de su obligación de sigilo [...], tal obligación viene impuesta por el ordenamiento» (STS de 18 de febrero de 2002, fundamento jurídico segundo).

88. CORTÉS BECHIARELLI, EMILIO (2003), op. cit., p. 162.

89. «Es evidente que si el secreto es obligado e incluso su violación es castigada penalmente [...], la Inspección Fiscal no puede pretender que se viole [...]. La cuestión podría suscitarse si la Inspección al pedir los antecedentes y datos de determinadas operaciones, penetrase en el ámbito de las relaciones profesionales entre el cliente, y en este caso, el Abogado» (STC 110/1984, de 26 de noviembre, fundamento jurídico décimo).

que haya participado en la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos. Pues bien, este primer apartado del artículo 301 del Código penal tipifica una conducta dolosa, que puede confundirse en el mismo sujeto activo del delito subyacente.

El número segundo tipifica distintas acciones tendentes a introducir en el tráfico legal los beneficios procedentes de delitos, y conforme al apartado tercero del mismo precepto, también cabe la comisión por imprudencia grave de este supuesto, a diferencia de lo que ocurre con las conductas del apartado primero⁹⁰. A los efectos de determinar quién puede ser sujeto activo de la comisión por imprudencia grave, la doctrina⁹¹ propone que deba limitarse a aquellas personas obligadas en virtud de la LPBC.

Conviene precisar, en cuanto a la comisión por imprudencia, que el tipo de injusto requiere, en abstracto, la lesión del deber de cuidado. En este sentido, la vertiente objetiva de este deber vendría delimitado por la propia normativa de prevención, de cuyo articulado se desprende la intención de establecer ope legis la diligencia debida; pero también en la imprudencia concurre un elemento subjetivo, conducible al conocimiento, previsibilidad y experiencia del sujeto, y qué duda cabe de que los sujetos obligados por la normativa de prevención poseen conocimientos y experiencia suficiente para entender y actuar conforme a la diligencia exigida. Cuando la conducta concreta –en este caso, el incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida– ha quedado por debajo de lo exigido por el cuidado objetivo –en este caso, el tenor de la normativa de prevención en materia de identificación, especial examen, y conservación– puede concluirse que la conducta será típica.

La imprudencia no puede, por tanto, identificarse con la intencionalidad, sino con aquella actitud activa o pasiva que violente el estándar de diligencia considerado. Es por ello razonable entender que el delito de blanqueo de capitales por imprudencia grave solo cabe respecto del incumplimiento negligente de las medidas de diligencia debida, pero no respecto del incumplimiento de las obligaciones de información, comunicación y colaboración, en las que por mediar requerimiento previo de la Autoridad, el incumplimiento requeriría una intencionalidad alejada de la imprudencia.

Todo lo anterior nos obligaría a distinguir, en consonancia con el principio de ultima ratio que inspira el Derecho penal, entre la imprudencia grave y la imprudencia leve, o mejor, menos grave, que sería la sancionada en la esfera administrativa por aplicación de los artículos 57 y 58 de la LPBC. Como conclusión, podemos entender que el régimen sancionador contenido en la LPBC resultaría de aplicación únicamente cuando el Abogado incumpla mediando negligencia menos grave las obligaciones procedimentales a las que viene sujetas en el ámbito del asesoramiento de gestión, puesto que una conducta de mayor gravedad o la participación activa en el delito mismo servirían ya de engranaje para poner en marcha la maquinaria penal del Estado.

90. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, (2010), op. cit., pp. 555-557.

91. En este sentido, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, (2010), en op. cit., p. 557; y DEL CARPIO DELGADO, JUANA, El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal. (Valencia: Tirant lo Blanch, 1997), p. 337.

VIII. ANÁLISIS DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN: EN BUSCA DEL CONSENSO

La política administrativa de prevención del blanqueo de capitales es necesaria. Ello porque a la vista de las estadísticas más recientes puede discutirse el declive de las teorías de la prevención general que atribuyen al Derecho penal la finalidad de intimidar a la generalidad de los ciudadanos. De otra parte, no son pocas las evidencias del alcance pluriofensivo del blanqueo. Desde la perspectiva cualitativa, no dejan de sucederse las publicaciones en los medios de información relativas a nuevos casos de blanqueo de capitales que salpican a personas de todo ámbito. Y desde la óptica cuantitativa, solo en el ámbito interno las investigaciones por blanqueo iniciadas en 2012 fueron 436, afectando a 6.194 personas, dictándose hasta 45 sentencias de condena por blanqueo de capitales, frente a las 20 de 2011 y las 31 de 2010⁹². Además, se estima que habrían estado disponibles para el blanqueo hasta 12.800 millones de euros ese mismo año⁹³.

En este sentido, el objetivo de la política de prevención es bueno, y las críticas habrían de dirigirse hacia su regulación. La Tercera Directiva, como su antecesora, diseñó una nueva manera de entender el secreto profesional, al admitir sobre la base de la ponderación de bienes jurídicos, que se trata de un instituto configurado por distintas parcelas según qué valores proteja. Así, dentro del secreto profesional se distingue una vertiente absoluta y otra relativa. Pero, además, a diferencia de la Directiva 91/308, la Tercera Directiva admitió en su Considerando 20.º la interpretación extensiva del derecho de defensa, por lo que la vertiente absoluta no solo alcanza a la representación legal en el seno del proceso, sino también al asesoramiento jurídico preventivo. Todo lo anterior es positivo, aunque no se le ha dotado en el ámbito comunitario de la eficacia jurídica que merece hasta la entrada en vigor de la Cuarta Directiva.

Por su relevancia práctica, el contenido del Considerando 20.º de la Tercera Directiva, que ya aparecía en el Considerando 17.º de su antecesora, debería haberse incluido expresamente entre su articulado. Máxime teniendo en cuenta el alcance de la Directiva comunitaria como norma de mínimos delimitadora de un objetivo hacia el que los Estados miembros deben orientar su política legislativa. En este sentido, la falta de un criterio uniforme ha derivado en una transposición heterogénea, tanto en el plano comunitario cuanto en el interno. No obstante lo anterior, el legislador comunitario parece haber dado respuesta a este problema mediante la Cuarta Directiva.

En efecto, el Considerando 9.º del novísimo texto comunitario insiste como ya hicieron sus antecesores, en que los profesionales del Derecho merecen un tratamiento específico en atención al secreto profesional. Así, se reafirma en la necesidad de que los Abogados queden sujetos a la normativa de prevención cuando participen

92. ROSADO DOMÍNGUEZ, FERNANDO. SEPBLAC, Tesoro y Justicia publican estadísticas del blanqueo 2010-2012 para la visita de evaluación del GAFI, en ControlCapital.net, 2013. Disponible en: <http://www.controlcapital.net/noticia/2623>, recuperado el día 4 de mayo de 2015.

93. ABEL SOUTO, MIGUEL. Jurisprudencia penal reciente sobre el blanqueo de dinero, volumen del fenómeno y evolución del delito en España, en IV Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, 2013. Disponible en: <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2013/07/IV-Congreso-resumen-Abel.pdf>, recuperado el día 4 de mayo de 2015.

en «operaciones financieras o empresariales, incluido el asesoramiento fiscal, en las que existe mayor riesgo de que los servicios de dichos profesionales [...] se empleen indebidamente a fin de blanquear». Y al tiempo, recuerda que deben preverse exenciones de la obligación de comunicación en lo que respecta a la «información obtenida antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente». Por ende, la Cuarta Directiva insiste en la vinculación del asesoramiento jurídico al secreto profesional. Y, como se ha visto en el cuerpo de este estudio, el texto comunitario da un paso más incluyendo entre su articulado (apartado segundo del artículo 34) la exención de los «profesionales independientes del Derecho» respecto de aquellas informaciones recibidas de sus clientes durante la determinación de la posición jurídica de su cliente o en el ejercicio de sus funciones de defensa.

Podemos entender que la normativa española se adelantó al Derecho comunitario cuando el legislador introdujo entre el articulado de la LPBC el supuesto de no sujeción contemplado en el artículo 22, intentando dar respuesta al Considerando 20.º de la Directiva que transpone y que, sin embargo, de poco ha servido. Ello porque genera una contradicción interna cuando por virtud del artículo 2 del mismo texto legal se establece la sujeción general del Abogado a la normativa de prevención, toda vez que dicha sujeción viene blindada por el propio artículo 22 que cierra con la muletilla «sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley». Por tanto, es tarea del legislador español pulir sus esfuerzos valiéndose de la nueva normativa comunitaria, que progresivamente perfecciona la política de prevención, y afinar en la normativa de transposición el sistema de exención, así como la delimitación del asesoramiento al ámbito fiscal o de gestión.

Los profesionales de la Abogacía sí deben estar sujetos a la normativa de prevención. En primer lugar, porque terceras personas pueden intentar prevalerse de sus conocimientos técnicos y de los principios que inspiran su profesión –secreto profesional, confianza e independencia– para lograr el fin ilícito del blanqueo de capitales. En segundo lugar, porque el Abogado, además del ejercicio de las funciones que le son propias, en las que actúa con independencia y ajustando a la legalidad vigente los objetivos de su cliente, puede también actuar como «agente de negocios» siguiendo las instrucciones de aquel, en cuyo caso su interés particular no puede prevalecer sobre los valores superiores jurídicos protegidos por el Ordenamiento Jurídico, máxime cuando tal interés resulte *contra legem*.

Así las cosas, consolidado en el plano normativo el distingo entre asesoramiento jurídico y de gestión, aceptada la interpretación extensiva del derecho de defensa, y considerando positivas tanto la política de prevención cuanto la inclusión del Abogado entre sus sujetos obligados, es momento de dotar de eficacia jurídica en este ámbito a la naturaleza divisible del secreto profesional, planteada por la doctrina ya en los años cuarenta y consolidada por la jurisprudencia.

El secreto profesional no es absoluto en toda su extensión, ni puede entenderse únicamente como derecho del Abogado; en efecto, es un instituto divisible, tanto en abstracto como en concreto. De una parte, no existe derecho ilimitado, y en este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional cuando recuerda que: «Todo derecho tiene sus límites que en relación a los derechos fundamentales establece la Constitución por sí misma [extremo que] ha de justificarse por la necesidad de

proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos» (por todas, SSTC 110/1984, de 26 de noviembre; 11/1981, de 8 de abril; y 2/1982, de 29 de enero). De otra parte, el secreto del Abogado se configura como derecho y como deber (por todos, artículos 542 de la LOPJ; 32, 42 y 46 del EGA; y 5 del Código Deontológico de la Abogacía), por lo que no puede entenderse como un instrumento a su servicio que ampare su actuación, sobre todo cuando es incorrecta.

En el ámbito interno, la normativa obvia estas consideraciones y rebaja a mínimos el contenido del secreto, en tanto parece inspirada en un «principio de desconfianza». Si bien por vía reglamentaria se ha desarrollado el criterio del riesgo, este no es suficiente para fundamentar la rebaja del secreto profesional cuando deba ser absoluto. El riesgo es elemento necesario pero insuficiente para delimitar cuándo deba ceder el secreto ante la política de prevención, y ello aceptando como punto de partida que el secreto pueda o deba ceder cuando el bien jurídico protegido por la normativa de prevención sea superior que el protegido por el secreto mismo. Con esa premisa, el riesgo sería criterio necesario pues serviría para poner de relieve indicios de encontramos ante una situación en la que el valor jurídico protegido por la política de prevención bien merezca el sacrificio del secreto profesional. Pero sería insuficiente si no pueden ponderarse los bienes jurídicos en el caso concreto sobre la base de la certeza. En este sentido, el mero indicio no debiera justificar el sacrificio del secreto profesional ni tan siquiera respecto de las tareas propias del asesoramiento de gestión, pues es la confianza principio rector de la Abogacía.

La normativa que regule la política de prevención debe respetar el secreto profesional, modulando su contenido, pero no restringiéndolo o vaciándolo, pues estaría afectando a una institución reconocida constitucionalmente. Además, esa normativa debería dispensar expresamente al Abogado de las obligaciones de información y colaboración cuando desempeñe labores de asesoramiento jurídico. No resulta cabal que la legislación sujete a las mismas obligaciones a operadores tan dispares como los Abogados, los casinos de juego, o las personas que comercien con joyas, piedras o metales preciosos.

En suma, la normativa de prevención de blanqueo de capitales debería tomar en consideración los extremos expuestos, distinguiendo cuándo actúa el Abogado como asesor jurídico, cuándo como asesor financiero, y cuándo podría incurrir en el tipo penal. Cuando el Abogado desempeñe las labores propias del asesoramiento jurídico, el secreto profesional debe mantenerse intacto. Cuando actúe como asesor financiero siguiendo las instrucciones de su cliente, solo las medidas de diligencia debida habrían de sujetarle, desapareciendo toda obligación de comunicar la información por iniciativa propia y de colaborar activamente con el SEPBLAC, sujetándose el requerimiento que la Autoridad pueda dirigir al Abogado a los mismos límites y principios que tanto la normativa como la Jurisprudencia han dictaminado respecto del ámbito tributario. Y cuando el Abogado participe activamente en el blanqueo de capitales o asesore a sabiendas del propósito, la normativa de prevención debe ceder a favor del Derecho penal, en vez de establecer una sujeción general para todos los casos, que pone en entredicho la independencia del Abogado y mina un principio, el de secreto profesional, que debe permanecer incólume como garantía de la Administración de Justicia.

230/AJV, 11 (2017)

IX. CONCLUSIONES

En definitiva, invito a la reflexión sobre las siguientes conclusiones:

Primera. El alcance pluriofensivo del blanqueo de capitales, de un lado, y el principio ultima ratio del Derecho penal, de otro, justifican la necesidad de una política administrativa de prevención del blanqueo. Asimismo, los conocimientos técnicos y los principios que tradicionalmente han inspirado el ejercicio profesional de la Abogacía implican el riesgo concreto de que terceras personas intenten prevalerse de los Abogados con el propósito de blanquear capitales. Ello justifica su inclusión entre los sujetos obligados.

Segunda. El secreto profesional no admite una definición uniforme ni tampoco un criterio único de ponderación. No es un instituto absoluto, sino que en función del bien jurídico protegido en cada caso adopta un cariz relativo o total. En concreto, cuando el secreto profesional protege un bien jurídico privado, reviste un carácter relativo y debe ceder ante valores superiores de orden público. Pero cuando protege un bien jurídico superior, como sea el derecho de defensa, no puede ni debe ceder ante ninguna política administrativa de prevención, ni criminal de represión.

Tercera. Las distintas actuaciones encomendadas al Abogado pueden agruparse, según su contenido, en el asesoramiento de gestión o en el asesoramiento jurídico. Este distinguo alcanza trascendencia cuando se pone en relación con el instituto del secreto, de modo que este es relativo cuando aquel sea de gestión, y es absoluto cuando el asesoramiento sea jurídico. Este asesoramiento comprende tanto la asistencia letrada en el seno del proceso cuanto la determinación de la posición jurídica del cliente, esto es, el asesoramiento preventivo.

Cuarta. La normativa comunitaria ha evolucionado hasta consolidar la interpretación extensiva del derecho de defensa, así como la divisibilidad del secreto y la necesidad de preservarlo cuando deba ser absoluto. La entrada en vigor de la Cuarta Directiva ha supuesto la cristalización de la eficacia jurídica de estas consideraciones, a diferencia de lo que ocurrió con su antecesora. Como resultado, y sobre la base de que aquella es una norma de mínimos, la normativa interna de transposición ha configurado la sujeción de los Abogados en términos amplísimos que ahora deben ser corregidos atendiendo la obligación de transponer la nueva Directiva.

Así las cosas, la normativa interna sujeta a los Abogados, cuando intervengan en asesoramiento de gestión y también cuando sea jurídico, al establecimiento de unas medidas de control interno, al cumplimiento de unas medidas de diligencia y a pasar por las obligaciones de información y colaboración. Estas medidas, que en todo caso constituyen deberes positivos de colaboración con la Administración, se imponen incluso con carácter previo al establecimiento de la relación de negocios, también mientras persista esta relación, y una vez ejecutada la operación o finalizada la relación de negocios.

Quinta. La normativa vigente trata de compatibilizar las medidas de prevención y el deber de guardar secreto profesional. Para ello se vale del «riesgo» como criterio modulador, desarrollado por vía reglamentaria como nexo suficiente para justificar el

sacrificio del secreto profesional. También se vale de los supuestos de no sujeción y de exoneración de la responsabilidad, en un intento por dotar de eficacia jurídica al Considerando 20.º de la Tercera Directiva. Sin embargo, secreto y prevención colisionan desde el instante en que la norma impone una sujeción general y olvida los distinguos que sí reconoce formalmente.