

LA CUARTA DIRECTIVA, LA COMUNICACIÓN A LA UNIDAD FINANCIERA Y EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO

NIELSON SANCHEZ STEWART

Abogado

Doctor en Derecho

Consejero del Consejo General de la Abogacía Española

abogados@sanchez-stewart.com

I LA NORMATIVA VIGENTE EN ESPAÑA

Dispone la ley española que, cuando, tras el examen especial al que debe someterse cualquier operación inusual, los sujetos obligados que detecten indicios o tengan certeza de que la operación está relacionada con el blanqueo de capitales deben proceder a comunicarla, por iniciativa propia, sin requerimiento de nadie, a la unidad financiera, el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias conocido por sus siglas SEPBLAC. La comunicación debe efectuarse incluso cuando no se haya consumado la operación, cuando meramente se ha intentado.

El artículo 18 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo establece que

“En particular, se comunicarán al Servicio Ejecutivo de la Comisión las operaciones que, en relación con las actividades señaladas en el artículo 1, muestren una falta de correspondencia ostensible con la naturaleza, volumen de actividad o antecedentes operativos de los clientes, siempre que en el examen especial previsto en el artículo precedente no se aprecie justificación económica, profesional o de negocio para la realización de las operaciones.”

Las comunicaciones al Servicio Ejecutivo de la Comisión deben efectuarse “sin dilación” conteniendo la relación e identificación de las personas que participan en la operación y en qué calidad lo hacen, su actividad conocida y la correspondencia –o falta de ella- entre la actividad y la operación. Deben incluirse también otros datos, la relación de operaciones vinculadas y otros detalles y, especialmente, las gestiones realizadas por el sujeto obligado comunicante para investigar la operación comunicada.¹ Por último, se expondrán las circunstancias de las que se infieran los indicios o certeza de relación con el blanqueo de capitales o la falta de coincidencia entre la operación y de los demás antecedentes y cualquier otro dato relevante.

Así, pues, la comunicación que debe efectuarse contendrá la siguiente información:

- a) Relación e identificación de las personas físicas o jurídicas que participan en la operación y en qué calidad lo hacen (compradores, vendedores, socios).

¹ Obligación que estaba contenida en el artículo 7.4 letra d) del Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales aprobado por Real Decreto 925/1995, de 9 de junio.

- b) Actividad conocida de quienes participan y correspondencia entre su actividad y la operación.
- c) Relación y fechas de las operaciones que puedan estar vinculadas, naturaleza, moneda, cuantía, lugar de ejecución.
- d) Instrumentos de pago o cobro utilizados.
- e) Relación de las gestiones realizadas por el comunicante para investigar la operación de que se trata.
- f) Explicación de las circunstancias de las que se infiera la certeza o indicio de blanqueo de capitales o que pongan de manifiesto la falta de justificación económica, profesional o de negocio para la realización de la operación.

El artículo 26.3 del Reglamento dispone, complementando lo previsto en la Ley que señala que se incluirán cualesquiera otros datos relevantes para la prevención del blanqueo de capitales que se determinen reglamentariamente:

“En virtud de lo dispuesto en el artículo 18.2 f) de la Ley 10/2010, de 28 de abril, en las comunicaciones por indicio se incluirá información sobre la decisión adoptada o que previsiblemente se adoptará por el sujeto obligado respecto a la continuación o interrupción de la relación de negocios con el cliente o clientes que participen en la operación, así como la justificación de esta decisión. En caso de que la no interrupción de la relación de negocios venga determinada por la necesidad de no interferir en una entrega vigilada de las previstas en el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se hará constar este hecho de forma expresa.”²”

² Cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 263 bis

1. El Juez de Instrucción competente y el Ministerio Fiscal, así como los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial, y sus mandos superiores podrán autorizar la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas. Esta medida deberá acordarse por resolución fundada, en la que se determine explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de la sustancia de que se trate. Para adoptar estas medidas se tendrá en cuenta su necesidad a los fines de investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia. El Juez que dicte la resolución dará traslado de copia de la misma al Juzgado Decano de su jurisdicción, el cual tendrá custodiado un registro de dichas resoluciones.

También podrá ser autorizada la circulación o entrega vigilada de los equipos, materiales y sustancias a los que se refiere el artículo 371 del Código Penal, de los bienes y ganancias a que se hace referencia en el artículo 301 de dicho Código en todos los supuestos previstos en el mismo, así como de los bienes, materiales, objetos y especies animales y vegetales a los que se refieren los artículos 332, 334, 386, 566, 568 y 569, también del Código Penal.

2. Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior, las sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los artículos 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su

El Servicio Ejecutivo de la Comisión puede devolver la comunicación al sujeto obligado para que profundice en el examen de la operación. Al efectuar la devolución deberá expresar sus motivos y lo que debe ser objeto de examen, si éste se estima insuficiente, a los efectos que se profundice y complemente según la indicación del Servicio.

En la medida de lo posible debe cumplirse con todos estos requisitos en el caso de operaciones meramente intentadas que deben comunicarse también al Servicio Ejecutivo indicando que no se han realizado.

El Servicio Ejecutivo ha aprobado un formulario denominado “F 19-1” “Comunicación de operativa sospechosa por indicio” que puede descargarse de la página web www.sepblac.es

La falta de comunicación es constitutiva de infracción muy grave de la letra a) del número 1 del artículo 51 de la ley.

Las infracciones muy graves traen aparejada la sanción prevista en el artículo 56 de la ley, amonestación pública, multa cuyo importe mínimo será de 150.000 euros y cuyo importe máximo podrá ascender hasta la mayor de las siguientes cifras: el 5 por ciento del patrimonio neto del sujeto obligado, el duplo del contenido económico de la operación, o 1.500.000 euros.

La sanción se impone al sujeto obligado pero además los responsables de la infracción, si desempeñan cargos de administración o dirección, multas por importe de entre 60.000 y 600.000 euros y separación del cargo, con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección por un plazo máximo de diez años.

Si la operación no se ha consumado y es un mera tentativa, deberá registrarse la operación como no ejecutada con obligación de efectuar la comunicación al Servicio Ejecutivo acompañando la información que se haya podido obtener.

vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines.

3. El recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso y, en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los tratados internacionales.

Los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial centrales o de ámbito provincial o sus mandos superiores darán cuenta inmediata al Ministerio Fiscal sobre las autorizaciones que hubiesen otorgado de conformidad con el apartado 1 de este artículo y, si existiese procedimiento judicial abierto, al Juez de Instrucción competente.

4. La interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiese en su interior se llevarán a cabo respetando en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico, con excepción de lo previsto en el artículo 584 de la presente Ley.”

La naturaleza jurídica de la comunicación y su asimilación a la denuncia³ ha sido controvertida.⁴ En todo caso, se exige de responsabilidad al que comunica de buena fe, disponiéndose –artículo 23- que no constituirá

“... violación de las restricciones sobre divulgación de información impuestas por vía contractual o por cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa”.

Obviamente, esta exención de responsabilidad no exonera del deber de guardar el secreto profesional que viene impuesto en ley orgánica y cuya vulneración puede constituir un delito penal según dispone el artículo 199 del Código Penal.⁵

Según los datos que publica el Servicio Ejecutivo, las comunicaciones que se han efectuado por lo sujetos obligados no financieros durante los años 2009 a 2013⁶ son las siguientes:

Sujeto obligado	2009	2010	2011	2012	2013
Notarios	194	247	182	182	297
Registradores de la propiedad, mercantiles y bienes muebles	-	98	200	129	160
Abogados	32	39	31	25	19
Audidores, contables y asesores fiscales	5	6	5	8	18

Estos resultados, en cuanto a la escasez de comunicaciones por parte de quienes ejercen la Abogacía, son criticados con cierta vehemencia por la unidad financiera y esa crítica puede ser contestada por lo menos con dos argumentos importantes.

Por una parte, a diferencia de la intervención de Notarios y Registradores, la de los Abogados es totalmente voluntaria en las actividades que lo constituyen en sujeto obligado. Por ello no resulta frecuente ni lógico que quien pretenda blanquear dinero se dirija a un Abogado pudiendo –o necesitando- utilizar los servicios de otro profesional para conseguir su torticero propósito. La participación de un Abogado se justifica

³ Ya que el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que “El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal, o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare...”.

⁴ *L'avocat doit-il rester un défenseur ou devenir un auxiliaire de police, délateur de ses clients?* se pregunta la Abogacía francesa.

⁵ El artículo 37 de la cuarta directiva dispone:

La comunicación de buena fe de información a la UIF, por parte de una entidad obligada o de sus empleados o directivos, de conformidad con los artículos 33 y 34, no constituirá infracción de ninguna restricción de la divulgación de información impuesta por vía contractual o por disposición legal, reglamentaria o administrativa, y no implicará ningún tipo de responsabilidad para la entidad obligada, sus directivos o empleados, aun cuando no conociesen de forma precisa la actividad delictiva subyacente y con independencia de que la actividad ilegal llegara o no a concretarse realmente

⁶ Según las memorias del SEPBLAC . la última publicada es la correspondiente a 2013

solamente cuando se trata de operaciones de auténtica dificultad que exige el empleo de técnicas muy depuradas. No es el caso típico.⁷

Por otro lado, porque no se trata de un fenómeno aislado o propio de España. En el informe de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo General de la Abogacía Española de 11 de abril de 2012 sobre la aplicación de la Directiva 2005/60/CE, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo se dice

“3.2. Declaraciones de transacciones sospechosas: El estudio Deloitte (de 2010) considera que la proporción que representan las declaraciones de transacciones sospechosas realizadas por algunas profesiones no financieras (particularmente abogados) es baja en comparación con la de las declaraciones efectuadas por las entidades financieras. Dado que el bajo nivel de declaraciones que registran algunas jurisdicciones resulta preocupante, convendría, como ya se ha indicado en la sección 2.7, examinar las formas de elevar ese nivel.”

En ese estudio se contiene el número de comunicaciones efectuadas por Abogados en toda Europa donde se destaca que, con excepción del Reino Unido donde los Abogados desempeñan las funciones de los Notarios en el continente, los Abogados españoles estaban sobre la media europea habiéndose registrado en este país más comunicaciones que en Alemania o Francia, naciones que no pueden considerarse como sospechosas de fomentar prácticas delictivas.⁸

⁷ Durante 2013 el Consejo General de la Abogacía Española elaboró una encuesta que consistió en tomar contacto con 30 notarios en ejercicio en las localidades de Madrid, Alcalá de Henares, Barcelona, Valencia, Málaga, Marbella, Logroño, Baeza y Linares (Jaén) para que, con escrupuloso respeto a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, dieran a conocer el porcentaje aproximado de las intervenciones de Abogado en los documentos que se otorguen en su notaría de carácter mercantil, inmobiliario o hipotecario en cuyo asesoramiento el Abogado resultaría ser sujeto obligado.

Los resultados obtenidos han sido muy diversos variando en función del tipo de documento y, singularmente, de la localidad donde ejerce el Notario.

Las conclusiones obtenidas son las siguientes:

1.- En las grandes ciudades, la intervención de Abogado puede llegar hasta un 40% en las escrituras de compraventa, reduciéndose significativamente ese porcentaje, sin alcanzar al 10% en las escrituras de hipoteca, cancelación o novación.

En dichas capitales, la intervención de Abogado no llega al 15% cuando se trata de documentos de carácter mercantil, constitución de sociedades, modificación de estatutos, cambios de domicilio y otros similares. Cuando el cliente comparece asesorado lo hace de un Gestor Administrativo o Asesor Fiscal.

2.- En las localidades de provincia –excepción hecha de Marbella por la gran afluencia de extranjeros- la intervención de Abogado en la preparación o asesoramiento de documentos notariales es muy inferior, no alcanzando en ningún caso al 27% en escrituras de compraventa ni al 6% en documentos de carácter mercantil.

⁸ En efecto:

- En Alemania (2009), de un total de 9.046 comunicaciones, ninguna proviene de Abogados.
- En Austria (2008), de un total de 1.059 comunicaciones, 3 provienen de Abogados.
- En Bélgica (2009), de un total de 17.170 comunicaciones, 3 provienen de Abogados.

II – LAS NOVEDADES DE LA CUARTA DIRECTIVA EN MATERIA DE LA OBLIGACION DE COMUNICAR

El considerando 10 de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) no 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión dispone:

(10) Los servicios que sean directamente comparables deben ser objeto de idéntico trato si quienes los prestan son profesionales de los contemplados en la presente Directiva. Con el fin de garantizar el respeto de los derechos establecidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea («Carta»), por lo que respecta a los auditores, contables externos y asesores fiscales que en determinados Estados miembros pueden defender o representar a sus clientes en el contexto de una acción judicial o determinar la situación jurídica de sus clientes, la información que aquellos obtengan en el ejercicio de esas funciones no debe estar sujeta a la obligación de comunicación establecida en virtud de la presente Directiva.

Es una referencia evidente al impacto de la Sentencia del TEDH Michaud contra Francia de 6 de diciembre de 2012⁹

-
- En Bulgaria (2008), de un total de 591 comunicaciones, ninguna proviene de Abogados.
 - En Chequia (2007), de un total de 2.048 comunicaciones, 2 provienen de Abogados.
 - En Chipre (2009), de un total de 428 comunicaciones, 6 provienen de Abogados.
 - En Dinamarca (2009), de un total de 2.095 comunicaciones, 11 provienen de Abogados.
 - En Eslovaquia (2009), de un total de 2.686 comunicaciones, ninguna proviene de Abogados.
 - En Eslovenia (2009), de un total de 199 comunicaciones, 3 provienen de Abogados.
 - En Estonia (2009), de un total de 4.534 comunicaciones, 2 provienen de Abogados.
 - En Finlandia (2009), de un total de 27.781 comunicaciones, 8 provienen de Abogados.
 - En Francia (2009), de un total de 17.310 comunicaciones, 2 provienen de Abogados.
 - En Grecia (2009), de un total de 2.304 comunicaciones, ninguna proviene de Abogados.
 - En Holanda (2009), de un total de 163.933 comunicaciones, 22 provienen de Abogados.
 - En Hungría (2008), de un total de 9.680 comunicaciones, 3 provienen de Abogados.
 - En Irlanda (2009), de un total de 14.000 comunicaciones, 15 provienen de Abogados⁸.
 - En Italia (2009), de un total de 20.660 comunicaciones, 3 provienen de Abogados.
 - En Letonia (2008), de un total de 26.437 comunicaciones, 8 provienen de Abogados.
 - En Lituania (2009), de un total de 213 comunicaciones, ninguna proviene de Abogados.
 - En Luxemburgo (2009), de un total de 1.332 comunicaciones, 6 provienen de Abogados.
 - En Malta (2009), de un total de 63 comunicaciones, 3 provienen de Abogados.
 - En Polonia (2009), de un total de 1.362 comunicaciones, 3 provienen de Abogados.
 - En Portugal (2007), de un total de 724 comunicaciones, ninguna proviene de Abogados.
 - En el Reino Unido (2009), de un total de 228.131 comunicaciones, 4.761 provienen de Abogados (Solicitors que desempeñan funciones notariales).
 - En Rumanía (2008), de un total de 2.332 comunicaciones, 227 provienen de Abogados y de otras profesiones jurídicas incluyendo notarios.
 - En Suecia (2009), de un total de 9.137 comunicaciones, 3 provienen de Abogados.

⁹ El Tribunal sostiene que el artículo 8 del Convenio garantiza el derecho a la privacidad en general, en la correspondencia y en las comunicaciones y, en particular, las que se establecen entre letrado y cliente. Por ello, la transmisión directa del Letrado a la administración sería incompatible con dicha disposición. Los

En el considerando 37 se introduce una novedad en relación a la obligación de comunicar:

“Se debe poder exigir asimismo la comunicación de información a partir de ciertos umbrales”

Umbrales que no se han establecido en la legislación española.

También el considerando 46 tiende a resolver la antinomia que puede llegar a producirse con la legislación de protección de datos de carácter personal y la preventiva. Así:

“(46) Los derechos de acceso de los interesados son aplicables a los datos personales tratados a efectos de la presente Directiva. No obstante, el acceso de los interesados a cualquier información relacionada con una comunicación de transacción sospechosa podría poner en grave peligro la eficacia de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Por ello puede estar justificada la imposición de excepciones y restricciones a este derecho, de conformidad con las normas establecidas en el artículo 13 de la Directiva 95/46/CE y, cuando corresponda, con las establecidas en el artículo 20 del Reglamento (CE) no 45/2001. El interesado tiene derecho a pedir que una de las autoridades de control a que se refiere el artículo 28 de la Directiva 95/46/CE o, cuando corresponda, el supervisor europeo de protección de datos, verifique la licitud del tratamiento, y a interponer el recurso judicial a que se refiere el artículo 22 de dicha Directiva. La autoridad de control a que se refiere el artículo 28 de la

Abogados desempeñan un papel esencial en las sociedades democráticas, singularmente cuando ejercen el derecho de defensa. Sin embargo esta protección debe ser armonizada y coordinada con la lucha contra el blanqueo de capitales y, por eso, la confidencialidad tiene algunos límites que deben ser ponderados tomando en cuenta dos elementos:

a) Los Abogados están obligados a informar sólo cuando tomen parte o representen a sus clientes en transacciones financieras, societarias o inmobiliarias y no cuando estén ejerciendo la defensa del cliente. Tampoco, cuando la actividad que ejerce está inmersa en el curso de un procedimiento judicial.

El Tribunal reconoce que el asesoramiento, la consulta jurídica es la expresión francesa, está excluido de la obligación de comunicar. En Francia, la consulta se define –así lo ha hecho una resolución de 18 de junio de 2011 del *Conseil national des Barreaux*- como la prestación intelectual personalizada tendente, sobre la cuestión que se plantea, a suministrar una respuesta o un consejo sobre la aplicación de una norma jurídica con el objeto eventual de tomar una decisión. Esta definición ha sido citada expresamente por el TEDH.

b) Y porque la ley francesa prevé un importante filtro de protección de la confidencialidad y el secreto profesional: la comunicación indirecta a través del Presidente del Colegio de Abogados correspondiente al “*Conseil d’Etat*” y de la “*Cour de Cassation*” o al Decano de su Colegio territorial. Son estas autoridades colegiales las que transmiten la comunicación recibida al TRACFIN, una vez verificados los requisitos legales para ello.

Tal actuación del Decano o del Presidente es un “filtro protector” ya que no transmitirá al TRACFIN lo que considere que esté cubierto por el secreto profesional. Pero no sólo eso. Según el razonamiento del Tribunal, el Abogado que tiene dudas sobre si una determinada situación puede ser un indicio de blanqueo de capitales disfruta de la posibilidad de obtener la asistencia de un compañero enterado y experimentado. La utilización de la expresión “filtro” le lleva a esa conclusión, la facultad de realizar un control de oportunidad sobre la existencia de un indicio.

Por eso, la sentencia considera, en conclusión, que la obligación de los Letrados de informar, en estos términos, no representa una interferencia desproporcionada en las obligaciones profesionales de los Abogados y que no se ha producido violación del artículo 8 del CEDH por parte de Francia.

Directiva 95/46/CE puede actuar también de oficio. Sin perjuicio de las restricciones del derecho de acceso, la autoridad de control debe poder informar al interesado de que ha realizado todas las verificaciones necesarias y del resultado de las mismas en lo que respecta a la licitud del tratamiento en cuestión.”

Este principio se desarrolla en el artículo 41 párrafo 4 que dispone:

“En aplicación de la prohibición de comunicación de información que figura en el artículo 39, apartado 1, los Estados miembros adoptarán medidas legislativas que restrinjan, en su totalidad o parcialmente, el derecho de acceso del interesado a los datos personales que le conciernan en la medida en que dicha restricción parcial o total constituya una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática, respetando debidamente los intereses legítimos de la persona afectada, con miras a: a) posibilitar el correcto cumplimiento de las funciones de la entidad obligada o la autoridad nacional competente a efectos de la presente Directiva, o b) evitar la obstrucción de procedimientos de instrucción, análisis, investigaciones o procedimientos judiciales a efectos de la presente Directiva, y a garantizar que no se ponga en peligro la prevención, investigación y detección del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.”

Se prevé también en la directiva que debe darse cuenta a los sujetos obligados del destino y suerte de sus comunicaciones, con fines pedagógicos y que deben transmitirse a los países concernidos para una mejor utilización de la información recopilada.

El artículo 141 de la directiva, en su párrafo 4 reitera el contenido de las anteriores disposiciones de la Unión en los siguientes términos:

“Los Estados miembros eximirán¹⁰ de las obligaciones establecidas en el párrafo primero a los notarios, otros profesionales independientes del Derecho, los auditores, los contables externos y los asesores fiscales exclusivamente en la medida en que esas personas determinan la posición jurídica de su cliente o al ejercicio de sus funciones de defensa o representación de dicho cliente en un procedimiento judicial o en relación con dicho procedimiento, incluido el asesoramiento sobre la incoación de un procedimiento judicial o la forma de evitarlo”

¹⁰ Nótese que se utiliza la forma imperativa: eximirán. En la llamada tercera directiva, la redacción era menos contundente:

Los Estados miembros no estarán obligados a aplicar el párrafo anterior cuando los notarios, profesionales independientes del Derecho, auditores, contables externos y asesores fiscales estén determinando la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñando su misión de defender o representar a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación de un proceso o la forma de evitarlo.

Hay otras normas relativas a la obligación de comunicar cuya transcripción resultaría prolija y que no tienen una relación directa con el secreto profesional.

III - LA OBLIGACION DE COMUNICAR Y EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO

Podía sostenerse bajo la vigencia de la antigua ley 19/1993 que la norma contenida en la LOPJ hacía inaplicable las obligaciones de comunicar y de colaborar con la unidad financiera cuando el Abogado intervenía en el asesoramiento de operaciones mercantiles, hipotecarias o mercantiles.

La norma contenida en la ley orgánica era de la misma categoría que la contenida en la legislación ordinaria pero posterior en fecha –la modificación de la ley preventiva era de julio de 2003 y la del Poder Judicial, al menos en su nueva redacción, de diciembre de ese año¹¹. Además, el artículo 3.4 en su párrafo final de la primera recordaba que

“Los Abogados y procuradores guardarán el deber de guardar el secreto profesional de acuerdo con la legislación vigente”,

lo que significaba, a mi entender, que el artículo 542.3 de la LOPJ extendía plenamente sus efectos.

La aprobación de una nueva legislación que insiste en la sujeción de los Abogados cuando participan en el asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes, a pesar de la insistencia de la Abogacía en que se eliminase la referencia a esa función propia aunque no exclusiva de la Abogacía –el asesorar- y que no fue atendida por el legislador, ha cambiado las cosas.¹²

En primer lugar, la fecha de la nueva ley (Ley 10/2010, de 28 de abril) es claramente posterior a la disposición de la ley orgánica por lo que el criterio de la antigüedad que imponía el secreto desaparece.

Por otro lado, se ha agregado en la Ley 10/2010 –artículo 22 párrafo segundo- la expresión

“Sin perjuicio de lo establecido en la presente ley”

antes del mandato de guardar el secreto profesional

“de conformidad con la ley vigente”.

¹¹ La Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre (BOE de 26 de diciembre) modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 dándole una nueva numeración a la norma sobre el concepto de Abogado y la obligación de guardar el secreto, reproduciéndose el contenido del antiguo artículo 437 y siguientes en el nuevo artículo 542.

¹² El artículo 2 de la Directiva sujeta a “los notarios y otros 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 relativas” sin hacer mención alguna al asesoramiento. Ninguno de los demás países de la UE han utilizado en su trasposición expresiones equivalentes.

El “sin perjuicio”, una locución adverbial que significa dejando a salvo, esto es, incólume, deja pocas dudas sobre la rebaja a la obligación de guardar el secreto profesional.

Pero cabe preguntarse si debe entenderse derogado el artículo 542.3 de la LOPJ en todo lo relativo a la obligación de guardar el secreto profesional en lo que atañe al asesoramiento que presta la Abogacía a favor de sus clientes.

Desde luego que no pero sí es precisa una clarificación de lo que se debe entender por asesoramiento ya que en la defensa el Abogado no es considerado como sujeto obligado.

En primer lugar, debe recordarse que los Abogados son sujetos obligados a cooperar con la prevención del blanqueo sólo cuando realizan determinadas operaciones mercantiles, inmobiliarias o financieras y no siempre, por lo que el asesoramiento en todas las cuestiones que no tengan relación con esas materias queda, desde luego, a salvo.

En segundo lugar, porque la ley no constituye al Abogado en sujeto obligado cuando se limita a asesorar sino cuando participa en la operación, participación que puede revestir diversas modalidades, que, siguiendo la disposición en cuestión, pueden revestir las modalidades de concebir, realizar o asesorar, pero siempre participando, esto es, siendo parte.

Por eso, puede hablarse de un asesoramiento puro y un asesoramiento participativo o, siguiendo a ALIAGA MENDEZ¹³, de un asesoramiento anterior a la realización de la operación cuando el cliente “sabe lo que quiere hacer pero no tiene claro cómo debe hacerlo”¹⁴ y un asesoramiento posterior, cuando la operación ya está realizada.¹⁵

Está claro, a mi juicio, que este segundo asesoramiento, puro asesoramiento no sitúa al Abogado en la posición de sujeto obligado. Fundamentalmente, porque no participa – verbo que rige el sintagma- en una operación que ya está realizada.

En suma, el secreto subsiste pero no cubre -como nunca lo ha hecho por lo demás- los actos propios, los relativos a la propia actuación del Abogado, incorrecta, aunque ignore que lo esté haciendo, en este caso, cuando participa de forma activa en el blanqueo de capitales.

A pesar de que el secreto profesional tiene un anclaje constitucional que lo reconoce expresamente –artículo 24 CE párrafo final- es la ley por mandato constitucional la encargada de fijar sus límites y su mayor o menor extensión, aun cuando podría

¹³ ALIAGA MENDEZ, Juan Antonio, Normativa comentada de prevención del blanqueo de capitales, Editorial La Ley, Urduliz, Vizcaya, 2010, páginas 472 y siguientes.

¹⁴ *Vide* nota anterior, página 468.

¹⁵ No es inútil consultar el Acuerdo entre el Reino de España y el Principado de Andorra para el intercambio de información en materia fiscal, hecho en Madrid el 14 de enero de 2010 cuyo artículo 7.3 dispone “Posibilidad de denegar una solicitud. 3. Las disposiciones del presente Acuerdo no impondrán a una Parte contratante la obligación de obtener o proporcionar información que pudiera revelar comunicaciones confidenciales entre un cliente y un abogado u otro representante legal reconocido, cuando dichas comunicaciones: a) se produzcan con el fin de recabar o prestar asesoramiento jurídico, o b) se produzcan a efectos de su utilización en un procedimiento jurídico en curso o previsto.

sostenerse la exigencia de una ley orgánica para regularlo. Pero hay que reconocer que, mientras en la vertiente de la defensa, el secreto es esencial, ya que sin respetarlo no hay defensa posible¹⁶, en las demás vertientes de la actividad profesional, el secreto es dispensable y la ley puede limitarlo.

Es verdad que, a pesar de las molestias y la carga de trabajo que puede significar, la inclusión de la Abogacía en el elenco de sujetos obligados es de celebrar. De otra forma, habría sido utilizada con fines espurios.

Pero, dicho esto, no puedo dejar de manifestar que algunas de las obligaciones que se le imponen casan mal con los principios que inspiran la profesión desde sus remotos orígenes. La confianza con el cliente, la confidencialidad de los hechos o noticias que se revelan al Abogado son de difícil conjugación con los deberes de comunicación y de colaboración con la unidad financiera y con la prohibición del llamado *tipping off*.¹⁷

La confianza con el cliente, un pilar básico en la relación que debe mantener el Abogado -que está consagrada expresamente en el Código Deontológico vigente aprobado por el Consejo General de la Abogacía Española en su artículo 13.1¹⁸- queda indudablemente afectada. Al exigírsele una identificación formal antes de siquiera establecerse la relación profesional, al inquirirse si es él el auténtico cliente o hay un tercero emboscado que maneja los hilos, al tener que efectuar averiguaciones y comprobaciones sin, por supuesto, notificárselo, el cliente dudará si ha entrado a un despacho profesional o a una oficina gubernamental. Y esta actitud suspicaz que se impone al profesional debe mantenerse durante todo el tiempo que perdure la relación con el cliente. La recíproca confianza pasa a ser una entelequia. Mientras el Abogado no puede realizar su misión sin contar con la que en él debe depositar el cliente, la ley le obliga a desconfiar, por principio, de su cliente.

La falta de confianza que siente el cliente le puede inducir a no dar una información completa a su Abogado, información que le es necesaria para ejercer con propiedad sus funciones y dar un asesoramiento cabal a su cliente.

La confidencialidad de los hechos o noticias que conoce el Abogado de su cliente, "... por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional" (artículo 542.3 LOPJ), es una disposición que puede malinterpretarse al entenderse que cualquier actividad desarrollada por el Abogado queda amparada por el secreto profesional. Tal interpretación es, a mi juicio, errónea. La propia LOPJ se encarga de indicar en el apartado primero de la misma disposición cuáles son las "modalidades de su actuación profesional": la defensa y el asesoramiento jurídico. Pretender llevar los límites del secreto más allá significaría conceptuarlo como un privilegio establecido a favor de los Abogados que cubrirían con un manto impenetrable toda su actuación en lugar de entenderlo como lo que es: una herramienta imprescindible para ejercer el derecho de

¹⁶ Piénsese en Loisselieur, que actúa como defensor –o como confesor, no está muy claro su papel- de Santa Juana de Arco y cita MARTI MINGARRO en *El Abogado en la Historia. Un defensor de la razón y de la civilización*, Editorial Civitas, 2001.

¹⁷ Que consiste en la prohibición de revelar al cliente que se ha comunicado a la unidad financiera la operación por existir indicios o certeza de que se trate de un lavado de dinero consagrada en el artículo 24 de la Ley 10/2010 bajo el epígrafe "*Prohibición de revelación*".

¹⁸ "*La relación del Abogado con el cliente debe fundarse en la recíproca confianza.*"

defensa –artículo 24 CE- y para salvaguardar el derecho a la intimidad –artículo 18 CE-, valores ambos protegidos por la Constitución Española.¹⁹

El artículo 22 de la Ley 10/2010 excluye de su aplicación a quienes ejercen la Abogacía respecto de la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica a favor de su cliente o desempeñar su misión de defender a dicho cliente en procesos judiciales o en relación a ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso.

A mi juicio, existe una discordancia entre el epígrafe de esa norma “No sujeción” con su contenido que constituiría una exención dentro de la sujeción.

Más que “no sujeción” se trata de exenciones a la sujeción. El campo de esta exención es distinto al de la sujeción ya que quienes ejercen la Abogacía no son sujetos obligados cuando desempeñan labores de defender a sus clientes en procesos judiciales ni de ninguna otra clase ni cuando asesoran “sobre la incoación o la forma de evitar un proceso”. En cuanto al “determinar la posición jurídica en favor de su cliente”, podría haber una cierta coincidencia si se estima que dicha determinación es equivalente al asesoramiento posterior a las actividades en las que quien ejerce la Abogacía es sujeto obligado: la concepción, realización y asesoramiento de operaciones inmobiliarias, mercantiles y financieras.²⁰

Se sostiene en la obra antes citada lo contrario, esto es, que el deseo de la ley es sujetar al Abogado que presta cualquier clase de asesoramiento pero eximirlo de las obligaciones de comunicar –artículo 18 de la ley 10/2010-, de colaborar con el Servicio Ejecutivo –artículo 21- y de emplear la diligencia debida –artículo 7.3- todo ello, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22 en su algo confusa redacción.

La Ley –artículo 2 ñ)- distingue dos clases diferentes de intervención del profesional en las operaciones para identificar las que se consideran de riesgo y sujetas a dicha Ley: por una parte, la participación en el asesoramiento, en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente y, por otra, la actuación por cuenta del cliente (la legislación anterior exigía que fuese además en nombre de su cliente), representándolo. La mera prestación de servicios de asesoramiento difiere de la representación ya que concreta en mayor medida las operaciones susceptibles del cumplimiento de las obligaciones en el primer supuesto que en el segundo. El asesoramiento hace surgir las obligaciones sólo en determinados tipos de transacciones que enumera el pertinente artículo de la Ley. La representación supone el surgimiento de dichas obligaciones en cualquier clase de transacción financiera o inmobiliaria.

Y es que para encontrarse en la situación prevista por la ley es preciso tener una actuación directa o al menos de participación en el asesoramiento, gestión o funcionamiento de la actividad. Es necesario transformarse en alguna medida en actor, en gestor. La obligación de guardar secreto no desaparece sin más.

¹⁹ Sobre la materia puede consultarse la bien documentada obra de CORDOBA RODA, Juan, Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales, Editorial Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2006.

²⁰ Sobre el tema se puede consultar ABEL SOUTO, Miguel y SANCHEZ STEWART, Nielson (coordinadores) II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Tirant lo Blanc, Valencia 2010 y a ALIAGA MENDEZ, Juan Antonio, Normativa comentada de prevención del blanqueo de capitales, Editorial La Ley, Urduliz, Vizcaya, 2010

La norma del artículo 22 es de lo más desafortunada y no sólo por la aparente contradicción entre el epígrafe y su contenido.

Es una norma importada de las segunda y tercera Directivas que emplean la expresión “determinar la posición jurídica en favor (?) del cliente.

Para comenzar, determinar la posición jurídica es establecer la situación que dentro del universo del derecho ocupa una persona o una determinada operación, actuación, cosa u objeto, determinación que debe hacerse con objetividad y no “en favor”, locución sinónima de en beneficio y utilidad de alguien o de algo. Es cierto que esa determinación no se hace por un prurito simplemente académico, doctrinal o de mera complacencia intelectual sino que se realiza para informar al cliente lo que a la larga redundará en su ayuda pero la expresión que utiliza la ley es de difícil encaje en el idioma castellano.²¹

Desde el punto de vista de la obligada preservación y de la intangibilidad del secreto profesional, no se aprecian grandes diferencias entre la no sujeción y la exención. En todo caso, queda a salvo, cumpliendo con lo que prevé la Directiva que se ha traspuesto:

“Así pues, el asesoramiento jurídico ha de seguir sujeto a la obligación de secreto profesional, salvo en caso de que el asesor letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, o de que el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo“ (Considerando 20 de la Directiva)²².

Se ha entendido que el deber de combatir el blanqueo de capitales es de tal importancia que debe imponerse al tradicional tratamiento confidencial que se daba a los hechos que se conocían del cliente o del contrario.

Como conclusión, podría afirmarse que la obligación de guardar el secreto profesional ha sufrido una merma, un recorte aparente pero sólo referido a aquellos casos en los que quien ejerce la Abogacía participa –aunque sólo sea asesorando al cliente- en la operación, esto es, diseñándola. En los demás casos, queda a salvo.²³

²¹ El texto de la Directiva en inglés es simplemente “*ascertaining the legal position*” sin referencia alguna a *in favour of the client* ni nada parecido. En la versión francesa se habla de “*évaluent la situation juridique d'un client*» Mejor habría sido hablar de «determinar la posición jurídica de un cliente.

²² Antes en términos casi idénticos lo expresaba el apartado 17º del Preámbulo de la Directiva de 2001.

²³ Es muy correcta la redacción del artículo 93.5 de la LGT

“5. La obligación de los demás profesionales de facilitar información con trascendencia tributaria a la Administración tributaria no alcanzará a los datos privados no patrimoniales que conozcan por razón del ejercicio de su actividad cuya revelación atente contra el honor o la intimidad personal y familiar. Tampoco alcanzará a aquellos datos confidenciales de sus clientes de los que tengan conocimiento como consecuencia de la prestación de servicios profesionales de asesoramiento o defensa.

Aunque esto pueda parecer una novedad, en realidad no lo es.

Puesto que el blanqueo de capitales está tipificado como un delito, ya es un tópico la situación del Abogado al que su cliente le confía que va a cometer un crimen y duda sobre si debe mantener secreto o no debe hacerlo. En estos casos no hay deber de secreto porque no se trata de un hecho encuadrable en el derecho a la intimidad del confidente (al ser plan delictivo) y la función social del abogado compele a no ocultar tal confidencia ya que según el Estatuto General de la Abogacía Española aquella se encamina a la justicia, al consejo, a la concordia y a la defensa de derechos e intereses legítimos públicos y privados mediante la aplicación de la ciencia y técnica jurídicas. La asistencia que debe prestar quien ejerce la Abogacía debe encaminarse siempre a la mejor realización de los derechos e intereses legítimos de sus clientes.

Los únicos hechos delictivos acogidos bajo el secreto profesional son los hechos pasados.

El criticado artículo 22 ha venido a sustituir también el penúltimo párrafo del apartado 4 del artículo 3 de la Ley 19/1993 en su redacción dada por la Ley 19/2003²⁴. Si se compara este texto con el artículo actualmente vigente se reparará que, además de la eliminación de un conjunto de profesionales, se ha eliminado la mención a los procedimientos administrativos manteniéndose solamente la referencia a los procesos judiciales, tal como hace la Directiva en su Considerando 20 ya transcrito.²⁵

La Comisión Europea considera que la esencia del secreto de quienes ejercen la Abogacía se encuentra necesariamente vinculada con el derecho de defensa y el ámbito contencioso.²⁶ Para que pueda admitirse que el secreto goza de protección, pareciera que es necesario que se demuestre una vinculación con un proceso. El secreto únicamente merecería, de acuerdo con la Comisión, ser protegido en el marco de un proceso, o al menos de un procedimiento de naturaleza jurisdiccional. También de este modo debería interpretarse la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de las Comunidades Europeas en el ya antiguo asunto AM & S²⁷ y en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de septiembre de 2009 en el asunto C-550/07 P Akzo Nobel NV y otros.

Los profesionales no podrán invocar el secreto profesional para impedir la comprobación de su propia situación tributaria.

²⁴ “No estarán sujetos a las obligaciones establecidas en este apartado 4 los auditores, contables externos, asesores fiscales, notarios, abogados y procuradores con respecto a la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente, o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procedimientos administrativos o judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procedimientos.”

²⁵ Ver nota 11.

²⁶ En la tramitación de la Segunda Directiva, el Parlamento Europeo introdujo una enmienda, la número 5 que rechazó la Comisión Europea con el siguiente argumento: “La enmienda hace referencia al asesoramiento jurídico cuyo concepto no está definido. La Comisión admite plenamente que es necesario salvaguardar el papel del Abogado (y del Notario) cuando representa al cliente en procedimientos o cuando aconseja al cliente con respecto a su situación ante la ley. La Comisión cree que estas salvaguardias están aseguradas en la posición común y muestra firme preferencia por el concepto de determinación de la postura legal del cliente que considera más precisa que el concepto de asesoramiento jurídico.”

²⁷ STJCE de 18 de mayo de 1982 AM & S/Comisión, asunto 155/79.

A esta interpretación –llamémosla reductora- contribuyó la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 2007 en el asunto 305/05 en el que se planteó justamente la legitimidad y conformidad con el derecho comunitario de la imposición de las obligaciones de información y colaboración pero desde la óptica –a mi juicio, estrecha- del derecho de defensa y del legítimo proceso²⁸ y donde se sentó el siguiente criterio:

“Del artículo 2 bis, número 5, de la Directiva 91/308 se desprende que los abogados tan sólo 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, esencialmente de orden financiero e inmobiliario, contempladas en la letra a) de dicha disposición, o cuando actúen en nombre de su cliente y por cuenta del mismo en cualquier transacción financiera o inmobiliaria. Por regla general, tales actividades se sitúan, debido a su propia naturaleza, 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.”

Sin embargo, el secreto profesional de quienes ejercen la Abogacía tiene necesariamente dos aspectos: el que podríamos denominar procesal, derivada del derecho fundamental a un juicio justo, y el que podemos denominar material, manifestación del derecho fundamental al respeto de la vida privada. El aspecto procesal es manifestación del derecho a la defensa y al de no autoinculparse. El aspecto material es manifestación del derecho que ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al derecho de todo justiciable a dirigirse con entera libertad a su Abogado, “profesión a la que es propia la función de asesorar jurídicamente, con independencia, a todos aquellos que lo soliciten”²⁹.

No pueden olvidarse las conclusiones del Abogado General señor Poiares Maduro en el asunto 305/05³⁰ en las que distinguió entre las actuaciones del Abogado que, aunque

²⁸ Las cuestiones planteadas fueron las siguientes: “¿Es conforme con el Derecho comunitario y con los principios fundamentales que éste protege, imponer a los abogados, tal y como prevé la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (DO L 344, p. 76), la obligación de informar a las autoridades competentes de cualquier hecho que conozcan que pudiera ser indicio de blanqueo de capitales? La cuestión planteada en este asunto debería llevar al Tribunal de Justicia a analizar uno de los valores fundamentales de los Estados de Derecho que forman la Unión Europea, el secreto profesional del abogado. (2) Aunque este valor resulta incontestable, el régimen jurídico de su protección continúa siendo incierto y controvertido. ¿Cuál es el fundamento para otorgarle esta protección? ¿Son admisibles las excepciones al mismo y en qué condiciones? ¿Según qué criterio puede distinguirse en la práctica lo que forma parte del secreto de lo que no lo hace?”

²⁹ STJCE AM & S, citada.

³⁰ Que son del siguiente tenor:

“... tal y como sostienen los Colegios de abogados intervinientes, el principio del secreto profesional incluye el asesoramiento jurídico. La razón para afirmarlo es doble y se asienta tanto en consideraciones de principio como en consideraciones prácticas. En principio, debe tenerse en cuenta «la necesidad de que, en una sociedad civilizada, todo particular pueda dirigirse a su Abogado para que le asesore y ayude jurídicamente y para que le represente, cuando se haya iniciado un procedimiento». Representante y defensor, todo abogado tiene también una función

siempre que interviene realizará la evaluación de la posición jurídica de su cliente, en algunos casos se limitará a considerar esas implicaciones y las consecuencias de la operación realizada pero en otros irá más lejos y aconsejará la forma de actuación. Indicó el Abogado General entonces:

“Si la evaluación simplemente pretende ayudar a su cliente a organizar sus actividades «ajustándose a la legalidad» y ajustar sus objetivos a las normas jurídicas, debe considerarse como una actividad de asesoramiento y debe dispensarse de cualquier obligación de información, independientemente del contexto en el que la prestación se haya desarrollado. En cambio, si la evaluación tiene como finalidad esencial realizar o preparar una operación comercial o financiera y está sujeta a las instrucciones del cliente para encontrar, en particular, la solución económicamente más ventajosa, el abogado no actúa de modo distinto a un «agente de negocios» que pone todas sus competencias al servicio de una actividad no jurídica, y no procede aplicar el secreto profesional. En el primer caso, puede afirmarse que el abogado actúa no sólo en interés de su cliente, sino también en interés del Derecho. En el segundo, prevalece únicamente el interés del cliente. En este caso, el abogado no actúa como abogado independiente, sino que se encuentra en una situación idéntica a la de un asesor financiero o un abogado de empresa.”

Y terminó exponiendo que la distinción entre estas dos clases de situaciones no era fácil de apreciar. Es verdad pero, a mi entender, constituye una útil herramienta para establecer cuándo quien ejerce la Abogacía sigue sujeto al deber de secreto y cuándo no.

La Sentencia que se dictó en el asunto produjo gran desencanto en la Abogacía, después de abrigar las esperanzas que había despertado las conclusiones del Abogado General en el mismo asunto. Si bien la Sentencia no dice, como pretendían los demandantes, que la norma transpuesta en Bélgica, y muy similar a la vigente en España, atentaba contra un proceso justo, porque en realidad no lo hace, pero ratifica la situación de respeto del secreto en la función de asesoramiento, acotándolo. No dice más porque, tal como declara en su párrafo 17

“que, si bien es cierto que, en el procedimiento principal que dio lugar a la presente petición, los Consejos de Colegios de Abogados demandantes y coadyuvantes suscitaron la cuestión de la validez de la legislación nacional de adaptación a la Directiva 91/308 en relación con varias

esencial de asistencia y de asesoramiento. De esa forma, garantiza no sólo el acceso a la justicia sino también el acceso al Derecho. Ahora bien, esta última garantía no es menos valiosa que la primera en una sociedad compleja como la sociedad europea. La posibilidad de que cualquier ciudadano pueda disponer de un asesoramiento independiente, de modo que pueda tener conocimiento de la regulación de su situación particular, es una garantía esencial del Estado de Derecho. En estas condiciones, el compromiso de confianza que garantiza la protección del secreto merece ser extendido al ámbito de las relaciones de asistencia y de asesoramiento jurídicos. Además, esta ampliación es coherente con el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En la sentencia AM & S se recuerda expresamente la importancia de que los clientes puedan disponer, con plena independencia, de asesoramiento jurídico y de asistencia legal.”

normas de rango superior, no es menos verdad que el órgano jurisdiccional remitente únicamente consideró necesario, mediante su cuestión, pedir al Tribunal de Justicia un control de validez de dicha Directiva desde el punto de vista del derecho a un proceso justo, tal como éste está garantizado por el artículo 6 del CEDH y el artículo 6 UE, apartado 2”

por lo que

“... corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión judicial que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia” (párrafo 18) y en esa virtud “no procede ampliar el examen de la validez de la Directiva 91/308 para incluir en el mismo (sic) derechos fundamentales a los que el órgano jurisdiccional remitente no ha hecho referencia, en particular el derecho al respeto de la vida privada previsto en el artículo 8 del CEDH” (párrafo 19).

Ya había previsto que el caso más delicado sobre el blanqueo de capitales lo provocaría la profesión de Abogado del comisario Monti en la Conferencia de Riga de 1996³¹

“Si admitimos esa idea de divisibilidad del secreto profesional, habría actuaciones en que la reserva obligada del abogado (igual que la de un notario o la de un banco) protege sólo derechos o intereses puramente privados, relacionados con la intimidad personal o patrimonial del cliente: cuando el abogado actúa, por ejemplo como agente o intermediario, manejando fondos del cliente o en transacciones por cuenta del mismo. El secreto profesional no sería aquí oponible frente a las exigencias de la legislación “antiblanqueo”, pues sólo tutela un derecho a la intimidad por parte del cliente que es un derecho privado. La Directiva así lo entiende y lo ha establecido claramente su articulado. La discusión se plantea, en cambio, cuando el abogado actúa propiamente como tal, prestando su asistencia jurídica de cara a un litigio, u incluso extrajudicialmente. Se ha tratado de diferenciar según esa asistencia transcurra dentro o fuera de un proceso, en la esfera judicial o extrajudicial, pero plantear esa doble vertiente de la asistencia jurídica, como si se tratara de dos hemisferios separados, quizá sea excesivamente conceptualista, pues en la práctica la interacción entre ambos es constante y su frontera, borrosa.”

Puede afirmarse que en la vertiente de la defensa pura, en el proceso, el secreto profesional se ha mantenido incólume³² y también en el asesoramiento previo siempre

³¹ Citado por ÁLVAREZ-SALA Walter, Juan "El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas" Ediciones del Consejo General del Notariado, Madrid, 2004.

³² La exención del artículo 22 iba a ser eficaz en el ámbito de la defensa judicial con la particularidad de que los órganos judiciales, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, deben remitir testimonio a la unidad financiera, cuando, en el curso de un proceso, aprecien indicios de incumplimiento de la Ley, que no sean constitutivos de delito. Pareciera que aunque la nueva Ley exime al Abogado de la responsabilidad de la obligación de comunicar el indicio, en el seno de un proceso judicial, traslada la responsabilidad al órgano judicial, dejando en entredicho la libertad de defensa del justiciable.

que esté dirigido al proceso (un límite algo difuso ya que siempre el asesoramiento de una determinada cuestión puede terminar en un juicio). Queda excluido del secreto -en materia de blanqueo de capitales- la gestión jurídica, la actuación en representación del cliente, el manejo de sus fondos. Pero, en relación con el asesoramiento puro -el que significa informar al cliente de sus derechos y obligaciones, dar su opinión jurídica sobre unos hechos y emitir su parecer- no hay limitación alguna.

Así pues, la interpretación que, en principio, podría desprenderse del antes transcrito artículo 22 de la Ley 10/2010, es la siguiente:

a.- En aquellos casos en los que la actuación del Abogado se limite a analizar la posición jurídica de su cliente, a defenderlo en procesos judiciales o a asesorarlo sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, prima el deber de mantener el secreto profesional.

b.- Cuando lo que se solicita del Abogado es su participación activa en alguna de las formas previstas en la norma (concepción de transacciones, gestión de fondos, creación de empresas...), no existe el deber de secreto profesional que está previsto para las funciones propias del Abogado que son defensa y asesoramiento siempre en exclusivo beneficio del cliente y, en tales casos, por ministerio de la Ley, el Letrado, si tiene certeza o aprecia indicios de blanqueo de capitales, debe comunicar la operación, por iniciativa propia, al Servicio Ejecutivo de Prevención del Blanqueo de Capitales, en los términos que establece la norma.

Podría existir una zona difusa en relación al asesoramiento –una de las funciones propias del Abogado- que puede resolverse atendiendo al tiempo en que se presta. Si el asesoramiento es posterior a la ejecución de cualquiera de las actividades que lo constituyen en sujeto obligado para determinar sus consecuencias jurídicas, todo lo que conozca está sujeto al secreto profesional. Si, por el contrario, su actuación es previa y al asesoramiento se une la gestión, no puede alegarse.

Siempre es necesario recordar que el secreto profesional no está establecido en beneficio de quienes ejercen la Abogacía sino para proteger el derecho a la defensa o a la intimidad del cliente.

Pese al criterio legal, es posible que en determinadas ocasiones se planteen dudas al Abogado respecto de si una determinada situación está comprendida en el supuesto de la norma o si, por el contrario, debe quedar amparada por el secreto profesional. En tales casos, es recomendable plantear la cuestión al Decano, en los términos previstos con carácter general en el artículo 5.8 del Código Deontológico de la Abogacía Española, que dispone:

“El secreto profesional es un derecho y deber primordial de la Abogacía. En los casos excepcionales de suma gravedad en los que, la obligada preservación del secreto profesional, pudiera causar perjuicios irreparables o flagrantes injusticias, el Decano del Colegio aconsejará al Abogado con la finalidad exclusiva de orientar y, si fuera posible, determinar medios o procedimientos alternativos de solución del problema planteado ponderando los bienes jurídicos en conflicto. Ello no afecta a la libertad del cliente, no sujeto al secreto profesional, pero

cuyo consentimiento por sí solo no excusa al Abogado de la preservación del mismo.”

También se puede enviar consulta al Consejo General de la Abogacía Española, incluso mediante correo electrónico a la siguiente dirección

consultassobreabc@abogacia.es

La Ley española define al Abogado como el Licenciado (también lo será el Graduado de acuerdo con la nueva terminología) que se dedica profesionalmente a la defensa de intereses ajenos y al consejo o asesoramiento jurídico. Estas dos funciones, defensa, por un lado y asesoramiento o consejo jurídico, por otro, son las que enmarcan el deber del secreto profesional. Así parece deducirse inequívocamente de la interpretación coordinada de los párrafos primero y tercero de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Fuera de esas funciones, el Abogado puede realizar otras actividades, todas las que desee o pueda, siempre dentro de la legalidad, pero en ellas la obligación de guardar secreto no le alcanza.

Hay sí un problema.

El asesoramiento no se agota en sí mismo y exige al Abogado, porque así se lo demanda el cliente y el mercado ejecutar actuaciones complementarias después de que, asesorando a quien demanda sus servicios, determina que lo que éste se propone es lícito y viable. Y, entonces, se adentra en lo que el anterior Presidente del Consejo denominaba la “gestión jurídica”, el conjunto de actividades que resultan necesarias para ultimar exitosamente las pretensiones de quien desea adquirir un inmueble, fundar una sociedad o realizar cualquier otra operación financiera. Y esa gestión jurídica, nacida del asesoramiento y que discurre paralela a él no está hoy por hoy comprendida dentro de las funciones propias del Abogado que, según el ya citado artículo 542 se limitan a dos: defensa y asesoramiento. Entre otras cosas, porque la puede desarrollar quien no es Abogado.³³

Existe una fórmula para determinar hasta dónde llega el asesoramiento y dónde comienza la gestión: la irrevocabilidad. Mientras, en general, el asesoramiento puede reproducirse -puede solicitarse a un profesional y luego a otro o a otros- y es subsanable ya que mientras no se siga puede ser enmendado, la gestión produce efectos de difícil repetición.

Por eso, no hay incompatibilidad entre la norma profesional y la preventiva. El cliente que solicita asesoramiento está protegido por la obligación del Abogado de guardar secreto de todo cuanto le confía. El cliente que quiere algo más: ser acompañado por el Letrado en toda su actividad, ya no. Debe saber que a través del profesional no puede desarrollar propósitos delictivos porque se expone, con toda certeza a que sus actuaciones sean comunicadas al órgano encargado de la prevención y el Abogado no puede ampararse en su derecho a guardar reserva porque al gestionar participa y se

³³ El Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la distinción entre una actividad y otra en su sentencia 5969/2012, Sala de lo Penal, resolución 680/2012, recurso 2396/2011, Ponente señor del Moral García.

despoja de su condición de Abogado, por lo menos en los estrechos límites como está concebida legalmente.

Los Abogados podemos dedicarnos a muchas cosas y, desde luego, lo hacemos: actuamos como árbitros, como mediadores, como agentes, como albaceas, como gestores, como apoderados pero en ninguna de esas actividades nuestro cliente se ve amparado por el secreto profesional sin perjuicio de nuestra obligación de fidelidad hacia él que implica el no revelar sus confidencias ni hacer mal uso de ellas, salvo que una ley –como es el caso de la ley preventiva- nos obligue a realizar determinadas actuaciones.

Queda un elemento a dilucidar. La referencia contenida los “asesores fiscales” en la letra o) del artículo 2 de la Ley 10. Bien sabido es que tal actividad es precisamente en España eso, una actividad y no una profesión. Cuando el Abogado la desarrolla no se transforma en un asesor fiscal, sigue siendo Abogado y cuando asesora y se limita a ello, está sujeto al secreto profesional pero cuando pone en marcha una batería de medidas, participa.

El posible conflicto con el deber de comunicar se presenta en relación a la obligación de colaborar con la Unidad Financiera.

La ley incluye, dentro de las que llama “obligaciones de información”, la de colaboración con la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias y con sus órganos de apoyo, que supone tener que facilitar la documentación e información que se les requiera para el ejercicio de sus competencias.

De acuerdo con el artículo 47.2 de la ley

“Los sujetos obligados, sus empleados, directivos y agentes, prestarán la máxima colaboración al personal del Servicio Ejecutivo de la Comisión, facilitando sin restricción alguna cuanta información o documentación se les requiera, incluidos libros, asientos contables, registros, programas informáticos, archivos en soporte magnético, comunicaciones internas, actas, declaraciones oficiales, y cualesquiera otros relacionados con las materias sujetas a inspección.”³⁴

Por tanto, los sujetos obligados deberán facilitar al Servicio Ejecutivo, como órgano de apoyo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, cuanta información se requiera, en el ejercicio de sus competencias pero sin vulnerar en caso alguno el deber de secreto profesional.

Especialmente facilitarán la documentación e información que les sean requeridos para el ejercicio de sus competencias.

³⁴ Según la información que publica el Servicio Ejecutivo en su página web, en 2009 se inspeccionó a un Notario y a ningún Abogado. En 2010, a un Abogado y a ningún Notario. Esta estadística se refiere, sin embargo, sólo a aquellas inspecciones especiales y no a las que se pueden haber llevado a cabo en el transcurso de otras investigaciones. Según la memoria de 2012, “En el apartado de las actuaciones de supervisión, en los años 2010 y 2011 el esfuerzo se focalizó, principalmente, en los establecimientos de cambio y gestión de transferencias, donde el nivel de riesgo se consideró elevado y merecedor de centrar la actividad supervisora, mientras que en 2012 la actividad se centró en las entidades de crédito, siendo supervisadas 18 entidades.

Los requerimientos deberán precisar la documentación que haya de ser aportada y las circunstancias que deben ser objeto de información con indicación del plazo en que deba ser atendido el requerimiento.

La falta de atención al requerimiento o su incompleta formalización constituye infracción muy grave de la letra b) del número 1 del artículo 51 de la ley.

Los sujetos obligados deben mantener un sistema de archivo que les permita atender en tiempo y forma los requerimientos de las autoridades, según dispone el artículo 25.2 de la Ley.

“En todo caso, el sistema de archivo de los sujetos obligados deberá asegurar la adecuada gestión y disponibilidad de la documentación, tanto a efectos de control interno, como de atención en tiempo y forma a los requerimientos de las autoridades.”

La ley prevé la comunicación sistemática que afecta a todos los sujetos obligados, incluidos los operadores jurídicos. Con todo, como quiera que las operaciones a comunicar con periodicidad son aquellas que se establezcan reglamentariamente y que, reglamentariamente también, se podrá exceptuar de la obligación de comunicación sistemática de operaciones a determinadas categorías de sujetos obligados, debe entenderse que tal imposición no les afecta en la práctica.

En el Reglamento se exime efectivamente a quienes ejercen la Abogacía.³⁵

³⁵ El artículo 27 del Reglamento es del siguiente tenor:

Comunicación sistemática.

1. En todo caso, los sujetos obligados comunicarán mensualmente al Servicio Ejecutivo de la Comisión:

a) Las operaciones que lleven aparejado movimiento físico de moneda metálica, papel moneda, cheques de viaje, cheques u otros documentos al portador librados por entidades de crédito, con excepción de las que sean objeto de abono o cargo en la cuenta de un cliente, por importe superior a 30.000 euros o su contravalor en moneda extranjera. Los sujetos obligados que realicen envíos de dinero en los términos establecidos en el artículo 2 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, comunicarán al Servicio Ejecutivo de la Comisión las operaciones que lleven aparejado movimiento físico de moneda metálica, papel moneda, cheques de viaje, cheques u otros documentos al portador, por importe superior a 1.500 euros o su contravalor en moneda extranjera.

b) Las operaciones realizadas por o con personas físicas o jurídicas que sean residentes, o actúen por cuenta de estas, en territorios o países designados por Orden del Ministro de Economía y Competitividad, así como las operaciones que impliquen transferencias de fondos a o desde dichos territorios o países, cualquiera que sea la residencia de las personas intervinientes, siempre que el importe de las referidas operaciones sea superior a 30.000 euros o su contravalor en moneda extranjera.

c) Las operaciones que supongan movimientos de medios de pago sujetos a declaración obligatoria de conformidad con el artículo 34 de la Ley 10/2010, de 28 de abril.

d) La información agregada sobre la actividad de envíos de dinero, definida en el artículo 2 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, desglosada por países de origen o destino y por agente o centro de actividad.

La Disposición Transitoria Primera del Decreto que aprueba el Reglamento subordina el cumplimiento de la comunicación sistemática a la aprobación de una orden ministerial y a la determinación del Servicio Ejecutivo.³⁶

Debe tenerse muy presente que la ley prohíbe terminantemente la revelación al cliente o a terceros que se ha efectuado la comunicación al Servicio Ejecutivo de la Comisión o que la operación está siendo objeto de examen especial por existir indicios o certeza de blanqueo de capitales.

La prohibición no impide el intercambio de información entre auditores de cuentas, contables externos, asesores fiscales, Abogados, procuradores y otros profesionales independientes en el ejercicio de sus actividades profesionales, siempre que pertenezcan a la misma entidad jurídica o a una red.³⁷ Tampoco impide el intercambio de información, referida a un mismo cliente y a una misma operación en la que intervengan

e) La información agregada sobre la actividad de transferencias con o al exterior, desglosada por países de origen o destino.

f) La información agregada sobre la actividad de transferencias con o al exterior de las entidades de crédito, desglosada por países de origen o destino.

g) Las operaciones que se determinen mediante Orden del Ministro de Economía y Competitividad.

Los sujetos obligados no incluirán en la comunicación sistemática mensual las operaciones, correspondientes a su actividad propia de inversión o captación de recursos financieros en mercados internacionales, o actividad de igual naturaleza de aquellos clientes que tengan la condición de entidad financiera autorizada para operar en la Unión Europea o terceros países equivalentes

En caso de no existir operaciones susceptibles de comunicación sistemática, los sujetos obligados comunicarán semestralmente esta circunstancia al Servicio Ejecutivo de la Comisión.

2. El Servicio Ejecutivo de la Comisión establecerá los criterios para determinar cuándo, a efectos de la obligación de comunicación sistemática, varias operaciones deberán agregarse por considerarse fraccionamientos de una misma operación.

3. Quedan exceptuados de la obligación de comunicación sistemática los corredores de seguros a los que se refiere el artículo 2.1 b) de la Ley 10/2010, de 28 de abril, las empresas de asesoramiento financiero y los sujetos obligados mencionados en los párrafos k) a y), ambos inclusive, del artículo 2.1 de la misma Ley.

³⁶ *Disposición transitoria segunda. Comunicación sistemática.*

Hasta que se proceda a la designación por Orden del Ministro de Economía y Competitividad, los sujetos obligados aplicarán en el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 27.1.b) de este reglamento el listado de países y territorios contenido en el artículo 1 del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de medidas fiscales urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, teniendo en cuenta lo establecido en la disposición adicional primera y en la disposición transitoria segunda de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, complementado por Orden ECO/2652/2002, de 24 de octubre, por la que se desarrollan las obligaciones de comunicación de operaciones en relación con determinados países al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias.

La comunicación sistemática establecida en el artículo 27.1 e) y f) será exigible a partir de la fecha que se determine por el Servicio Ejecutivo de la Comisión, quien determinará asimismo la forma y contenido de dichas comunicaciones

³⁷ Se entiende por red, a estos efectos, la estructura más amplia a la que pertenece la persona y que comparte una propiedad, gestión o supervisión de cumplimiento comunes.

dos o más, entre auditores de cuentas, contables externos, asesores fiscales, Abogados, procuradores y otros profesionales independientes

“... siempre que pertenezcan a la misma categoría profesional y estén sujetos a obligaciones equivalentes en lo relativo al secreto profesional y a la protección de datos personales”

y estén radicados en territorios de países cooperantes, la Unión Europea y terceros equivalentes. Este intercambio sólo puede utilizarse a estos efectos.

Tampoco se entiende que es revelación el intentar disuadir a un cliente de una actividad ilegal.

El incumplimiento de la prohibición de revelación constituye infracción muy grave de acuerdo con lo que establece la letra c) del artículo 51 de la Ley³⁸.

³⁸ Se considera infracción muy grave “El incumplimiento de la prohibición de revelación establecida en el artículo 24”