

LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL TITULADO MERCANTIL

(Publicado en REGAF, N° 42, año 2005)

José Antonio Choclán Montalvo

Abogado

Magistrado excedente. Doctor en Derecho

I. INTRODUCCIÓN

El asesor fiscal es un profesional, y como tal responde profesionalmente.

El asesor puede incurrir en responsabilidad civil profesional y en responsabilidad penal, aunque no disciplinaria, a diferencia de aquél.

[b.1] La **responsabilidad civil profesional**

[b.2] La **responsabilidad penal del asesor** puede presentar distintas variantes.

A) RESPONSABILIDAD CIVIL

1.- No define ni regula la Ley la profesión del asesor fiscal. Sólo en ocasiones hace referencia al asesor financiero o económico. Por lo que su estatuto jurídico debe definirse por aplicación analógica de normas que regulan la profesión de otros colectivos cuya profesión puede vincularse con el funcionamiento económico de una empresa (así, Abogados, auditores de cuentas, etc.). El Reglamento General de la Inspección de Tributos (RD 939/1986, de 25 de abril) dispone en su art. 37.5 e) que “ Tendrán la consideración de asesores quienes , con arreglo a Derecho, desarrollen una actividad profesional reconocida que tenga por objeto la asistencia jurídica, económica o financiera ”. La Ley General Tributaria 58/2003 dispone en el art. 46.1 que “*Los obligados tributarios con capacidad de obrar podrán actuar por medio de representante, que podrá ser un asesor fiscal, con el que se entenderán las sucesivas actuaciones administrativas*”.

El asesor fiscal, por tanto, es un profesional que presta asistencia o proporciona consejo en materia económico-tributaria, y, en particular, el asesor fiscal cumple un papel relevante en la planificación económica de la empresa y en el adecuado cumplimiento de los deberes tributarios. Como profesional es responsable frente al cliente.

Por el contrario, la Ley General Tributaria no menciona al representante voluntario entre los posibles sujetos infractores. La contribución de un asesor fiscal a la infracción tributaria (sea ésta de naturaleza administrativa o penal) se regirá por las reglas generales de la responsabilidad tributaria (arts. 41 y ss. LGT) y de la participación en el ilícito penal.

A diferencia del auditor, la actividad profesional del auditor no tiene un interés público particular, más allá del general de que la función de asesoría se desarrolle adecuadamente como servicio profesional. Por ello, el asesor no se encuentra en relación de sujeción especial con la Administración, y su responsabilidad administrativa se rige por los estándares de cualquier ciudadano.

2.- La **responsabilidad civil profesional** del asesor se rige por las reglas generales de la responsabilidad contractual y extracontractual. Nos remitimos a lo que hemos expuesto más arriba sobre este particular al analizar la responsabilidad jurídica del auditor.

1.- El asesor es responsable del daño cuando sea imputable a un comportamiento infractor de normas jurídicas. El art. 11 de la Ley 19/88, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, dispone en su apartado 1, que los auditores responderán directa y solidariamente frente a las empresas o entidades auditadas y frente a los terceros no por cualquier daño que derive de su acción, sino solo por los daños y perjuicios que se deriven del *incumplimiento de sus obligaciones*. De acuerdo con ello puede decirse que ***el auditor es responsable civilmente de los daños que se produzcan a tercero, pero no de cualquier daño, sino sólo de los que sean consecuencia de la previa infracción normativa***, en particular, de la que se contiene en las normas técnicas de auditoría.

Como punto de partida podemos hacernos eco de las reflexiones contenidas en la *SAP Barcelona de 31 de julio de 2000*, que contiene fundamentos interesantes en el tema que nos ocupa. En esta resolución se condena a los auditores

demandados por no haber efectuado adecuadamente las labores de comprobación suficientes para garantizar que las cuentas reflejaran el estado económico real de la empresa auditada. Se declara una responsabilidad por omisión imprudente a la que , además, se imputan los perjuicios sufridos por los clientes de la empresa auditada .

En consecuencia el trabajo de auditoría se asienta en los conceptos de importancia relativa, riesgo y evidencia. Y la opinión del auditor debe basarse en la obtención de evidencia , que ha sido definida por MOLINA SÁNCHEZ como **“el convencimiento razonable que tiene el auditor de que los documentos examinados se corresponden o reflejan fielmente (o, en su caso, no) las transacciones y hechos ocurridos en la empresa auditada ”**¹

De acuerdo con ello el auditor incurre en responsabilidad si, como en el caso de la sentencia expresada más arriba, no se efectúan las labores de comprobación suficientes sobre los datos que debía reflejar el estado económico real de la empresa auditada, “ incurriendo en omisiones difícilmente disculpables, atendidas las características y circunstancias de riesgo concurrentes en la misma, de forma que no se llegó al grado deseable de evidencia a que se refieren reiteradamente las normas de auditoría”.

Por tanto la responsabilidad civil del auditor consiste fundamentalmente en la *omisión de la diligencia debida en la detección de irregularidades contables cuando la aplicación del método normal de comprobación hubiera permitido descubrir la disociación entre la realidad y la contabilidad*. Se trata de establecer, como hemos dicho, la causalidad de modo hipotético: Si lo que se reprocha al auditor es no haber evitado el resultado perjudicial, pues no se habría producido de haber realizado , como debía, la oportunas salvedades en su informe, el presupuesto lógico es que se llegue a la conclusión de que la realización de la acción omitida – la realización de las comprobaciones suficientes, la aplicación de las normas de auditoría - , lo hubiera efectivamente evitado. Ello es consecuencia de que entre la omisión y el resultado no puede establecerse una relación de causalidad real, pues la omisión, en sentido científico-natural, no causa nada. Sin embargo, para la imputación del resultado basta con considerar que la acción omitida por el auditor *hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad*.

¹ MOLINA SÁNCHEZ, H., *Planificación de la auditoría*, Madrid, 1997, pg.152.

En sentido inverso: cuando de observar la *lex artis* no se hubiera detectado la irregularidad, el resultado perjudicial no puede ser imputado. Ahora bien, ello es consecuencia de que no corresponde al auditor investigar posibles fraudes contables que sea consecuencia de la actuación de los responsables de la empresa. De acuerdo con ello, el auditor no responde, por ejemplo, cuando es víctima de un engaño por los responsables de la empresa auditada, como acontece en situaciones de simulación negocial. Simplemente es imputable el perjuicio al auditor cuando de haber observado las elementales cautelas en el procedimiento de comprobación ese artificio contable hubiere sido fácilmente detectado. Y con ello se llega en realidad a la delimitación del ámbito de responsabilidad del auditor: ***éste no responde de toda clase de perjuicio que causalmente derive de la inexactitud del informe, sino sólo de aquellos que sean consecuencia de la infracción de las normas de auditoría.*** Así lo establece el art. 11.1 LAC tras la reforma por la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, a cuyo tenor los auditores responden de los perjuicios que se deriven “ *del incumplimiento de sus obligaciones* ” y no de otros que tengan otra causa. Es una consecuencia de la aplicación también en este ámbito de la doctrina de la imputación objetiva, conforme a la cual debe interpretarse modernamente el art. 1902 del Código Civil, no siendo suficiente para la imputación del perjuicio la mera comprobación de la causalidad en sentido natural. Por lo tanto:

[a] La labor auditoría puede conducir a la elaboración de un informe equivocado que genere un perjuicio a tercero. ***La ley no impone al auditor un deber de exactitud en el informe, sólo que se emita sobre la base de comprobaciones suficientes.*** Por ello, como veremos la emisión de un informe con absoluto desprecio a la verdad, emitido de forma arbitraria e irrazonable sin las comprobaciones precisas es un caso de dolo eventual respecto del perjuicio económico. Y la emisión de ese mismo informe sin aplicar los procedimientos correctos de acuerdo con la *lex artis*, aunque sea subjetivamente veraz, puede hacer que el auditor incurra en responsabilidad por negligencia.

[b] Pero observada la *lex artis*, los perjuicios económicos producidos a tercero como consecuencia de un informe erróneo no son imputables al auditor, pues también en este campo hay un **margen de riesgo de equivocación permitido**. En este sentido, sólo el peligro que excede de lo “ normal en el tráfico “ o de lo “socialmente adecuado” es contrario al cuidado debido ². Pues bien, la concreción de lo que resulta adecuado a lo “ normal en el tráfico” sólo es posible por medio

² WELZEL, H. , *El nuevo sistema del Derecho Penal . Una introducción a la doctrina de la acción finalista* , traducción y notas de Cerezo Mir, 1964 , pg. 71.

de la valoración judicial, auxiliada, en su caso, por las correspondientes *reglamentaciones o baremos* regulados para sectores especializados de la vida social; en nuestro caso, las normas técnicas de auditoría.

A menudo la responsabilidad civil deriva del daño producido por un erróneo asesoramiento financiero . La jurisprudencia se ha pronunciado sobre la responsabilidad del asesor financiero a propósito del contrato de gestión de cartera de valores a que se refiere el art. 71 de la Ley de Mercado de Valores 24/1988 de 28 de julio. La Sentencia del Tribunal Supremo de 11.07.1998, distingue *dos modalidades del contrato citado: el contrato de gestión «asesorada» de carteras de inversión*, en que el intermediario propone al cliente inversor determinadas operaciones siendo éste quien decide su ejecución; y *el contrato de gestión «discrecional» de cartera de inversión*, en que el gestor tiene un amplísimo margen de libertad en su actuación, ya que puede efectuar las operaciones que considere convenientes, sin previo aviso o consulta al propietario de la cartera.

En el ámbito de las operaciones financieras de intermediación debe tenerse en cuenta que nos encontramos ante negocios de riesgo, por lo que la negligencia consistirá en haber incrementado el riesgo más allá de los límites tolerados o habituales en el sector. Por ejemplo, la actuación negligente puede consistir en la compra de valores cuando alegadamente en medios financieros ya era conocida su dudosa solvencia. Como ha declarado la *STSJ (Civil y Penal) de Navarra de 22 de noviembre de 1999* “En conclusión, la inversión en el Mercado de Valores es un contrato de riesgo, y aunque se tratase de un valor de Renta Fija es obvio que está sometido al riesgo de solvencia de los emisores; por lo que ...no cabe sin más responsabilizar al gestor por el resultado; la responsabilidad de éste puede derivar de una **actuación sin la diligencia propia de un profesional cualificado, de una actuación al margen de las instrucciones o límites establecidos por su cliente, del incumplimiento de sus obligaciones de conducta o de haber dado a los fondos un destino arriesgado sin estar expresamente conferido por el cliente...**”

B) RESPONSABILIDAD PENAL

El asesor fiscal cumple un papel relevante en la planificación económica de la empresa y en el adecuado cumplimiento de los deberes tributarios. Pero en ocasiones, sus conocimientos técnicos pueden suponer precisamente la aportación

de técnicas defraudatorias que eludan los deberes tributarios impuestos por la ley a su cliente.

Probablemente el debate más actual, al que luego me referiré sucintamente, sea el que trata de delimitar convenientemente la lícita planificación fiscal, aunque conlleve ciertas dosis de ingeniería financiera, y la simulación punible, sobre la base de la necesaria distinción entre asesorar para pagar menos y asesorar para no pagar.

Fundamentalmente se plantea la responsabilidad penal del titulado mercantil en cuanto asesor en cuatro ámbitos distintos, que analizaremos sucintamente:

- 1.- Su responsabilidad respecto del cumplimiento de los deberes fiscales de su cliente
- 2.- Responsabilidad por infracciones contables
- 3.- Responsabilidad por blanqueo de capitales
- 4.- Responsabilidad por violación del deber de secreto o abstención

1. Responsabilidad por delito fiscal

1.- **Responsabilidad como cooperado y como autor.** Hasta ahora la doctrina ha sido más o menos pacífica en adscribir el delito fiscal a la categoría de los delitos especiales, y dentro de ellos a los de infracción del deber. Y de este modo se ha considerado, casi de forma unánime, que en el delito fiscal únicamente puede tener la condición de autor el obligado tributario.

De acuerdo con este criterio general, el asesor fiscal que no tiene la condición de obligado tributario no puede ser autor de este delito. Lógicamente esta idea no supone la irresponsabilidad penal de asesor, pues el *extraneus*, a pesar de no ser autor, puede ser responsabilizado penalmente a título de mero partícipe (inductor, cómplice, necesario o no) en el hecho del autor, contribuyendo a la realización del injusto. Y en principio responde con la pena prevista en el tipo para aquél que infringe el deber (el obligado tributario, salvo mera complicidad), aunque la pena – como ya había reconocido antes la jurisprudencia- puede ser facultativamente atenuada conforme al art. 65.3 CP, tras la reforma de la LO 15/2003 .

En los escasos pronunciamientos jurisprudenciales de los que se dispone , el asesor fiscal ha sido considerado partícipe. Es el caso de la STS de 26.07.1999 , que condena a un asesor fiscal como **cooperador necesario** en un delito fiscal con el argumento de que su profesión de asesor fiscal le permitió aportar en la realización del delito unos conocimientos técnicos al alcance de pocas personas (teoría de los bienes escasos) de tal modo eficaces en la realización del hecho que sin ellos no Habría sido posible su ejecución, en atención a la complejidad de la operación diseñada. Pero al margen de este título de participación son imaginables formas de inducción al delito y de mera complicidad, cuando la contribución del asesor haya reforzado simplemente el comportamiento del autor sin ser estrictamente necesaria su contribución.

Ello no excluye, sin embargo, que en determinadas ocasiones el extraneus, en nuestro caso el asesor fiscal, pueda ser considerado **autor**. En un ámbito organizativo en el que participan determinadas personas con arreglo a una división funcional o del trabajo, debe determinarse a quien compete la función de garantía y el deber específico de evitación del resultado típico, repartiendo roles o esferas de competencia entre el titular de la empresa y quienes actúan en los distintos niveles burocráticos dentro del sistema organizativo basado en la división del trabajo ³. Además, las distintas funciones pueden ser delegadas . La delegación de funciones de garantía resulta necesaria con frecuencia por la propia complejidad del fenómeno productivo de que se trate. Así, la persona jurídica puede encomendar , por ejemplo, a un *asesor fiscal* externo el cumplimiento de los deberes tributarios que le competen como sujeto de la obligación . En estos casos, lo decisivo no es quien aparezca como formalmente obligado en la relación jurídica tributaria, sino la comprobación de que *fácticamente* el sujeto, cuya responsabilidad se pretende , haya asumido el ejercicio de las funciones que llevan aparejado el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico ⁴. En el sentido expuesto, la jurisprudencia ha declarado que sólo realiza personalmente el tipo de injusto quien tiene *la gestión de la empresa en el área en que se ha cometido el delito , sin que sea suficiente, en consecuencia que la gerencia fuese compartida* (STS 12-03-1992).

³ Cfr. BACIGALUPO, E. “ La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial ”, en *Cuadernos de Derecho Judicial* VII, 1994 , pg. 64. Del mismo Autor, *Multinationale Unternehmen und Strafrecht*, 1979, pgs. 99 y ss.

⁴ Cfr. GRACIA MARTÍN , L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal, II .Estudio específico del art. 15 bis del CP español* (doctrina, legislación y jurisprudencia) Zaragoza 1985, pg. 218 . En este sentido la jurisprudencia también atiende a un criterio de dominio fáctico del riesgo con independencia de la función que se contemple para el sujeto en la correspondiente norma reguladora (reglamentaria, contractual, etc.) . Así, podemos citar por ejemplo, aunque marginalmente en cuanto se ocupa de un problema distinto del delito fiscal, la STS de 22 de mayo de 1974, a cuyo tenor , “...las clasificaciones laborales realizadas por normas reglamentarias de profesiones o actividades en que se deslinden los cometidos de los sujetos que actúan como directores, encargados, mandos intermedios, técnicos y obreros, tienen sus efectos puros dentro de las relaciones laborales públicas, pero son meramente indicativos en el orden criminal ... porque ha de estarse no a lo que tales normas dispongan, sino a la efectiva realidad del hecho ...” .

Esta idea ha sido asumida ya por la jurisprudencia en cuanto a la responsabilidad del **administrador de hecho** de una persona jurídica. Y este administrador de hecho puede serlo un asesor fiscal. Y Esta doctrina ha encontrado reflejo en la reforma penal operada por la LO 15/2003, que ha introducido un apartado 3 en el art. 65, disponiendo que cuando la pena prevista para determinados partícipes es la misma que para el autor (como acontece en nuestro art. 28 del CP para inductores y cooperadores necesarios), y siguiendo las directrices de la doctrina más moderna y la jurisprudencia expuesta, podrá atenuarse la pena del *extraneus* partícipe en un delito especial propio. Por lo tanto, la circunstancia relevante para medir la responsabilidad penal no es tanto la cuestión de la infracción del deber jurídico tributario por quien formalmente lo tiene cuanto la cuestión de quien tiene el dominio de la situación que permite el cumplimiento del deber. Luego en los casos en los que es el asesor el que accedido al dominio de la ejecución típica la responsabilidad no debe ser atenuada, pues el *extraneus* asume la posición jurídica del *intraneus*.

En el caso de que se encargue a otros el cumplimiento de la obligación tributaria, *extraneus* en cuanto no son los obligados tributarios, (ejemplo, al asesor fiscal, al Abogado), resulta de aplicación el art. 31 del CP. Como es sabido, este precepto trata de dar soluciones al problema de la autoría cuando la cualificación requerida en el tipo concurre en el representado y no en el representante, de modo que “ el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una *persona jurídica*, o en nombre o representación legal o voluntaria de *otro*, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”⁵. Por tanto, si el asesor fiscal a quien se encomienda la realización de las actuaciones necesarias tendentes al cumplimiento de la obligación, incumple dolosamente el mandato recibido, sin conocimiento del representado, puede ser responsabilizado en concepto de autor por delito contable, conforme al precepto indicado, aunque no sea él personalmente el sujeto pasivo de la relación jurídico - tributaria⁶. Cuando actúa en connivencia con el deudor tributario, entonces podrá deducirse responsabilidad por su contribución al hecho como partícipe (inductor, cooperador necesario o cómplice no necesario).

⁵ De esta forma el CP de 1995 ha solucionado una laguna legal relativa a la actuación en nombre de personas físicas, cuando el *extraneus* actuaba sin concurso del *intraneus*. Como adecuadamente situó el problema AYALA GÓMEZ; I., El delito de defraudación tributaria, pgs.260 y ss., no se trata de una cuestión relativa a la ampliación del círculo de posibles sujetos activos del delito fiscal, sino de un problema que interesa a la parte general, se trata de regular adecuadamente las actuaciones en nombre de otro.

⁶ Por tanto, no sólo responde el representante en el caso del art. 77.3 LGT 1995 f), esto es, el representante legal de los sujetos obligados que carezcan de capacidad de obrar, sino que también el representante que ha asumido la posición de garantía, aunque no concurren en él y si en el representado las cualificaciones requeridas en el tipo penal.

Por ello conviene matizar alguna de las escasas aplicaciones judiciales que se han dado al caso que nos ocupa, en particular la contenida en la SAP Barcelona de 23 de abril de 1993, cuando niega en términos absolutos que pueda ser autor de este delito un asesor fiscal, a pesar de que haya asumido fácticamente el dominio de la situación. De igual modo que el padre puede delegar sus deberes legales de asistencia y cuidado de sus hijos (por ejemplo, en una niñera), no hay razón para impedir la delegación eficaz del cumplimiento de los deberes tributarios. Cuando el asesor fiscal ha asumido el deber, en la medida en que el contribuyente le haya dotado de todos los medios precisos para el cumplimiento de ese deber y haya seleccionado a persona idónea, puede haberse producido un traslado de responsabilidad con valor exonerante para el directamente obligado, porque lo relevante no es quién es el jurídicamente obligado, sino determinar quién tiene el dominio fáctico de la situación, pues el art. 31 CP quiere evitar lagunas de punibilidad, por lo que el asesor fiscal puede ser responsable en el caso de que dolosamente ponga en peligro o lesione el bien jurídicamente protegido en los delitos contra la hacienda Pública.

2. No cabe la participación por omisión. En este contexto se plantea la cuestión de si la omisión de comunicación de conocimientos relativos a situaciones desfavorables de la sociedad, puede acarrear alguna responsabilidad al asesor fiscal. La omisión es punible en el caso de que se incumpla el *deber jurídico de informar* impuesto por la ley ((por ejemplo, a los administradores de la sociedad).

En nuestro caso, ninguna ley impone al asesor el deber de informar a la Hacienda Pública sobre la real situación de la empresa. Incluso en aquellos casos en los que haya tenido conocimiento de la situación irregular de la empresa, no sólo el deber de secreto profesional puede amparar su comportamiento omisivo, sino que, como decimos, no ostenta una posición de garante de la Hacienda Pública. Por tanto, la mera omisión no es punible ni siquiera como forma de participación. Como dice QUINTERO OLIVARES, no puede considerarse en ningún caso al asesor fiscal como coautor del delito fiscal “ porque no existe un deber legal de averiguar la certeza de los datos que el contribuyente ofrece al asesor, porque, aun siendo consciente de la falsedad de los datos que se presentan a la Administración Tributaria, la relación jurídico- tributaria no establece más que entre el contribuyente y la Hacienda Pública ”. Ciertamente no existe un deber de fidelidad del asesor respecto de la Hacienda Pública, y no puede ser exigida responsabilidad por el incumplimiento del inexistente deber de fidelidad.

3.- El asesor es responsable en el caso de una **planificación fiscal ilícita** .

Cualquier ciudadano puede organizar su actividad económica en la forma que le resulte fiscalmente más ventajosa cuando ello no suponga contravención alguna normativa y siempre que aquella actividad sea real y se ejerza efectivamente por quien aparezca formalmente como su titular. Esta es la llamada *economía de opción* , en el sentido de que el contribuyente puede optar , de entre las varias posibilidades que le ofrece la ley, por aquella que le resulte económicamente más rentable (*la moins imposable* ⁷) . Incluso esa configuración puede consistir en lo que se ha denominado “ ingeniería financiera ”, pues en cuanto tal este comportamiento es neutro – no es *per se* punible – desde la perspectiva del Derecho penal ⁸ .Lógicamente ello es posible porque no rige en el Derecho tributario un principio conforme al cual la actividad económica debe organizarse en la forma más rentable para el fisco. Por el contrario, hay un espacio de libre organización permitida, aunque se persiga en el caso particular eludir posiciones fiscales más gravosas. Ello obliga a distinguir conceptualmente la *elusión fiscal* y la *evasión fiscal* .

A menudo existen dudas en la práctica acerca de los elementos que caracterizan la economía de opción y su deslinde con el fraude de ley, y éste a su vez con la simulación. En un intento de clarificar esta situación podemos decir lo siguiente:

a) No es dudoso el caso de la *economía de opción expresa*, cuando es la propia ley la que de manera explícita concede al contribuyente la opción por una u otra forma negocial.

b) Junto a esta clase de economía de opción existen *economías de opción tácitas*, que son auténticos casos de incoherencia legal, en la medida en que el contribuyente puede configurar su negocio de forma técnicamente correcta y acomodada a la ley para obtener un ahorro fiscal o menor coste tributario, pero sin que la ley haya autorizado de modo explícito este proceder. Se trata de economías de opción no deseadas, sobre las cuales dijo el Tribunal Constitucional en la STC 46/2000, de 17.02 que el legislador puede “*limitar el margen de actuación de los sujetos pasivos cuyas conductas fuesen derechamente a la búsqueda de economías de opción elusivas del deber constitucional de contribuir todos al sostenimiento de los gastos públicos*”. Un

⁷ La Corte de Casación de Bélgica declaró el 6 de junio de 1961 – caso Brepols- que “ Teniendo en cuenta que no hay simulación respecto al fisco ni, por tanto, fraude fiscal, cuando las partes utilizan la libertad de contratación para beneficiarse del régimen fiscal más favorable, sin violar, no obstante, ninguna obligación legal y estableciendo en los actos que aceptan todas las consecuencias, aunque las formas que les dan no sea la más normal ”

⁸ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J.M., “ Ingeniería financiera y Derecho Penal ” , en *Fenómenos delictivos complejos*, CGPJ, 1999, pgs. 166 y ss.

claro ejemplo de norma antielusiva se produjo con la Ley 48/85 que modificó el art. 12.2 de la Ley 44/78, con la finalidad de evitar que el régimen de transparencia fiscal fuera utilizado en la práctica para imputar pérdidas a los socios, soslayando así la finalidad del régimen de transparencia fiscal de evitar la interposición de Sociedades instrumentales eludiendo el Impuesto sobre la Renta.

c) *El fraude de ley* – ahora reformulado en el art. 15 como caso “conflicto en la aplicación de la norma” es discutido en su concepto y naturaleza. Para calificar un negocio como fraude de ley es preciso que se den los siguientes elementos : a) que se elijan formas jurídicas insólitas e impropias teniendo en cuenta el fin perseguido por las partes; b) que el resultado económico que las partes obtengan sea sustancialmente el mismo si hubieran revestido su actuación conforme a las formulas jurídicas acordes con la naturaleza del fin perseguido, y c) que como resultado de todo ello se deriven unas ventajas económicas, consistentes en una menor tributación.

Por tanto, es elemento que caracteriza el fraude de ley la *anomalía en relación con el fin perseguido por las partes*. El art.15 LGT se refiere a este elemento como requisito del abuso en la aplicación de la norma tributaria, exigiendo actos o negocios “que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido”. Y es precisamente la anomalía del negocio la que : a) permite distinguir la economía de opción del fraude de ley; b) como elemento del fraude de ley no es circunstancia que permita convertir en todo caso el supuesto en simulación. Es decir, *la anomalía del negocio jurídico lleva de suyo que el fin realmente perseguido por las partes no es el del negocio anómalo, sino el del negocio típico eludido*, luego no puede verse en toda anomalía del negocio un supuesto de simulación (en contra, STS Pe 15.07.02).

En cuanto a su naturaleza, el negocio en fraude de ley, o el supuesto de conflicto en la aplicación de la norma tributaria, no es un caso negocio ilícito, sino tan solo un negocio que conduce a resultados *injustos*, que no puede dar lugar a responsabilidad penal por delito fiscal ni a infracción administrativa tributaria, como declara el art.15.3 LGT. La razón de que no proceda la imposición de sanciones en este caso, es que no se contraviene el mandato de una norma, sino que se evita mediante artificios la realización del presupuesto de hecho del que nace el mandato. Porque en el caso del fraude de ley no se ha realizado el hecho imponible, se ha eludido su realización. Por tanto, no ha surgido la obligación tributaria asociada al hecho imponible eludido. Por ello,

la infracción tributaria, y , en su caso, el delito fiscal, se reducen a los casos en que se ha realizado el hecho imponible, ha surgido la obligación tributaria y se ha eludido el pago del impuesto . Además, tomando como presupuesto que en el fraude de ley no se ha realizado el supuesto de hecho de la norma eludida, la aplicación de la norma defraudada comporta un procedimiento de aplicación analógica al hecho equivalente efectivamente realizado por las partes. Y, como es sabido, no cabe la aplicación analógica *in peius* de las normas sancionadoras (cfr. STC de 27 junio de 1984). Por tanto, la extensión de la norma defraudada – en nuestro caso la norma que sirve de complemento al tipo penal - para declarar punible una conducta no descrita en ella, sino otra diferente –precisamente el comportamiento elusivo de la norma – comporta una aplicación analógica prohibida por el principio de legalidad penal.

d) A diferencia de los supuestos anteriores, en los casos de *simulación* se oculta la realidad patrimonial o el negocio realmente realizado mediante la exposición de una realidad jurídica meramente formal. La ocultación constituye un hecho ilícito sancionable administrativamente – art.16 LGT- (y, en su caso, como delito fiscal). Una modalidad típica de simulación es la utilización de persona interpuesta, esto es, la realización de una operación o negocio mediante un testafierro, ocultando el verdadero titular del derecho o situación patrimonial, lo que además constituye una circunstancia que cualifica la infracción a tenor del art. 184.3, al reputarse como medio fraudulento.

4. La STS 2ª de 28.11.03 también se ha pronunciado acerca de la relevancia penal del *fraude a la ley*, con argumentos que merecen algunas objeciones como desarrollaremos más abajo. Dice esta resolución que:

“ En cualquier caso no puede compartirse el criterio del recurrente en el sentido de que el fraude de ley exime de delito fiscal. Desde la perspectiva penal lo que debe constatar es la concurrencia de los elementos integrantes del tipo, por lo que si consta que se ha defraudado a la hacienda Pública mediante la voluntaria y consciente elusión del pago de tributos por importe superior a la cuota legal, ha de sancionarse, en principio, la conducta como delito fiscal. *Y no cabe apreciar un menor disvalor en la conducta de quien de modo deliberado y consciente encubre la elusión típica mediante un fraude de ley respecto de quien simplemente omite realizar el pago con un mayor riesgo de ser descubierto.*

(...) A la aplicación de la norma penal no se opone que el citado art. 24 LGT disponga en su apartado tercero que ...sin que *a estos solos efectos* proceda la imposición de sanciones, *pues el artículo 305 del Código penal no sanciona en estos casos la utilización del procedimiento encubridor de la elusión impositiva, sino la elusión en sí misma.* Y como ya se ha expresado carece de sentido punitivo que la mera omisión de declarar implique elusión típica, y no lo suponga la alusión deliberadamente enubierta mediante un comportamiento fraudulento ... Cuestión diferente es que pueda alegarse

error de prohibición, en aquellos casos en que concurran los presupuestos de esta figura, pero desde luego el fraude de ley no impide la aplicación de las normas eludidas, incluidas las que sancionan penalmente la elusión fiscal en determinados supuestos ”.

Esta resolución puede conducir, de aplicarse literalmente la doctrina que expresa *obiter dicta* (reconoce la sentencia que en cualquier caso en el supuesto que resuelve se aprecia simulación y no fraude de ley), a una ampliación indebida del delito fiscal. Y merece las siguientes objeciones:

a) No explica la sentencia comentada, lo da por supuesto, por qué razón considera que “la mera omisión de declarar implica elusión típica”, a pesar de que la jurisprudencia había ya evolucionado en el sentido de reconducir el delito fiscal a la idea de la defraudación entendida como especial desvalor de acción. Pues por las razones dichas, y ante la necesidad de deslindar convenientemente el injusto penal y el ilícito administrativo bajo el prisma del principio de intervención mínima, aparece evidente que “quien simplemente omite realizar el pago con un mayor riesgo de ser descubierto” no realiza una acción que merezca reproche penal, por su escaso contenido de ilicitud. Y la elusión del pago de un tributo por medio de un comportamiento en fraude de ley sí presenta un menor desvalor que la conducta de quien elude el pago, como dice la sentencia, “enmascarándose esta elusión mediante un disfraz de la realidad”, por lo que debe determinarse si el mínimo que requiere el derecho penal para su actuación se sitúa en la simulación o en el fraude de ley. En ningún caso, entendemos, en la mera elusión del pago.

b) De otro lado, lo relevante en el fraude de ley es la evitación de la aplicación de la norma eludida, no “el procedimiento encubridor de la elusión impositiva”, y el legislador tributario ha considerado que la elusión impositiva en estos casos no merece ser castigada con una sanción administrativa. Por esta razón, no se comprende cómo es posible que el legislador penal sí sancione la referida elusión impositiva – la misma- , como sostiene la sentencia comentada. Por otra parte, el art. 15 de la nueva Ley General Tributaria, frente al anterior art. 24, ya no dice que la exclusión de la sanción sea “a los solos efectos tributarios”, a pesar de que la STS 28.11.03 había utilizado este argumento para considerar sancionable el supuesto de acuerdo con la ley penal.

c) Constituye un error equiparar la norma fiscal eludida mediante el comportamiento en fraude de ley con la norma penal evitada. Si se reconoce – como hace la sentencia comentada- que se ha producido la elusión de las normas que sancionan penalmente la elusión fiscal es porque sencillamente no

se realizado el supuesto de hecho típico, y en este caso la aplicación de la norma penal eludida supondría una aplicación analógica en contra del reo prohibida constitucionalmente.

Con otras palabras: si no se realiza el hecho imponible regulado en la norma fiscal defraudada no ha surgido el deber cuya infracción se sanciona penalmente. Si se ha realizado otro hecho imponible habrá surgido otro deber concreto, que en su caso habrá sido cumplido por las partes. Por ello, no puede considerarse que se ha infringido un deber que nunca existió, por mucho que la aplicación de la consecuencia jurídica del fraude de ley permita aplicar analógicamente la norma fiscal evitada *como si hubiera surgido aquél deber*, sobre la base de que *el nacimiento del hecho imponible debía haber tenido lugar*. Por el contrario, es claro que no cabe sancionar penalmente *como si el deber hubiera surgido*, pues ello supone simplemente la aplicación analógica de ley penal.

5.- De acuerdo con lo anterior, hay que objetar a la tesis que ve en el fraude de ley un caso punible (la última recogida en la STS 28 de noviembre de 2003), que :

1) La protección penal de la Hacienda Pública es *secundaria*. El sistema penal no puede tutelar comportamientos que según el legislador no constituyen meras infracciones administrativas. Hay que recordar que el delito fiscal constituye un injusto agravado con relación al sistema administrativo sancionador, porque una defraudación inferior a quince millones de pesetas debe constituir ilícito administrativo, sin que se justifique la tutela *per saltum* del Derecho Penal. No es irrelevante en consecuencia que la LGT (art. 15) no conceptúe como infracción tributaria el fraude a la ley fiscal. Al Derecho Penal le compete sólo una función de protección subsidiaria, y el delito fiscal está construido sobre la base de un plus de desvalor, de un hecho ya desvalorado por el Derecho pero que presenta un plus de antijuridicidad. Por ello, cuando el comportamiento no es constitutivo de infracción tributaria en ningún caso puede ser constitutivo de delito fiscal. Es una consecuencia evidente del principio de proporcionalidad . Y no puede serlo no sólo porque cuantitativamente ello es improcedente, sino porque, como veremos a continuación, con el comportamiento en fraude de ley no hay infracción de la norma tributaria, sino sólo su evitación.

2) El aprovechamiento de las antinomias legales no es constitutivo de delito. Como pone de manifiesto TIEDEMANN , en los llamados supuestos de fraude de

ley el perjuicio que puede resultar para la Hacienda Pública no es consecuencia del engaño del contribuyente, sino de una deficiente técnica legislativa ⁹. La circunstancia de que el delito fiscal no requiera propiamente un engaño, como el delito de estafa, no significa que no deba exigirse en el comportamiento un determinado desvalor de acción. Es decir, no basta con comprobar que la Hacienda Pública ha resultado perjudicada en cuantía superior a quince millones de pesetas; por el contrario, es preciso que ese resultado sea imputable a un comportamiento que infrinja la norma de deber. Pero ese incumplimiento no se produce cuando en caso de concurrencia de normas el sujeto se ha cobijado en la norma más favorable, aunque con ello sólo se pretenda eludir la norma más gravosa y se persiga un resultado no querido por el legislador.

3) Sin infracción de la norma de determinación no existe posibilidad de injusto penal. Porque en el caso del fraude de ley no se ha realizado el hecho imponible, se ha eludido su realización. Por tanto, no ha surgido la obligación tributaria asociada al hecho imponible eludido ¹⁰. Por ello, la infracción tributaria, y el delito fiscal, se reduce a los casos en que se ha realizado el hecho imponible, ha surgido la obligación tributaria y se ha eludido el pago del impuesto. Como con acierto señala el profesor PALAO, en relación con la infracción tributaria, en ésta el hecho imponible se ha realizado y, por tanto, ha surgido una deuda tributaria a cargo del sujeto pasivo, mientras que en el caso del fraude de ley se intenta eludir la realización del presupuesto de hecho de la imposición ¹¹. Esta es, pues, la razón por la que el art. 15 LGT no conceptúa como infracción administrativa el fraude de ley tributaria, y es la misma razón que debe llevarnos a afirmar la no adecuación de este supuesto al tipo de injusto del delito fiscal. Incluso se ha afirmado con buen criterio que fraude de ley y sanción supone una incompatibilidad conceptual ¹²

2. Responsabilidad por violación de deberes de secreto

Además de los anteriores, el asesor fiscal, en cuanto persona física que tiene un conocimiento especial de la situación de la empresa, puede realizar, ahora en concepto de autor, aquellos tipos penales que tienen que ver con el deber de secreto derivado de su ejercicio profesional. Aparte de aquellos que protegen la intimidad, como el delito del art. 199 CP, que sanciona con pena de prisión al profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulga los secretos de otra persona, vienen en consideración aquellos tipos

⁹ Cfr. *Lecciones de Derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona 1993, pg. 164.

¹⁰ Así, MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; CASADO OLLERO, G.; y TEJERIZO LÓPEZ, J.M., *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, cit. pg. 187.

¹¹ PALAO TABOADA, C., *El fraude a la ley en Derecho tributario*, pg. 679.

penales que protegen el adecuado funcionamiento del mercado. En particular, merece especial consideración el delito de uso de información privilegiada en el mercado de valores. El art. 285 CP sanciona a “ Quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, *a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial*, o la suministrare obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a setenta y cinco millones de pesetas o causando un perjuicio de idéntica cantidad, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de tanto al triple del beneficio obtenido o favorecido». En este sentido son “ iniciados” , como personas que integran el posible círculo de autores de este delito, aquellas personas que detentan una información privilegiada y que la hayan obtenido a través del ejercicio de la profesión o funciones, y sin duda la información que eventualmente puede obtener el asesor fiscal de la empresa le otorga , cuando aquella es relevante, una posición de privilegio, cuyo abuso es sancionado penalmente.

C) MENCION ESPECIAL AL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITAL Y LAS FUNCIONES DE COLABORACIÓN EN LA PREVENCIÓN

1.- Como cuestión previa debe aclararse convenientemente que la simulación de la situación económica de una empresa que conlleve la ocultación al fisco de un capital por el que debe tributarse no llena por esta sola circunstancia el tipo del blanqueo de capitales. Es decir ocultar capital no equivale a blanquear el capital. El delito de blanqueo de capitales requiere en todo caso que se trata de bienes que tengan u origen ilícito y, en particular, que procedan de la previa realización de un delito grave. En este sentido, el delito fiscal no puede constituir delito previo a estos efectos porque el delito fiscal no produce fondos o capitales, sólo encubre bienes cuyo origen puede haber sido una fuente lícita, como un rendimiento lícito de la empresa, por ejemplo.

Con este antecedente, la contribución del asesor en operaciones que tengan como fin la transformación de bienes para ocultar su origen es atípica desde el prisma del delito de blanqueo de capitales si el origen remoto de esos bienes es

¹² Así, PRADA LARREA, J.L. “ Fraude de ley y sanción: una incompatibilidad conceptual ”, en *Impuestos*, nº 6, 1996.

una fuente lícita , aunque con esas maquinaciones se haya ocultado capital al fisco con la consiguiente responsabilidad tributaria.

Por tanto, la responsabilidad por blanqueo surgirá en el caso de ingeniería financiera destinada a ocultar o transformar bienes de conocido origen ilícito (por ejemplo, que deriva de un tráfico de drogas) , pero no en otro caso.

La prevención del blanqueo de capitales y las obligaciones de información de profesionales liberales se relaciona con la problemática del secreto profesional su posible limitación en la investigación de operaciones de blanqueo de capitales. El blanqueo de capitales es cuestión que preocupa fundamentalmente a la política criminal internacional ¹³ . El *Grupo de Acción Financiera* (GAFI) , tiene la finalidad de potenciar la cooperación internacional en materia de drogas, blanqueo de capitales, terrorismo y medio ambiente , mediante la formulación de Recomendaciones dirigidas a la armonización de los diferentes sistemas jurídicos. A tal efecto se elaboró en 1990 un informe (*Task Force Report*) comprensivo de cuarenta recomendaciones dirigidas a la construcción de un sistema internacional de lucha contra el blanqueo de capitales ¹⁴ .

La *Directiva 2001/97/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001 – denominada Segunda Directiva- , modifica la Primera *Directiva 91/308/CEE* del Consejo de las Comunidades Europeas, de 10 de junio de 1991, *sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales*, estableciendo nuevas obligaciones, señaladamente para miembros independientes de profesiones legalmente reconocidas y controladas que prestan asesoramiento jurídico, matizando el alcance del secreto profesional.

La Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas Medidas de Prevención del Blanqueo de Capitales transpone la Directiva 91/308/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, imponiendo fundamentalmente obligaciones administrativas de información y colaboración a las entidades financieras. La experiencia demuestra que las organizaciones criminales tienen como uno de sus principales objetivos las infiltraciones en el tejido financiero . El

¹³ Cfr. *Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito*, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990, publicado oficialmente (BOE 21-10-1998); *Directiva 91/308/CEE* del Consejo de las Comunidades Europeas, de 10 de junio de 1991, *sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales*, modificada por la *Directiva 2001/97/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001; *Decisión Marco del Consejo de la UE de 26 de junio de 2002, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito*; *Segundo Protocolo al Convenio PIF de julio de 1995*, adoptado por el Consejo el 19 de junio de 1997; *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, firmada en Palermo los días 12 y 15 de diciembre de 2000; *Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo*, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999.

¹⁴ Cfr. GROUPE D, ACTION FINANCIERE , *la lutte contre le blanchiment de capitaux. Rapport demandé par les chefs d'Etat lors du Sommet de L , Arche*, París, 1990 .

sistema bancario se ha demostrado especialmente vulnerable frente a estas intromisiones, por lo que la actuación preventiva debía proyectarse esencialmente sobre las entidades financieras.

Pero la Ley no se refiere sólo a las entidades bancarias o financieras sino que amplía su campo de aplicación hasta comprender también las personas físicas o jurídicas que ejerzan aquellas otras actividades profesionales o empresariales particularmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales. Se considerarán tales tras la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, que ha dado nueva redacción al art. 2 de la ley 19/1993: a) Los casinos de juego. b) Las actividades de promoción inmobiliaria o compraventa de inmuebles. c) Las personas físicas o jurídicas que actúen en el ejercicio de su profesión como auditores, contables externos o asesores fiscales, d) Los notarios, abogados y procuradores, respectos de determinadas actividades de asesoramiento. El Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, consideró sujetos obligados a los comerciantes de joyas, piedras y metales preciosos, de objetos de arte y antigüedades y las actividades de inversión filatélica y numismática. Y la Instrucción de 10 de diciembre de 1999 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre obligaciones de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles en materia de prevención del blanqueo de capitales, con la finalidad de favorecer el cumplimiento de la obligación establecida en el art. 16.1 de la Ley 19/93, establece un catálogo de operaciones susceptibles de estar particularmente vinculadas con el blanqueo de capitales.

2. Como hemos visto, la *Directiva 2001/97/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, modifica la anterior Directiva, estableciendo nuevas obligaciones para miembros independientes de profesiones legalmente reconocidas y controladas que prestan asesoramiento jurídico, matizando el alcance del secreto profesional. En su desarrollo, la precitada Ley 19/2003, de 4 de julio, ha incluido de forma expresa a los abogados, auditores y asesores fiscales como sujetos obligados.

La precitada Directiva permite distinguir las actuaciones del profesional independiente que suponen el asesoramiento preciso para que el blanqueo de capitales pueda realizarse – por ejemplo, la aportación de los conocimientos de ingeniería financiera para tal fin - , del asesoramiento jurídico que determina la situación jurídica del cliente en un procedimiento judicial, y en este último caso rige en todo su esplendor el secreto profesional como garantía del derecho de

defensa. En efecto, según la Directiva comunitaria 2001/97 (ver considerandos 16,17,18 y 20) debe considerarse que:

a) Los notarios y los profesionales independientes del ámbito jurídico, tal y como han sido definidos por los Estados miembros, deben estar sujetos a lo dispuesto en la Directiva ***cuando participen en operaciones financieras o empresariales, incluido el asesoramiento fiscal, en las que exista el mayor riesgo de que los servicios de dichos profesionales del ámbito jurídico se empleen indebidamente a fin de blanquear el producto de actividades delictivas.***

b) No obstante, cuando miembros independientes de profesiones legalmente reconocidas y controladas que prestan asesoramiento jurídico - como los abogados- ***estén determinando la situación jurídica de sus clientes o ejerciendo la representación legal de los mismos en acciones judiciales***, sería improcedente imponer a dichos profesionales respecto de estas actividades, en virtud de lo dispuesto en la Directiva, la obligación de notificar sospechas de blanqueo de capitales. Es preciso que existan dispensas a la obligación de notificación 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. Así pues, ***el asesoramiento jurídico sigue estando sujeto a la obligación de secreto profesional, salvo en caso de que el asesor letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales, o de que el abogado sepa que el cliente busca el asesoramiento jurídico para el blanqueo de capitales.***

c) Servicios directamente comparables deben ser objeto de idéntico trato, cualesquiera que sean los profesionales contemplados en la presente Directiva que ejerzan dichos servicios. Con el fin de preservar los derechos establecidos por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por el Tratado de la Unión Europea, por lo que respecta a los ***auditores, contables externos y asesores fiscales que en determinados Estados miembros pueden defender o representar a sus clientes en el contexto de una acción judicial o establecer la situación jurídica de sus clientes***, la información que obtengan en el ejercicio de estas funciones no puede estar sujeta a la obligación de notificación con arreglo a la Directiva.

d) En el caso de los notarios y profesionales independientes del ámbito jurídico, y para atender adecuadamente a la obligación de observar el secreto

profesional que tienen con sus clientes, *debe autorizarse a los Estados miembros a designar al colegio de abogados u otro organismo autorregulador de profesionales independientes como el organismo al que dichos profesionales deben notificar las operaciones sospechosas de blanqueo de capitales*. Los Estados miembros deben determinar las normas por las que se regirá el tratamiento de estas notificaciones y su posible transmisión a las "autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales" y, en general, las formas apropiadas de cooperación entre los colegios de abogados u organismos profesionales y dichas autoridades.

De acuerdo con ello, el art. 2 bis 2) de la Directiva impone las obligaciones de información de operaciones sospechosas, a “ las siguientes personas físicas o jurídicas que actúen en el ejercicio de su profesión:

3) *auditores, contables externos y asesores fiscales*

5) notarios y otros profesionales independientes del Derecho cuando participen:

a) ya asistiendo *en la concepción o realización de transacciones* por cuenta de su cliente relativas a:

i) la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales;

ii) la gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente;

iii) la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores;

iv) la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas;

v) la creación, el funcionamiento o la gestión de sociedades fiduciarias, empresas o estructuras análogas;

b) ya actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria;...”

En este mismo sentido, la Ley 19/2003, de 4 de julio, ha nueva redacción al art. 2 de la ley 19/1993, a cuyo tenor, quedarán también sujetas a las obligaciones

de identificación e información establecidas en esta ley “*las personas físicas o jurídicas que actúen en el ejercicio de su profesión como auditores, contables externos o asesores fiscales*”, entendiéndose que se trata de actividades profesionales particularmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales.

En caso de que una persona física de las enumeradas en el artículo 2 bis ejerza su profesión en calidad de empleado de una persona jurídica, las obligaciones impuestas por el presente artículo recaerán en dicha persona jurídica en vez de en la persona física (art. 11 Directiva y apartado 3 del art. 2 Ley 19/1993, tras la reforma por Ley 19/2003) .

3. De acuerdo con lo expuesto, las obligaciones que se imponen al auditor y al asesor (cfr. nueva redacción del art. 3 de la Ley 19/1993) son fundamentalmente obligaciones de información que consisten en:

- a) Deberes de identificación del cliente y análisis de las operaciones realizadas, fundamentalmente cuando se trate de operaciones complejas, inusuales, sospechosas;
- b) información a las correspondientes autoridades, por iniciativa propia, de cualquier hecho que pudiera ser indicio de blanqueo de capitales;
- c) facilitación a dichas autoridades, a petición de éstas, toda la información necesaria de conformidad con los procedimientos establecidos en la legislación aplicable. En el caso de los notarios y otros profesionales independientes del Derecho contemplados en el punto 5 del artículo 2 bis de la Directiva , los Estados miembros podrán designar al organismo autorregulador pertinente de la profesión de que se trate como la autoridad a la que se ha de informar acerca de los hechos.

Ahora bien, en *salvaguarda del secreto profesional*, a tenor del art. 6.3 de la Directiva, los Estados miembros no estarán obligados a imponer las obligaciones establecidas en el apartado 1 a los notarios, profesionales independientes del Derecho, auditores, contables externos y asesores fiscales, con respecto a la información que éstos 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 procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información

antes, durante o después de tales procesos. En el mismo sentido se ha dispuesto la salvaguarda del secreto en el nuevo apartado 4 del art. 3 de la Ley 19/1993.

En todo caso, con relación a la divulgación de datos reservados , se establece una *cláusula de inmunidad* en el art. 9 de la Directiva, a cuyo tenor “La revelación, de buena fe, de la información contemplada en los artículos 6 y 7 a las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales, por parte de una persona, entidad o institución sujeta a lo dispuesto en la presente Directiva, o de sus empleados o directivos no constituirá violación de las restricciones sobre divulgación de información impuestas por vía contractual o por cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa y no implicará ningún tipo de responsabilidad para la persona, entidad o institución, sus directivos y empleados.”

El incumplimiento de los deberes de información genera la correspondiente responsabilidad disciplinaria. En realidad la Segunda Directiva y la Ley 19/2003, de 4 de julio no suponen la ampliación de la responsabilidad penal del auditor y el asesor por el delito de blanqueo de capitales, porque al margen de estas normas , la contribución al hecho del blanqueo es punible ya conforme a la ley penal vigente. Y entendemos que el incumplimiento de los deberes de información impuestos en la ley – el comportamiento omisivo – no resulta equivalente a la acción a los efectos de una posible imputación del delito de blanqueo de capitales, pues la averiguación postconsumativa por el asesor de una operación sospechosa en la que no se ha intervenido, seguida de la omisión de información a las autoridades competentes, no equivale a la acción típica del blanqueo de capitales en el sentido del art.11 CP.