

BASE DE DATOS DE Norma

Referencia: NFJ072034

TRIBUNAL SUPREMO

Auto de 10 de octubre de 2018

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 80/2018

SUMARIO:

Procedimiento de gestión. Obtención de información con carácter general. Obligación de informar sobre la cesión de uso de viviendas con fines turísticos. *Solicitud de suspensión de la ejecutividad del apdo Once del artículo primero del RD 1070/2017, de 29 de diciembre, por el que se introduce RD 1065/2007 (RGAT) un nuevo art. 54 ter, que regula la «Obligación de informar sobre la cesión de uso de viviendas con fines turísticos».* Aceptando los argumentos alegados por la Abogacía del Estado, y valorando las circunstancias concretas que concurren en el presente caso, no procede acceder a la medida cautelar de suspensión solicitada porque:

-El recurrente no ha probado los perjuicios irreparables que se derivan de la aplicación de la norma en cuestión (que obligan a realizar cambios técnicos, a incorporar nuevos procesos informáticos o adaptar las aplicaciones existentes, con el coste económico que supone, lo que puede producir una huida de clientes por la mayor complejidad de manejo; o, la necesidad de los prestadores de servicios de alojamiento de datos de adoptar un comportamiento activo de captación de datos, que supone una modificación de su régimen jurídico y de su modelo de negocio, al alterarse su régimen de responsabilidad). En particular, las referencias al régimen jurídico y a la necesidad de adaptar el modelo de negocio más bien parecen expresar dudas jurídicas sobre si algunas de las empresas o entidades representadas por la entidad recurrente están obligadas o no al suministro de información dispuesto en el mencionado precepto, lo que convierte la impugnación en una impugnación hipotética y no justifica la suspensión cautelar.

-El recurrente no puede invocar en su favor la apariencia de buen derecho de su pretensión pues se trata de una disposición reglamentaria no anulada previamente y los vicios de nulidad que se imputan no tienen carácter manifiesto o evidente, sin que, en particular, se vean afectados los derechos fundamentales del recurrente, de sus asociados o de terceros.

-Existe un interés público prevalente, fundado en la necesidad de obtener información que garantice la aplicación del sistema tributario (lucha contra el fraude fiscal) y de prevenir el blanqueo de capitales, que se pone de manifiesto de forma singular en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018 en el que se decide mantener la vigencia del precepto y desestimar el requerimiento de la CNMC.

PRECEPTOS:

Ley 58/2003 (LGT), arts. 18 y 93.
RD 1065/2007 (RGAT), art. 54 ter.
Ley 29/1994 (LAU), art. 5.
Ley 29/1998 (LJCA), arts. 45 y 129.
Constitución Española, art. 31.

PONENTE:

Don José Díaz Delgado.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: Segunda



Auto núm. /

Fecha del auto: 10/10/2018

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/d)

Número del procedimiento: 80/2018

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado

Procedencia: MINISTERIO DE HACIENDA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

Transcrito por:

Nota:

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 80/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: Segunda

AUTO

Excmos. Sres.

D. Nicolas Maurandi Guillen, presidente
D. Jose Diaz Delgado
D. Angel Aguallo Aviles
D. Francisco Jose Navarro Sanchis
D. Jesus Cudero Blas
D. Rafael Toledano Cantero
D. Dimitry Berberoff Ayuda

En Madrid, a 10 de octubre de 2018.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por la Asociación Española de Economía Digital ADIGITAL en el en el sexto otrosí del escrito de demanda formuló solicitud de adopción de medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecutividad del apartado 11 del artículo primero del Real Decreto 1070/2017, de 29 de diciembre, por el que se introduce en el Reglamento General de las actuaciones y procedimientos de gestión e inspección tributaria aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, un nuevo artículo 54 ter, que regula la "Obligación de informar sobre la cesión de uso de viviendas con fines turísticos" (art. 54 ter RGAT). Dispone esta norma lo siguiente:

"Once. Se introduce un nuevo artículo 54 ter, con la siguiente redacción:

"Artículo 54 ter. *Obligación de informar sobre la cesión de uso de viviendas con fines turísticos.*

1. Las personas y entidades que intermedien entre los cedentes y cesionarios del uso de viviendas con fines turísticos situadas en territorio español en los términos establecidos en el apartado siguiente, vendrán obligados a presentar periódicamente una declaración informativa de las cesiones de uso en las que intermedien.

2. A los exclusivos efectos de la declaración informativa prevista en este artículo, se entiende por cesión de uso de viviendas con fines turísticos la cesión temporal de uso de la totalidad o parte de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, cualquiera que sea el canal a través del cual se comercialice o promocióne y realizada con finalidad gratuita u onerosa".

En todo caso quedan excluidos de este concepto:

a) Los arrendamientos de vivienda tal y como aparecen definidos en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, así como el subarriendo parcial de vivienda a que se refiere el artículo 8 de la misma norma legal.

b) Los alojamientos turísticos que se rigen por su normativa específica.

A estos efectos no tendrán la consideración de excluidos las cesiones temporales de uso de vivienda a que se refiere el artículo 5.e) de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, con independencia del cumplimiento o no del régimen específico derivado de su normativa sectorial al que estuviera sometido.

c) El derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.

d) Los usos y contratos del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, salvo aquellas cesiones a las que se refiere la letra e) de este artículo.

3. A los efectos previstos en el apartado 1, tendrán la consideración de intermediarios todas las personas o entidades que presten el servicio de intermediación entre cedente y cesionario del uso a que se refiere el apartado anterior, ya sea a título oneroso o gratuito.

En particular, tendrán dicha consideración las personas o entidades que, constituidas como plataformas colaborativas, intermedien en la cesión de uso a que se refiere el apartado anterior y tengan la consideración de prestador de servicios de la sociedad de la información en los términos a que se refiere la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, con independencia de que presten o no el servicio subyacente objeto de intermediación o de que se impongan condiciones a los cedentes o cesionarios tales como precio, seguros, plazos u otras condiciones contractuales.

4. La declaración informativa contendrá los siguientes datos:

a) Identificación del titular de la vivienda cedida con fines turísticos así como del titular del derecho en virtud del cual se cede la vivienda con fines turísticos, si fueren distintos.

La identificación se realizará mediante nombre y apellidos o razón social o denominación completa, y número de identificación fiscal o en los términos de la Orden Ministerial por la que se apruebe el modelo de declaración correspondiente.

A estos efectos se considerarán como titulares del derecho objeto de cesión quienes lo sean del derecho de la propiedad, contratos de multipropiedad, propiedad a tiempo parcial o fórmulas similares, arrendamiento o subarrendamiento o cualquier otro derecho de uso o disfrute sobre las viviendas cedidas con fines turísticos, que sean cedentes, en última instancia, de uso de la vivienda citada.

b) Identificación del inmueble con especificación del número de referencia catastral o en los términos de la Orden Ministerial por la que se apruebe el modelo de declaración correspondiente.

c) Identificación de las personas o entidades cesionarias así como el número de días de disfrute de la vivienda con fines turísticos.

La identificación se realizará mediante nombre y apellidos o razón social o denominación completa, y número de identificación fiscal o en los términos de la Orden Ministerial por la que se apruebe el modelo de declaración correspondiente.

A estos efectos, los cedentes del uso de la vivienda con fines turísticos deberán conservar una copia del documento de identificación de las personas beneficiarias del servicio, anteriormente señalado.

d) Importe percibido por el titular cedente del uso de la vivienda con fines turísticos o, en su caso, indicar su carácter gratuito.

5. La Orden Ministerial por la que se apruebe el modelo de declaración correspondiente establecerá el plazo de presentación y contendrá la información a que se refiere el apartado anterior, así como cualquier otro dato relevante al efecto para concretar aquella información".

Segundo.

De dicha solicitud se dio traslado al Abogado del Estado, que en escrito de 24 de septiembre de 2018 se opuso a la misma en base a las siguientes razones:

- 1.-La solicitud de suspensión es extemporánea.
- 2.- El precepto impugnado requiere del dictado de una orden ministerial de aplicación. Inexistencia de perjuicios efectivos.
- 3.- No concurren los criterios para decretar la suspensión de una disposición de carácter general.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Sobre la extemporaneidad de la solicitud.

Como sostiene el Abogado del Estado, según el art. 129.2 LJCA: "Si se impugna una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda." .Recuerda que este precepto ha sido interpretado por esta Sala en el sentido de que la solicitud debe presentarse, necesariamente, con el escrito iniciador del recurso contencioso administrativo, ya sea el escrito de interposición, ya el de demanda siempre que este último tenga carácter de escrito iniciador conforme al art. 45.5 LJCA, razonando que si de la aplicación de la disposición se derivaran verdaderos perjuicios, sería difícil justificar porque la petición de medida cautelar se formula en un momento posterior a aquel en que se inicia el recurso contra aquella. Cita los Autos del Tribunal Supremo de 23-3- 2015, ref. 952/2014, y 1-3-2016, ref. 963/2015, en los siguientes términos:

"TERCERO.- En el sentido expuesto interesa ahora recordar lo que dijimos en nuestro Auto de 23 de marzo de 2005, recaído en el Rº 952/2014, en el que la medida cautelar vino a instarse en el escrito de interposición del recurso. Precisamente en tanto que, formulado en el indicado trance, con motivo de la interposición del recurso, declaramos (FD 3º):

"TERCERO.- Hemos de resaltar, ante todo, la corrección del momento en que se procede a la formulación de la solicitud de la adopción de la medida cautelar interesada en el recurso. No es irrelevante la cuestión, porque dicha solicitud solo puede tener lugar en el escrito de interposición del recurso, contrariamente a la regla general de acuerdo con la cual la solicitud puede formalizarse en cualquier momento del proceso. En efecto, como vinimos a indicar en el Auto de 20 de diciembre de 2006 Rº 46/2005:

"Como excepción a la regla general de que la adopción de medidas cautelares podrá solicitarse "en cualquier estado del proceso", establecida en el número 1 del artículo 129 de la Ley de la Jurisdicción, el número 2 del mismo artículo ordena que la suspensión de una disposición de carácter general deberá solicitarse "en el escrito de interposición o en el de demanda". El significado de esta excepción no es el que parecería desprenderse de su dicción literal, en el sentido de que, iniciado el recurso contencioso-administrativo en el que se impugne directamente una disposición de carácter general, por medio del llamado escrito de interposición al que se refiere el artículo 45.1 de aquella Ley, pudiera después, en el posterior escrito de demanda, solicitarse la suspensión de la disposición impugnada o de sus concretos preceptos que lo fueran. Si ese fuera el significado de la excepción que analizamos, el legislador se habría expresado en términos aún más claros, ordenando que, después del escrito de demanda, no podría solicitarse la suspensión. Su recto sentido, deducido del espíritu y finalidad de la norma, es que la suspensión de las disposiciones de carácter general directamente impugnadas sólo puede solicitarse en el escrito inicial del recurso contencioso-administrativo, bien sea este escrito inicial el de interposición, bien sea el de demanda, por haber hecho uso la parte, en este caso, de la posibilidad que le otorga el artículo 45.5 de la Ley de la Jurisdicción.

Son dos las razones que conducen a esta interpretación: una primera, nuclear o básica -que se conecta con los valores de seguridad jurídica, integridad del ordenamiento jurídico e igualdad en la aplicación de éste, y que nace por estar llamada toda disposición de carácter general a ser aplicada en múltiples actos singulares, posteriores y sucesivos-, consistente en la necesidad de que su suspensión cautelar sea acordada, no en cualquier estado del proceso, sino en el momento más próximo posible a la entrada en vigor de la disposición general, cuando todavía puedan ser escasos los actos dictados en su aplicación o los efectos derivados de ella; y una segunda, complementaria de la anterior, consistente en que una interpretación como la que se sostiene no merma, en cambio, el derecho a la tutela judicial efectiva, del que forma parte el instituto de la tutela cautelar, pues el destinatario de cualquiera de los actos de aplicación de aquella disposición general, puede impugnarlos, e impugnarlos con fundamento en la ilegalidad de la disposición aplicada (impugnación indirecta), renaciendo entonces la regla general de que las medidas cautelares contra el acto de aplicación pueden solicitarse en cualquier estado del proceso".

La entidad recurrente ha satisfecho la exigencia requerida por nuestra Ley jurisdiccional (artículo 129.2) y ha interesado la medida cautelar en el momento procedente".

En el supuesto que nos ocupa, no ha sido así y la petición de suspensión del precepto impugnado se formula junto a la demanda. Siquiera solo por esta razón procedería ahora denegar la suspensión interesada".

En el presente recurso la solicitud de adopción de la medida cautelar se efectúa por medio de otrosí en el escrito de demanda de fecha 19 de julio de 2018, limitándose el escrito iniciador del recurso de 27 de febrero de 2018, con entrada en el Tribunal Supremo el 1 de marzo de 2018, a la mera interposición del recurso conforme a los apartados 1 y 2 del art. 45 LJCA, de manera que, en virtud de la doctrina expuesta, la medida cautelar se ha solicitado fuera del plazo del art. 129. LJCA, lo que determina la inadmisión de la solicitud.

Segundo. *El precepto impugnado requiere del dictado de una orden ministerial de aplicación. Inexistencia de perjuicios efectivos.*

Como sostiene el abogado del Estado, el artículo impugnado supedita su aplicación efectiva a la promulgación de una orden ministerial, sin que el recurrente se haya referido a esta cuestión y haya identificado daños independientes de la entrada en vigor de la orden ministerial. Y esa disposición de aplicación sería susceptible de impugnación, abriendo así la posibilidad de adopción de medidas cautelares ante la jurisdicción contencioso-administrativa, al amparo de los artículos 129 y siguientes de su Ley reguladora.

Según el apartado 5 del art. 54 ter: "La Orden Ministerial por las que se apruebe el modelo de declaración correspondiente establecerá el plazo de presentación y contendrá la información a que se refiere el apartado anterior, así como cualquier otro dato relevante al efecto para concretar aquella información."

De manera que el art. 54 ter RGAT no es inmediatamente ejecutivo y requiere para su aplicación de una orden ministerial que fije el plazo de presentación.

Siendo así, como sostiene la parte recurrida, el precepto impugnado no produce perjuicios de imposible o difícil reparación o, al menos, ello hubiera exigido una particular acreditación por parte del recurrente (sin perjuicio de aplicar el motivo de inadmisibilidad alegado en el anterior apartado primero).

Tercero.

No concurren los criterios para decretar la suspensión de una disposición de carácter general.
Cita el Abogado del Estado Auto de esta Sala de 1 de marzo de 2016, ref. 963/2015):

"CUARTO.- Un examen de fondo de la cuestión suscitada conduce en cualquier caso al mismo resultado desestimatorio, partiendo de la base de la doctrina que tenemos establecida en la interpretación de los preceptos reguladores de las medidas cautelares -no limitadas a la suspensión de la vigencia de la norma o del acto impugnado-, de la que dejamos consignada ya en nuestros Autos de 2 de noviembre de 2000 , 5 de febrero , 21 de marzo y 25 de junio de 2001 , cuyo tenor literal transcribimos a continuación:

"En el nuevo régimen de medidas cautelares, ya no sólo limitado a la suspensión, instaurado por la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, partiendo de aquel principio general, --no otro sentido puede tener el adverbio <<únicamente>> del artículo 130.1---, se permite al Órgano jurisdiccional en sus artículos 129 y 130, la adopción de las medidas cautelares teniendo en cuenta una doble referencia: valorando no sólo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también la de que con la medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada.

La exégesis del precepto conduce a las siguientes conclusiones:

a) la adopción de la medida, exige de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso;

b) aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuarse siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado; y,

c) en todo caso el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el Órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada>>.

Es preciso estar, pues, aparte de a la pérdida de la finalidad legítima del recurso como criterio determinante de la medida cautelar solicitada, a la producción de una perturbación grave a los intereses generales o de tercero, porque está sola circunstancia podría impedir la adopción de la medida cautelar.

Quinto.

- Partiendo de esta doctrina general, en el caso de los reglamentos o disposiciones de carácter general, todavía con mayor claridad resplandece la relevancia del criterio al que acabamos de referirnos. Lo resaltábamos en nuestro Auto de 27 de noviembre de 2006 (Rº 53/2006):

"Esta Sala del Tribunal Supremo ha desarrollado una doctrina en relación con la suspensión cautelar de las disposiciones generales que puede concretarse en los siguientes puntos:

a) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de este Tribunal se muestra restrictiva a la hora de conceder la suspensión cuando se encuentran en juego intereses públicos, siendo ello apreciable especialmente en aquellos casos en que la petición de medidas cautelares afecta a disposiciones generales, como aquí sucede y en los procedimientos selectivos de personal por parte de la Administración Pública.

b) En lo que afecta a disposiciones generales, señala el Auto de esta Sala de 28 de mayo de 1993 y reitera el posterior Auto de 16 de diciembre de 2005, que suspender el cumplimiento de una disposición general producirá un evidente perjuicio al interés general de un determinado administrado que puede ser perfectamente reparado, restableciendo en su integridad su derecho o, de no ser posible, mediante las indemnizaciones a que hubiere lugar.

c) Por otra parte, es doctrina constante de esta Sala (en Autos de 22 de febrero de 1996, 22 de marzo de 1993, 18 de julio de 2000 y 8 de octubre de 2004) que cuando se trata de impugnación de disposiciones generales es prioritario el examen de la medida en que el interés público, implícito en la propia naturaleza de la Disposición General, exija la ejecución. En consecuencia, salvo evidencia de que puedan producirse perjuicios irreversibles, que no es el caso, en principio el daño que hipotéticamente pudiera generarse derivaría de los actos de ejecución y no de la disposición general y la suspensión no afectaría en el mismo sentido al interés público, del que se derivaría un grave perjuicio si se suspendiese la aplicación de la disposición impugnada>>.

Y respecto del requisito de apariencia de buen derecho, la Sala señala la evolución de la doctrina en la materia (Cfr. Auto 23 de marzo de 2015, ref. 952/2014), en los siguientes términos:

"La Ley de la Jurisdicción de 1956 no hacía expresa referencia al criterio del *fumus bonis iuris*, como tampoco lo hace la vigente LJCA, cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC/2000 que sí alude a este criterio en el art. 728.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta ATS 14 de abril de 1997; de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que "la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (AATS 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997, entre otros)".

Pues bien, como sostiene la recurrida, debe examinarse si la entrada en vigor del art. 54 ter RGAT crea situaciones jurídicas irreversibles. Como tales el recurrente alega, al margen de los daños económicos se producen los siguientes efectos:

1.- Cambios técnicos, con necesidad de incorporar nuevos procesos informáticos y de adaptar aplicaciones existentes, con un coste de 2 o 3 millones de euros (y costes indirectos de 160 millones de euros), a lo que cabe añadir que puede producirse una huida de clientes por una mayor complejidad de manejo (desaparecería la simplicidad y facilidad).

Esta alegación tendría su apoyo en la prueba pericial acompañada si bien puede afirmarse que las inversiones directas que pueda exigir la adaptación no constituyen perjuicios irreparables y, además, ni son efectivas, pues no consta que se hayan acometido, ni tienen porqué ser las mismas para todos los operadores, en el supuesto de que se encuentren obligados por el art. 54 ter.

Como sostiene el Abogado del Estado, respecto de los costes indirectos, el propio concepto alude a posibles efectos no a perjuicios efectivos e irreparables. Es claro que si se vinculan las previsiones del régimen sancionador y el volumen de datos manejado las cifras son astronómicas, pero no reflejan perjuicios efectivos. Si todas las

empresas incumplieran su obligación de facilitar los datos o los facilitaran con errores, la cuantificación de ese incumplimiento es muy elevada, pero ese no es un daño derivado del art. 54 ter sino de una hipótesis de incumplimiento total sobre cifras totales también hipotéticas.

Además, la prueba pericial por sí sola no acredita la situación en que se encuentran las distintas empresas asociadas a ADIGITAL, en particular, si es necesaria o no una adaptación del negocio, de sus aplicaciones informáticas, de los formularios, de los servicios, etc. Por tanto, no puede hablarse, como ya se apuntaba de un daño efectivo e irreversible.

Se dice también que la pérdida de sencillez y simplicidad derivada de estas exigencias "ahuyentarán a un elevado número de usuarios", pero esta afirmación se sustenta en una premisa incorrecta cual es que a los interesados se les requeriría una cuantiosa y en parte compleja información.

Sostiene el Abogado del Estado que la información que se solicita en el real decreto podría facilitarse por los usuarios rellenando un sencillo formulario, pues se trata de datos que están a su disposición (y una parte del éxito empresarial de quien ofrece este tipo de servicios radica en el diseño de dispositivos que facilitan el uso incluso cuando han de requerirse algunos datos imprescindibles). Y añade que a quien ofrece una vivienda para alquilar no puede importunarle que se le pida que identifique esa vivienda, su derecho sobre la misma, los días por los que va a cederla y el precio percibido. La exigencia de esos datos no supone una barrera para el éxito de una plataforma en internet; la constancia de esos datos solamente exigiría rellenar un formulario no muy diferente de otros en que se piden datos para darse de alta en una plataforma o para sacar un billete de transporte u otros supuestos similares, sin que la exigencia de esos datos "ahuyente" a los clientes, ya que la ventaja de los servicios "online" reside, fundamentalmente, en que no es necesario el desplazamiento físico para contratar y en que el servicio puede contratarse en cualquier momento.

2.- Cambio en el régimen jurídico y de modelo de negocio.

Según el recurso, los prestadores de servicios de alojamiento de datos, para cumplir las obligaciones derivadas del art. 54 ter RGAT deberán adoptar un comportamiento activo de captación de datos, de lo que resulta una modificación de su régimen jurídico y de su modelo de negocio, ya que se altera su régimen de responsabilidad.

Frente a ello sostiene la recurrida que el perjuicio se predica, exclusivamente, respecto de quienes siguen el modelo de negocio de mero alojamiento de datos por lo que este posible perjuicio no se predicaría de aquellos otros miembros o asociados a la entidad recurrente cuya actividad no se limite al alojamiento de datos.

Partiendo de esa limitación subjetiva resulta que el perjuicio derivado de un cambio de régimen jurídico y de modelo de negocio solamente puede reputarse efectivo si se identifican aquellas empresas o entidades asociadas al recurrente que, en primer lugar, tienen la condición de intermediarios a los efectos del art. 54 ter RGAT y, en segundo lugar, tendrían que variar o alterar de modo sustancial su forma de desarrollar la actividad.

Identificar a las empresas o entidades sujetas a la obligación del art. 54 ter RGAT y que han de modificar su modelo de negocio es un requisito ineludible para hablar de perjuicios irreparables. Y, como el recurrente no ha llevado a cabo esa identificación, nos hallamos ante perjuicios meramente hipotéticos que no justifican la suspensión.

Por último, no puede compartirse la afirmación de la recurrente en el sentido de que almacenar y facilitar los datos solicitados en el art. 54 ter RGAT altera el régimen de responsabilidad propio de un prestador de servicios de la sociedad de la información.

La responsabilidad propia del prestador de servicios de la sociedad de la información, en cuanto tal prestador, afecta a los contenidos que se alojan en sus páginas y que pudieran contravenir los límites que figuran en la legislación sectorial que regula su actividad, lo que no tiene nada que ver con la obligación de facilitar determinados datos a la Hacienda Pública.

Como sostiene la recurrida, el art. 54 ter RGAT impone una obligación frente a la Hacienda Pública pero esa obligación se impone por la intervención del prestador en operaciones que tienen trascendencia tributaria (de igual modo que se impone a otros muchos colectivos obligados a suministrar información), es decir, por aplicación de las normas tributarias, sin afectar al régimen de responsabilidad propio del prestador de servicios que se establece en su normativa específica.

Y tampoco la obligación de tratar esos datos conforme a la legislación sobre protección de datos personales es una obligación que deriva del deber de suministrar información a la Hacienda Pública, sino que es una obligación de carácter general que pesa sobre todas las personas o entidades que tratan datos personales. En ese sentido,

tampoco estas obligaciones relativas al tratamiento de datos de carácter personal forman parte del régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios.

b) Apariencia de buen derecho .

Respecto de la concurrencia en el presente caso del requisito de apariencia de buen derecho importa destacar que esta es la primera vez que un órgano jurisdiccional se enfrenta a la impugnación del art. 54 ter RGAT, de manera que no existe una nulidad previamente declarada sobre la que podría basarse el "fumus boni iuris".

Por otra parte, para la recurrida ninguno de los supuestos vicios que se imputan al art. 54 ter RGAT puede calificarse de un supuesto de nulidad de pleno derecho que tenga carácter manifiesto.

En primer término, la falta de comunicación de la medida a la Comisión Europea no es, ni mucho menos, una omisión evidente y ha exigido a la parte recurrente una copiosa argumentación jurídica para concluir que el art. 54 ter RGAT es una reglamentación técnica, calificación que, dicho con el debido respeto y a los solos efectos de defensa, es ajena al sentido común. La obligación de suministro de datos a efectos tributarios puede exigir alguna adaptación de los programas informáticos, pero no es una reglamentación técnica dirigida a regular la actividad del prestador de servicios.

Y las omisiones en la Memoria del proyecto tampoco son determinantes de indefensión, único supuesto que justificaría la declaración de nulidad, que en cualquier caso no resulta evidente en esta fase de tutela cautelar.

De igual modo, la posible infracción de la legislación sobre unidad de mercado y libertad de empresa requiere la ponderación de principios tales como necesidad y proporcionalidad, propios del enjuiciamiento una vez valoradas las alegaciones y pruebas de las partes sin que su violación sea, en esta fase, evidente o palmaria.

Por último, se alega la infracción de la reserva de ley en materia tributaria y de la legislación sobre protección de datos personales (art. 18.4 LGT), obviando el recurrente que el art. 93 de la Ley General Tributaria contiene una habilitación legal para imponer a los operadores económicos la obligación de suministro, lo que aleja toda evidencia de infracción.

El art. 93 LGT sirve de cobertura a la obligación de suministro desde la perspectiva del derecho tributario y, por tanto, desde la perspectiva del artículo 31 CE, sin que por el hecho de que pueda tener algún coste para los operadores deba calificarse como prestación personal.

Y el art. 93 LGT también sirve de cobertura para exceptuar las normas sobre protección de datos personales pues la comunicación de esos datos se permite en una norma de rango adecuado (los datos personales pueden comunicarse cuando así lo establece una norma con rango de ley y ese requisito concurre en el art. 93 LGT).

En consecuencia, sostiene el Abogado del Estado que, ni el art. 54 ter RGAT ha sido previamente anulado por otra resolución, ni los vicios que se imputan al precepto determinan de una manera evidente y manifiesta la nulidad del mismo, de manera que no el recurrente no puede invocar en su favor la apariencia de buen derecho de su pretensión anulatoria.

c) Interés público prevalente.

Tratándose de una disposición reglamentaria los tribunales suelen atender de modo prevalente al interés público insito en una disposición normativa que solamente podrá ceder en favor del interés privado del recurrente si se acreditan perjuicios irreversibles y concurren circunstancias que atemperan la presencia de ese interés público.

En el presente caso ya hemos visto que el recurrente no ha acreditado la existencia de perjuicios irreversibles. Junto a ello cabe señalar que el interés público que está presente en toda disposición general, queda reforzado en el presente caso cuando el propio Consejo de Ministros adopta un Acuerdo en defensa del art. 54 ter RGAT frente al requerimiento de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Efectivamente, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018 decide mantener la vigencia del precepto y desestimar el requerimiento de la CNMC, lo que por sí solo es revelador de la entidad de los intereses a los que trata de servir esa disposición.

Y junto a la voluntad de mantener la vigencia del art. 54 ter RGAT se reflejan en el acuerdo los concretos intereses públicos que justifican su adopción, vinculados a la lucha contra el fraude fiscal y contra el blanqueo de capitales.

A ello puede añadirse que el art. 54 ter RGAT impone una obligación de suministro a todos los intermediarios en el sector de pisos turísticos, ya operen en la economía tradicional mediante oficinas físicas, ya sean prestadores de servicios por internet, estén o no asociados en la entidad recurrente. Y esto lo decimos porque tampoco desde

el punto de vista subjetivo la recurrente ostenta la representación de todo el sector, lo que en cierta forma debilita el alcance de los intereses que representa y refuerza el interés público que subyace en la disposición.

Cuarto.

Aceptando los argumentos alegados por la Abogacía del Estado, y valorando las circunstancias concretas que concurren en el presente caso, consideramos que no procede acceder a la medida cautelar de suspensión solicitada por:

1ª.- El recurrente no ha probado los perjuicios irreparables que se derivan de la aplicación del art 54 ter RGAT y, en particular, las referencias al régimen jurídico y a la necesidad de adaptar el modelo de negocio más bien parecen expresar dudas jurídicas sobre si algunas de las empresas o entidades representadas por la entidad recurrente están obligadas o no al suministro de información dispuesto en el mencionado precepto, lo que convierte la impugnación en una impugnación hipotética y no justifica la suspensión cautelar.

2ª.- El recurrente no puede invocar en su favor la apariencia de buen derecho de su pretensión pues se trata de una disposición reglamentaria no anulada previamente y los vicios de nulidad que se imputan no tienen carácter manifiesto o evidente, sin que, en particular, se vean afectados los derechos fundamentales del recurrente, de sus asociados o de terceros, y

3ª.- Existe un interés público prevalente, fundado en la necesidad de obtener información que garantice la aplicación del sistema tributario (lucha contra el fraude fiscal) y de prevenir el blanqueo de capitales, que se pone de manifiesto de forma singular en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la ley jurisdiccional no procede la imposición de las costas procesales.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: No ha lugar a la suspensión cautelar solicitada por la Asociación Española de Economía Digital ADIGITAL, formulada en el sexto otrosí del escrito de demanda consistente en la suspensión de la ejecutividad del apartado 11 del artículo primero del Real Decreto 1070/2017, de 29 de diciembre, por el que se introduce en el Reglamento General de las actuaciones y procedimientos de gestión e inspección tributaria aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, un nuevo artículo 54 ter, que regula la "Obligación de informar sobre la cesión de uso de viviendas con fines turísticos"(art. 54 ter RGAT), sin condena en las costas procesales.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

D. Nicolas Maurandi Guillen D. Jose Diaz Delgado
D. Angel Aguillo Aviles D. Francisco Jose Navarro Sanchis
D. Jesus Cudero Blas. D. Dimitry Berberoff Ayuda.
D. Rafael Toledano Cantero

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.