

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ089252

TRIBUNAL SUPREMO

Auto de 29 de marzo de 2023

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 153/2021

SUMARIO:

Procedimiento contencioso-administrativo. Suspensión cautelar. Carácter excepcional de la suspensión. Obtención de información con carácter general. Obligación de informar sobre mecanismos transfronterizos. Vulneración del secreto profesional de los abogados. Conforme a la regulación nacional, que es la que debe de servir de marco normativo, prácticamente el secreto profesional viene circunscrito a aquel colectivo. Así el art. 24.2 CE establece que «la ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos». Ya advertía el Tribunal Constitucional, que el secreto profesional constituye un derecho fundamental instrumental conectado, en el caso de los abogados, con el derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable, cuyo alcance no se circunscribe a la declaración ante los órganos judiciales, sino que se extiende al ámbito del deber de colaborar con la Administración tributaria. Además, no solo se proyecta sobre «hechos presuntamente delictivos», sino que, de conformidad con el art. 542.3 LOPJ se extiende a «todos los hechos o noticias» de que conozcan los abogados «por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional», lo que incluye tanto la defensa como el asesoramiento jurídico. La vulneración del deber de secreto profesional de los abogados puede dar lugar a una responsabilidad penal, de acuerdo con el art. 199.2 del Código Penal. Ciertamente, un examen en plenitud ayudará a despejar las incógnitas que desde el punto de vista subjetivo puedan presentarse respecto de los intermediarios de segundo nivel, y el alcance de sus obligaciones de información, lo que no aparece expresamente estatuido en el reglamento prolongando la incertidumbre, y habrá que dilucidar en su momento, en su caso, si otro tipo de profesional de profesiones no reguladas, como un asesor fiscal por ejemplo, puede o no acogerse a la dispensa; aún cuando quepa señalar las diferencias entre aquellos intermediarios para quienes el secreto profesional constituye una garantía esencial y aquellos otros que no gozan de esa misma prerrogativa al no existir una normativa específica que concrete los aspectos esenciales de su profesión. Lo cual no obsta para que las consideraciones realizadas en el auto impugnado puedan, circunscrita a este ámbito cautelar, extenderse a otros profesionales a los que se le reconozca el secreto profesional en su régimen jurídico. Se desestima el recurso de reposición interpuesto por la Administración general del Estado contra el ATS de 27 de febrero de 2023, recurso n.º 153/2021 (NFJ089003).

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 24.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 542.

PONENTE:

Don José Antonio Montero Fernández.

Magistrados:

Don JOSE ANTONIO MONTERO FERNANDEZ

Don FRANCISCO JOSE NAVARRO SANCHIS

Don RAFAEL TOLEDANO CANTERO

Don DIMITRY TEODORO BERBEROFF AYUDA

Don MARIA DE LA ESPERANZA CORDOBA CASTROVERDE

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: SEGUNDA

Auto núm. /

Fecha del auto: 29/03/2023

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 3

Procedimiento Nº : REC.ORDINARIO(c/d)-153/2021

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Montero Fernández

Procedencia: T.SUPREMO SALA 3A. SECCION 2A.

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

Transcrito por:

Nota:

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 3

Procedimiento Num.: REC.ORDINARIO(c/d) - 153/ 2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Montero Fernández

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: SEGUNDA

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. José Antonio Montero Fernández, presidente

D. Francisco José Navarro Sanchís

D. Rafael Toledano Cantero

D. Dmitry Berberoff Ayuda

D.^a Esperanza Córdoba Castroverde

En Madrid, a 29 de marzo de 2023.

La representación procesal de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO interpone recurso de reposición contra el Auto de 27 de febrero de 2023, dictado en la presente pieza de medidas cautelares

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Antonio Montero Fernández.

HECHOS

Primero.

En las presentes actuaciones, con fecha 27 de febrero de 2023, se dictó Auto cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

" LA SALA ACUERDA: Ha lugar a la medida cautelar solicitada, sólo en relación con lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 45.4.b) del RGAT, en cuanto dispone que " En este caso, el intermediario eximido deberá comunicar dicha circunstancia en un plazo de cinco días contados a partir del día siguiente al nacimiento de la obligación de información a los otros intermediarios que intervengan en el mecanismo y al obligado tributario interesado a través de la comunicación a la que se refiere la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria ", suspendiéndose su aplicación hasta que recaiga sentencia . Sin costas.

Firme la presente resolución, por ser su conocimiento de interés público y general, en relación con lo dispuesto en el art. 107.2 de la LJCA, referente a las sentencias, procede su publicación en el plazo de diez días desde su firmeza".

Segundo.

La representación procesal de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO interpuso recurso de reposición contra el referido Auto y termina suplicando a la Sala que "...previa la tramitación oportuna, acuerde su modificación declarando que la suspensión del párrafo segundo del art. 45.4.b) RGAT solamente afecta y beneficia a los intermediarios que tienen la condición de abogado".

Tercero.

La representación procesal de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ASESORES FISCALES (AEDAF) en el traslado que le fue conferido se opuso al recurso de reposición interpuesto por la Administración General del Estado y termina suplicando a la Sala que "...habiendo presentado este escrito con su anexo, se sirva admitirlo, tener por formuladas las alegaciones llevadas a cabo por esta parte y, previos los trámites legales pertinentes proceda, a tenor de las nuevas circunstancias, a desestimar el recurso interpuesto por el representante de la Administración frente al Auto de 27 de febrero de 2023".

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.

Se interpone recurso de reposición contra el auto de esta Sala y Sección de 27 de febrero de 2023, por el que se acordaba la medida cautelar solicitada sólo en relación con lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 45.4.b) del RGAT, en cuanto dispone que " En este caso, el intermediario eximido deberá comunicar dicha circunstancia en un plazo de cinco días contados a partir del día siguiente al nacimiento de la obligación de información a los otros intermediarios que intervengan en el mecanismo y al obligado tributario interesado a través de la comunicación a la que se refiere la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria ", suspendiéndose su aplicación hasta que recaiga sentencia .

Segundo.

A la vista de los argumentos expuestos por el recurrente el recurso no puede prosperar debiendo reiterarse las argumentaciones contenidas en el auto recurrido, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA).

Considera el Sr. Abogado del Estado que el fundamento para acordar la medida cautelar es el fallo de la sentencia del TJUE de 8-12-22, asunto C-694/20, sin embargo, este se ciñe a la protección del secreto profesional de los abogados, de suerte que la invalidez del art. 8 bis ter, apartado 5, de la Directiva 2011/16/UE se declara, exclusivamente, porque " tiene como consecuencia imponer al abogado que actúa como intermediario" un deber de comunicación, por lo que dicha medida cautelar se extiende más allá de lo ordenado. Por tanto, la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris) derivada del pronunciamiento del TJUE solamente alcanza a los intermediarios que tienen la condición de abogado sin que pueda extenderse a otros intermediarios.

Si bien se observa, ninguna de las circunstancias expuestas por el recurrido invalida las razones que llevaron a la Sala; esto es, la contraposición entre los intereses generales (exigencia de ejecución del Acuerdo impugnado) y los particulares (perjuicios de diversa índole) --- del recurrente; ausencia de pérdida de finalidad legítima al recurso (periculum in mora); e imposibilidad de aplicación de la doctrina del fumus boni iuris.

Como bien señala la parte recurrente no puede perderse de vista el contexto en el que se produce la STJUE de referencia, en tanto que el impugnante era una Asociación de Abogados, por lo que si bien los argumentos utilizados y la conclusión se concretaba en dicho colectivo, sin embargo la normativa nacional se refiere en general a los profesionales amparados por el derecho al secreto profesional, por lo que, en principio y sin perjuicio de un

examen en plenitud de las cuestiones suscitadas, las consideraciones que se hacen en la citada sentencia pueden trasladarse a otros profesionales con dicho derecho.

Ha de convenirse que el secreto profesional, entendido como deber de sigilo o reserva y no revelación a terceros de los hechos de otra persona de los que se tenga conocimiento, es un deber de los profesionales que tiene su fundamento en el derecho fundamental a la intimidad de sus clientes reconocido en el art. 18 de la Constitución y es aplicable, con carácter general, a cualquier profesión, aun cuando no esté específicamente reconocido en su normativa reguladora.

Sucede, por el contrario, que la polémica que plantea el Sr. Abogado del Estado resulta artificial, porque conforme a la regulación nacional, que es la que debe de servir de marco normativo, prácticamente el secreto profesional viene circunscrito a aquel colectivo. Así el art. 24.2 de la Constitución establece que "la ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos". Y ya advertía el Tribunal Constitucional, que el secreto profesional constituye un derecho fundamental instrumental conectado, en el caso de los abogados, con el derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable, cuyo alcance no se circunscribe a la declaración ante los órganos judiciales, sino que se extiende al ámbito del deber de colaborar con la Administración tributaria. Además, no solo se proyecta sobre "hechos presuntamente delictivos", sino que, de conformidad con el art. 542.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial se extiende a "todos los hechos o noticias" de que conozcan los abogados "por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional", lo que incluye tanto la defensa como el asesoramiento jurídico. La vulneración del deber de secreto profesional de los abogados puede dar lugar a una responsabilidad penal, de acuerdo con el art. 199.2 del Código Penal.

Ciertamente, un examen en plenitud ayudará a despejar las incógnitas que desde el punto de vista subjetivo puedan presentarse respecto de los intermediarios de segundo nivel, y el alcance de sus obligaciones de información, lo que no aparece expresamente estatuido en el reglamento prolongando la incertidumbre, y habrá que dilucidar en su momento, en su caso, si otro tipo de profesional de profesiones no reguladas, como un Asesor fiscal por ejemplo, puede o no acogerse a la dispensa; aún cuando quepa señalar las diferencias entre aquellos intermediarios para quienes el secreto profesional constituye una garantía esencial y aquellos otros que no gozan de esa misma prerrogativa al no existir una normativa específica que concrete los aspectos esenciales de su profesión. Lo cual no obsta para que las consideraciones realizadas en el auto impugnado puedan, circunscrita a este ámbito cautelar, extenderse a otros profesionales a los que se le reconozca el secreto profesional en su régimen jurídico

Tercero.

Al declararse no haber lugar al recurso de reposición procede condenar al recurrente en las costas del mismo (artículo 139.2.3 de la Ley Jurisdiccional).

No obstante, esta condena, de conformidad con lo establecido en el citado artículo 139, apartado 3, sólo alcanzará, por todos los conceptos acreditados por la parte recurrida, a la cantidad máxima de 500 euros, a la vista de la índole de asunto y las actuaciones procesales desarrolladas y concretadas en el escrito de impugnación del recurso de reposición.

Vistos los preceptos citados de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LA SALA ACUERDA:

Desestimar el recurso de reposición interpuesto por la representación procesal de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO contra el auto de 23 de febrero de 2023.

Todo ello, con imposición de las costas causadas en este incidente a la parte recurrente de conformidad con lo expresado en la presente resolución.

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

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.