

Comentarios a la sentencia del T.S. de 6 de marzo de 1989.

La minuta del abogado y el secreto profesional.

Juan José VICEDO MISO

Abogado y miembro de la A.E.A.F.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE MARZO DE 1989.

Recientemente se ha dado a conocer a la opinión pública la sentencia de 6 de marzo de 1989 de nuestro Tribunal Supremo, dictada en resolución del recurso interpuesto por el Consejo General de Colegios de Médicos contra el Real Decreto 2.402/1985, de 18 de diciembre, en concreto sobre el alcance de su artículo 3.1.c).

En dicha sentencia se declara la infracción de nuestro Ordenamiento Jurídico en que incurre el citado precepto, dejándolo sin efecto en lo que se refiere a los profesionales médicos.

En nuestra opinión, es posible —e incluso necesario— extender tal doctrina a otras profesiones, y muy especialmente al ejercicio de la Abogacía.

CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO.

El recurso interpuesto por el Consejo General de Colegios de Médicos

estudios

se dirigió contra el artículo 3.1.c) del Real Decreto 2.402/1985. Dicha norma desarrolla reglamentariamente el deber formal de expedir y entregar facturas por las operaciones realizadas por los empresarios y profesionales, deber que con carácter general recoge la disposición adicional séptima de la Ley 10/1985. Y como es frecuente que suceda cuando la regulación descende al detalle, el citado precepto nació con vocación conflictiva y, como ahora se ha visto, destinado a una efímera vida en el mundo de las normas. Establecía el precepto que toda factura, así como sus copias o matrices, debía expresar entre otros datos necesarios “el nombre y apellidos del destinatario” y “la descripción de la operación”. Requisitos que, si por separados podían ser inocuos —aunque no siempre—, al concurrir en un mismo documento ponen en conexión a una determinada persona con un servicio solicitado por ella, lo que de trascender a terceros puede afectar a su intimidad, a su imagen e incluso a su honor. En el supuesto particular del ejercicio de la Medicina —contemplado por el Tribunal Supremo— es fácil que se produzcan tales situaciones, con el consiguiente dilema para el profesional que aparece vinculado al secreto como elemento sagrado de su ejercicio. Así lo entendió el Consejo General de Colegios de Médicos y en consecuencia recurrió el citado Decreto. Y del mismo modo lo ha entendido nuestro Tribunal Supremo al dejar sin efecto tan desgraciado precepto.

Antes de entrar en el estudio de la sentencia, cabe hacer una apreciación. Si es evidente que la conexión entre identidad del cliente y servicio prestado pone al descubierto datos privados cuya divulgación o conocimiento por terceros puede ser lesiva (por ejemplo, el hecho de que don José A. B. haya sido puesto en tratamiento para la curación de una enfermedad venérea), no debe escaparse que el mero hecho de hacer constar la identidad del paciente puede ser igualmente atentatorio contra su esfera privada, aunque no se describa el servicio prestado (así, por ejemplo, el haber sido asistido por un psiquiatra es todavía hoy una circunstancia que muchas personas prefieren ocultar). Ejemplos ambos referidos el ejercicio de la Medicina, pero trasladables a la Abogacía.

Se ha querido hacer esta precisión por cuanto que la sentencia no entra a considerar la obligatoriedad de mencionar la identidad del destinatario de la factura, acotando el espacio de su reflexión respecto del requisito de descripción del servicio prestado.

EL SECRETO MEDICO EN NUESTRO ORDENAMIENTO.

La protesta del Consejo General de Colegios de Médicos halla su raíz

estudios

en el propio juramento hipocrático, pues éste contiene el siguiente pronunciamiento: “Y si en mi práctica médica, o aun fuera de ella, viese u oyese, con respecto a la vida de otros hombres, algo que jamás deba ser revelado al exterior, me callaré considerando como secreto todo lo de este tipo”.

El deber de observar absoluto secreto se recoge más recientemente en el vigente Código de Deontología Médica, en el que merece un Capítulo íntegro, el sexto, artículos 43 a 53, estableciendo que “el secreto profesional obliga a todo médico y nadie podrá sentirse liberado del mismo” (art. 43.2) y que “es un derecho del enfermo y del médico” (art. 46), si bien no podrá invocarse en caso de comparecencia como acusado ante el propio Colegio de Médicos (art. 53), como es lógico.

La única restricción al secreto profesional la establece el artículo 46, al decir que “no se incurrirá en violación cuando se revele por imperativo legal”. Pero la lectura completa del precepto matiza que la declaración en tal caso se hará “con las máximas reservas y cautelas” (algo que parece difícil de compaginar con la imperativa descripción del servicio prestado en un documento al que pueden tener acceso terceros). Y es más, en su inciso final, el propio artículo 46 establece una cláusula de conciencia que deja al médico la decisión última.

La extensa regulación del Código de Deontología, la infracción de cuyas normas está penada por la Organización Médica Colegial, sería bastante de por sí. Pero además, los propios Estatutos de la Organización Médica Colegial contemplan una conducta específica de infracción del secreto profesional, cuya comisión lleva aparejada la suspensión de hasta un año de ejercicio profesional.

Con lo dicho, queda suficientemente centrada la relevancia que nuestro Ordenamiento concede al secreto médico, llenando las normas reseñadas el vacío legal, producido por la falta de desarrollo del artículo 20 de la Constitución.

EL SECRETO COMO DERECHO DEL CLIENTE.

Cuanto se ha expuesto tiene su razón de ser en una relación bilateral, cual es la del médico y el paciente, y si para el médico es un derecho (hacia terceros) y al mismo tiempo un deber (hacia el paciente), para el enfermo es un derecho que ha de ser protegido, tanto más por incidir en la esfera de su intimidad personal, cuya preservación explícita, en el artículo 18.1. de nuestra Constitución, refuerza el argumento jurídico.



estudios

LA CONSECUION DEL FIN Y LOS MEDIOS EMPLEADOS.

Para nuestra Administración Tributaria la consecución del fin recaudatorio justifica cualquiera de los medios empleados, no importa que la apoyatura jurídica sea endeble. En este caso se ha buscado el cobijo del artículo 111.1. de la Ley General Tributaria (modificado por la Ley 10/1985), que dispone que toda persona natural o jurídica tiene la obligación de proporcionar a la Administración Tributaria “toda clase de datos, informes o antecedentes con trascendencia tributaria, deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas”.

Sin embargo, en el supuesto de revelación de datos no patrimoniales no sólo se entra en colisión con el derecho al secreto profesional, sino que además nos movemos en el ámbito protegido por el apartado 5 del propio artículo 111 de la Ley General Tributaria, que establece que la obligación de colaboración no alcanza a los datos privados no patrimoniales conocidos por razón del ejercicio profesional.

Ello ha sido tenido en cuenta por la sentencia de 6 de marzo de 1989, que declara no conforme al Ordenamiento Jurídico el artículo objeto de estas reflexiones, “al infringir el artículo 111.5 de la L.G.T., así como los derechos fundamentales de la persona proclamados en los artículos 18 y 20 de la C.E.”.

La evidente desproporción de los medios empleados es puesta de manifiesto en el primer Fundamento de Derecho, cuando se dice que la impugnación del Real Decreto 2.402/1985 no pretende que los colegiados médicos eludan “el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos” y concluye que tienen obligación de colaborar con la Administración, “pero sin desbordar los límites establecidos en la Constitución y en la Ley General Tributaria”.

La desproporción entre fin y medios suele darse con cierta frecuencia en el ámbito fiscal, y así es reciente la muy importante sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988, que anula parcialmente el artículo 57.1 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, en cuanto que privar de acceso a los Tribunales a los documentos no liquidados supone “una falta de proporcionalidad entre el objetivo que se persigue —la recaudación del Impuesto— y el modo en que se opera”, ya que “aquél podría lograrse por otros medios”, por lo que “se trata de una limitación innecesaria al ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

Es indudable que también en el caso que nos ocupa se ha dado una falta de adecuación de la norma fiscal, que exige más de lo necesario para cumplir sus objetivos.

estudios

LA CALIFICACION DE LOS DATOS COMO PATRIMONIALES.

El letrado del Estado, en su argumentación, trae a escena la conocida sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1984, que al negar al profesor Garrido Falla el amparo solicitado, puso fin al llamado secreto bancario, al admitir que la Administración puede investigar los movimientos de cuentas bancarias.

Como se ha objetado por el Tribunal Supremo, no son situaciones comparables. En efecto, el Tribunal Constitucional consideró que en los extractos bancarios figuran los movimientos, pero no sus causas, por lo que el conocimiento de los mismos no tiene relevancia para la intimidad personal del contribuyente, “como no la tiene la declaración sobre la renta o el patrimonio”, y partiendo de que el derecho a la intimidad no es ilimitado.

En el supuesto que aquí se comenta, la descripción del servicio prestado, entran en juego —como se ha dicho— dos factores: el derecho a la intimidad del cliente y el secreto profesional.

Respecto del derecho a la intimidad, es evidente que nos encontramos ante unas circunstancias radicalmente distintas a las examinadas por el Tribunal Constitucional respecto del secreto bancario. La diferencia estriba en el carácter no patrimonial de los datos recabados, pues si el movimiento de cuentas supone una información eminentemente económica y en consecuencia afectada por el deber de colaboración del artículo 111 de la L.G.T., el servicio prestado al paciente carece de ese contenido patrimonial. En consecuencia, los datos de trascendencia tributaria “pueden conseguirse sin la obligación de hacer una descripción de la operación”, o como también expresa la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos, “sin necesidad de revelar datos que vulneren los derechos a la intimidad personal y familiar”.

Respecto del secreto profesional, se dice por el Tribunal que, “al tener que hacer una descripción total de las asistencias médicas realizadas en el paciente sin limitación alguna, permite que con ello se vulnere el derecho y el correlativo deber del médico al secreto profesional”.

Y es preciso hacer referencia al Tribunal Constitucional, en su pronunciamiento de 26-11-1984, pues el profesor Garrido Falla invocó el secreto profesional con relación al secreto bancario, distinguiendo el Tribunal ambos conceptos, ejemplificando precisamente mediante la Abogacía. En ello vamos a entrar con más detalle.



estudios

EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO.

El abogado, como el médico, está obligado por el secreto profesional, que se regula igualmente con profusión. Como parte esencial de la deontología profesional, el Estatuto General de la Abogacía configura, en su artículo 41, el secreto como un deber y un derecho del abogado (por ese orden). “El secreto profesional constituye al abogado en la obligación y en el derecho de no revelar ningún hecho ni dar a conocer ningún documento que afecten a su cliente, de los que hubiere tenido noticia por el mismo en razón del ejercicio profesional”.

Del mismo modo, el Código Deontológico cita el secreto profesional entre los siete principios fundamentales de las normas éticas de la conducta del abogado, diciendo que “la confidencia y la confianza son esenciales características de las relaciones del abogado con sus clientes, colegas y tribunales, que imponen el derecho y el deber del secreto profesional, que habrá de guardar de todos los hechos y noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional y no pudiendo ser obligado a declarar sobre los mismos”. Y es precisamente esta materia a la que dedica el Código su primer Capítulo, con un total de siete artículos. El derecho y la obligación de guardar secreto afecta no sólo a las relaciones con el cliente, sino que comprende también las confidencias del adversario, las de los demás abogados intervinientes y todos los hechos y documentos de los que se tenga conocimiento. Se prevén sólo tres supuestos de dispensa: a) a petición propia y por acuerdo de Junta, cuando pudiera causarse una lesión notoriamente injusta; b) por consentimiento expreso del compañero, cuando se refiera a conversaciones entre abogados; y c) en los expedientes de jurisdicción disciplinaria colegial.

El respeto al secreto profesional de la Abogacía se halla consagrado en el artículo 437 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con trascendencia en el ámbito penal (Código penal y Ley de enjuiciamiento).

Con la precedente exposición del reflejo que en las normas por las que se rige la Abogacía española tiene la figura del secreto profesional, se ha trado de establecer con claridad el paralelismo existente con el supuesto contemplado por la sentencia comentada de nuestro Tribunal Supremo (el secreto médico). Cuanto se ha hablado sobre el derecho del cliente a preservar su intimidad y el derecho-deber de guardar secreto es tan aplicable al ejercicio de la profesión letrada como de la médica, y deben traerse aquí las referencias a los artículos 18 y 20 de la Constitución y los comentarios sobre los límites del artículo 111 de la Ley General Tributaria.

estudios

Pero, además, como se ha apuntado, es de especial trascendencia la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1984. En primer lugar, por la diferenciación que marca entre datos patrimoniales y datos no patrimoniales. En segundo lugar, por la alusión específica al secreto profesional de la Abogacía en contraposición al secreto bancario. Decía nuestro intérprete constitucional: “El secreto profesional, es decir, el deber de secreto que se impone a determinadas personas, entre ellas los abogados, de lo que conocieren por razón de su profesión, viene reconocido expresamente por la Constitución española, que en su artículo 24.2 dice que la Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o secreto profesional, no se esté obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Evidentemente, y a fortiori, tampoco existe el deber de declarar a la Administración sobre esos hechos. La Constitución consagra aquí lo que no es un derecho, sino un deber, de ciertos profesionales que tiene una larga tradición legislativa (cfr. art. 623 LECRIM). Es evidente que si el secreto es obligado, e incluso su violación es castigada penalmente (art. 360 Código Penal), la Inspección fiscal no puede pretender que se viole” (...) “El problema del llamado secreto bancario es distinto. En lo que aquí importa, el secreto bancario no puede tener otro fundamento que el derecho a la intimidad del cliente reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución, pues no hay una consagración explícita y reforzada de este tipo de secreto, como la hay del secreto profesional”.

CONCLUSIONES.

Así pues, cuando la norma fiscal exige del abogado la descripción en factura del servicio prestado al cliente, está yendo en su exigencia más allá de los límites previstos en el artículo 111 de la Ley General Tributaria, y al hacerlo colisiona con el derecho a la intimidad del cliente y el derecho-deber de secreto profesional, ambos reconocidos en nuestra Constitución. Sin olvidar la cobertura que el secreto profesional del abogado halla en los Estatutos Generales que regulan su profesión, en su propio Código Deontológico, en el Código Penal, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, como señala la sentencia del Tribunal Constitucional comentada, en nuestra tradición jurídica.

Por ello entendemos que la inoperancia del artículo 3.1.c) del Real Decreto 2.402/1985 debe predicarse igualmente con relación al ejercicio de la Abogacía. Los fundamentos de Derecho son parangonables en uno y

estudios

otro caso; los posibles daños a terceros, también. Son muchos los ejemplos que podrían encontrarse, en los que la obligatoria descripción del servicio pone de manifiesto a extraños zonas de la esfera privada que no deberían salir del ámbito del despacho profesional en el que se ha depositado la confianza. Pensemos en la persona que solicita la incapacitación judicial de un pariente, o en quien consulta con miras a una separación matrimonial; basta imaginar la lesión que se causa al revelar que alguien ha sido parte implicada en un sumario por estafa o apropiación indebida, cosa que en sí es un hecho neutro, desprovisto de valoración, si no se conocen las circunstancias del asunto, pero cuya trascendencia a terceros daña efectivamente la imagen e intimidad propias.

Una última consideración respecto del único supuesto en que la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1989 admite la descripción del servicio: cuando así lo exija el cliente. Ello está en relación con la necesidad que pudiera tener el mismo de acreditar el pago de honorarios. Ahora bien; aunque es el propio cliente el que dispensa de la obligación de guardar secreto, a nuestro juicio se puede arbitrar un sistema que permita expedir la factura y al mismo tiempo proteger al cliente de la intromisión ajena. Ello es posible por medio de una segunda copia de la factura, a la cual tendría acceso la Inspección de tributos y en la que no figuraría la descripción del servicio, que sólo se expresaría en el original entregado al cliente y en la copia de control del profesional. Solución que no debe resultarle extraña a la Administración Tributaria, en cuyos documentos de ingreso se sustrae determinada información en la copia para proceso de datos, preservando así la intimidad del contribuyente frente a la entidad bancaria colaboradora. Tal propuesta quiere ser un apunte más en el sentido de que la norma fiscal criticada no sólo era la única posible para la consecución de la transparencia económica de los profesionales, sino tal vez la peor norma de entre las posibles.

En su afán por regular todo aquello que contribuya a estrechar el cerco a los contribuyentes, el legislador fiscal ha hecho uso de medios que ni son necesarios para la consecución del objetivo constitucional de contribución equitativa a los gastos públicos, ni respetan los principios constitucionales que actúan como límite.

En consecuencia, cabe plantearse, ante una eventual actuación inspectora en materia de tributos, la conveniencia de negar a la Administración

estudios

el acceso a determinada información, en concreto la descripción del servicio que el letrado ha prestado a cada uno de sus clientes. Con fundamento en la legislación citada y en los precedentes judiciales objeto de este estudio, solicitando, en su caso, el amparo constitucional frente a la aplicación de la norma del artículo 3.1.c) del Real Decreto 2.402/1985.

