

Comentarios de CCBE sobre el Proyecto de Discusión Pública de la OCDE sobre la Acción BEPS 12: Reglas de divulgación obligatoria

30/04/2015

El Consejo de la Abogacía Europea (CCBE) representa a las abogacías de 32 países miembros y de 13 países asociados y observadores, representando así, a más de un millón de abogados europeos. El CCBE responde regularmente en nombre de sus miembros a las consultas sobre las políticas que afectan a los ciudadanos y abogados europeos.

El documento de trabajo de la OCDE a tratar hace referencia a la acción 12 del Plan de Acción sobre la erosión de la base tributaria y la transferencia de los beneficios indicando por consiguiente que los países, al adoptar las normas de divulgación obligatorias, deberán decidir si introducen o no un requisito de reporte dual aplicable al proponente y al contribuyente o si se introducen una obligación de información aplicable principalmente al promotor. Cuando la primera obligación de información recae en el promotor, el documento recomienda que la obligación de informar recaiga sobre el contribuyente cuando (i) el patrocinador se sitúa en el extranjero; (ii) no existe ningún promotor; o si (iii) el desarrollador invoca el secreto profesional.

Aunque la terminología no siempre es clara en el documento de trabajo de la OCDE, parece que el proyecto contempla a los abogados como aquellas personas con capacidad para revisar las distintas características de divulgación obligatoria: es por eso que el CCBE responde a esta consulta.

El CCBE desea llamar la atención a la OCDE sobre una serie de puntos relativos a la profesión de abogado que son de vital importancia al examinar cuestiones como la divulgación obligatoria:

- Un abogado es una *"persona competente conforme a la legislación nacional para abogar y actuar en nombre de sus clientes, para ejercer la abogacía en los procedimientos judiciales o asesorar y para representar a sus clientes en asuntos legales"*.¹
- Asesorando y representando a sus clientes, **los abogados tienen un papel fundamental en la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales**.²
- El uso del término "promotor" es engañoso y puede llegar a crear falsas suposiciones acerca de los abogados. **Los abogados no son "promotores"** (de regímenes fiscales): los abogados prestan asesoramiento jurídico a sus clientes sobre diversas cuestiones jurídicas, incluidos los impuestos, o la defensa de sus clientes teniendo en cuenta las leyes y normas vigentes de un país.
- **Los abogados europeos** cuando asesoran y representan a sus clientes, **están sujetos a unos principios profesionales fundamentales** que son esenciales para la buena administración de la justicia, como son el acceso a la justicia y al derecho a un juicio justo, requeridos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹ Véanse los considerandos introductorios a la [Recomendación del Consejo de Europa sobre la libertad de ejercicio de la profesión de abogado 25 de octubre 2000](#).

² "En una sociedad basada en el respeto a la justicia, el abogado cumple un papel destacado. Su misión no se limita a la fiel ejecución de una orden bajo la ley. El abogado debe garantizar el respeto del estado de derecho y de los que defienden los derechos y libertades. Es un deber del abogado ayudar no sólo en la causa de su cliente, sino también aconsejarlo. El respeto a la misión del abogado es esencial para el estado de derecho y una sociedad democrática". Véase el artículo 1.1 del [Código de Conducta para los europeos Abogados CCBE](#). Ver también: [Recomendación del Consejo de Europa sobre la libertad de ejercicio de la profesión de abogado](#), de 25 de octubre de 2000 y [los Principios Básicos sobre la abogacía](#).

- **El secreto profesional³ y la confidencialidad de los casos por parte de los abogados son dos de los principios fundamentales de la profesión legal en Europa.** Sin una certeza de que la existencia de confidencialidad, no puede existir confianza. Este principio ha sido reconocido por los instrumentos jurídicos europeos⁴ e internacionales⁵ y por la jurisprudencia, tanto a nivel europeo⁶ como nacional. Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es un derecho fundamental de las personas consagrado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual se puede violar sólo en circunstancias excepcionales.
- **Todos los países europeos tienen disposiciones que garantizan el respeto al secreto profesional y de negocios del cual el abogado es responsable.**⁷ Los métodos que garantizan esta protección difieren entre países. En algunos Estados, las obligaciones legales están impuestas expresamente a los abogados y ciertos derechos están conferidos expresamente en estas. En otros Estados, esta protección está garantizada por la creación de obligaciones, derechos o excepciones a las reglas ordinarias de la ley. La naturaleza y el alcance de estos derechos, las obligaciones y las exenciones varían de país a país. Sin embargo, independientemente de los medios para garantizar esta protección, cualquiera que sea la naturaleza y el alcance de su objetivo sigue siendo el mismo en todos los Estados. **El objetivo es, en primer lugar, proteger a cualquier persona que requiera asesoramiento y consejo para hacer valer sus derechos y libertades y, en segundo lugar, garantizar la buena administración de justicia imparcial. Este objetivo sólo se puede lograr si la relación entre abogado y cliente es una relación de confianza.**⁸
- **No hay secreto profesional cuando el abogado lo utiliza con fines ilícitos.**

El documento de trabajo de la OCDE se basa en gran medida en la terminología y los conceptos utilizados en los países del common law ("el privilegio profesional legal") y hace caso omiso de los principios y conceptos de los países de la Europa continental y de derecho civil ("confidencialidad"). CCBE le gustaría, en particular, hacer comentarios, en las siguientes partes del documento de debate:

- *"(...) La legislación vigente reconoce que el secreto profesional, reconocido en el Reino Unido y la legislación irlandesa, puede actuar para evitar que el promotor proporcione la información necesaria para hacer una divulgación completa (13). [Nota 13: A excepción de los casos en que el litigio está en contemplación real, el privilegio legal, en general, sólo se aplica al asesoramiento jurídico confidencial dado al cliente por el asesor profesional y no se extiende a los documentos redactados en el curso normal de la operación o de la identidad de las partes involucradas.]".*⁹

Es importante señalar que en los países de la Europa continental y de derecho civil, **el secreto profesional va más allá del "privilegio del pleito" y del "privilegio al asesoramiento jurídico" de los países del common law** ya que también incluye documentos elaborados en relación a una transacción o asesoramiento jurídico. En estas jurisdicciones, los hechos en los cuales se extraen conclusiones jurídicas pueden ser cubiertos por el secreto profesional, y pueden, en consecuencia, no ser divulgados a una autoridad fiscal. En algunos países, además, el nombre del cliente está protegido por el secreto profesional. Por lo tanto, el alcance del secreto profesional es más amplio que el del "privilegio profesional legal".

³ Ver [Carta CCBE de los Principios Básicos de la Abogacía Europea de 24 de noviembre de 2006](#), Principio b).

⁴ Véase la [Recomendación del Consejo de Europa sobre la libertad de ejercicio de la profesión de abogado 25 de octubre 2000](#): 6. todas las medidas necesarias deberían adoptarse para garantizar el respeto de la confidencialidad de la relación abogado-cliente. Las excepciones a este principio debería permitirse sólo si son compatibles con el Estado de Derecho.

⁵ Ver [Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Función de los Abogados](#): 22. Los gobiernos deberán reconocer y respetar todas las comunicaciones y consultas entre los abogados y sus clientes dentro de su relación profesional.

⁶ Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han reconocido el derecho a la confidencialidad de las comunicaciones entre un abogado y su cliente sobre la base de cualquiera Artículo 6 "Derecho a un juicio justo", y el artículo 8' Derecho al respeto de la vida privada y familiar 'de la [Convención Europea de Derechos Humanos](#): véase, por ejemplo, [caso de S. v. SUIZA](#), Aplicación no. 12629/87; 13965/88 28 de noviembre de 1991; [CASO DE CAMPBELL v. EL REINO UNIDO](#), Aplicación no. 13590/88, 25 de marzo de 1992; [CASO DE Niemietz v. ALEMANIA](#), Aplicación no. 13710/88 16 de diciembre de 1992; o [CASO DE PETRI Sallinen Y OTROS v. FINLANDIA](#), Aplicación no. 50882/99, 27 de Septiembre de 2005.

⁷ El principio tiene diferentes orígenes: en los países del common law se ha desarrollado a través de la jurisprudencia; en la Europa continental y los países de derecho civil, a veces se encuentra en la Constitución, el derecho penal, las leyes procesales o las leyes que rigen la profesión / abogacías. También se refleja en los diferentes códigos de conducta nacionales para los abogados. Véase por más información: a) Informe D.A.O. EDWARD, QC, [en 'El Secreto Profesional, Confidencialidad y legal Privilege profesional en 9 de los Estados miembros de la Comunidad Europea de 29 de octubre de 1976](#), b) [Actualización del informe del Edward en el secreto profesional, la confidencialidad y el secreto profesional en Europa de 30 de septiembre 2003](#), y c) [el Estudio Comparativo sobre la Supervisión Gubernamental de Datos de los abogados en la nube](#).

⁸ Ver informe de D.A.O. EDWARD, Q.C., op. cit.

⁹ 9 See page 27 of the OECD discussion draft.

- "(...) El cliente tiene la opción de renunciar a cualquier derecho de privilegio legal (...)"¹⁰

A diferencia de los países del common law, **el cliente no puede renunciar al derecho al secreto profesional en los países de la Europa continental y de derecho civil**, en cuyo caso el abogado no puede revelar o transmitir la información o documentación proporcionada por el cliente o transmitirla. Además, en algunos países europeos, la violación del secreto profesional es un delito penal. En algunos países de derecho civil, incluso si el cliente decide renunciar al derecho al secreto profesional, es el abogado el que en última instancia toma la decisión sobre la posible divulgación teniendo en cuenta los intereses de su cliente.

- *"El profesional legal que hace valer el privilegio legal debe asesorar a los clientes de su obligación de divulgar y también debe asesorar a la administración tributaria sobre la obligación del profesional a revelar no se ha cumplido debido a que se ha hecho valer el privilegio profesional legal."*¹¹

Esto implica que se requeriría a un abogado para informar a las autoridades fiscales sin ser éste capaz de revelar la información debido al principio de confidencialidad. Esto también implicaría que el abogado no seguiría siendo independiente de las autoridades estatales, siendo esto contrario al principio fundamental de la independencia de la profesión jurídica. **Un abogado no puede dejar que una autoridad estatal u otros poderes comprometan su independencia por lo tanto no puede, pues, ser obligado a denunciar a sus clientes a las autoridades fiscales.** Además, como se señaló anteriormente, en una serie de países europeos, los abogados no pueden comunicar el nombre de su cliente, ya que se encuentra dentro de este privilegio y por tanto, no están autorizados a proporcionar esta información a las autoridades fiscales.

En conclusión, CCBE insta a la OCDE a considerar estas observaciones en sus futuros debates y posiciones. CCBE, por las razones anteriormente indicadas, se opone firmemente a toda solución que consista en una divulgación obligatoria de los regímenes fiscales por parte de los abogados que prestan asesoramiento jurídico en materia fiscal.

¹⁰ Consulte la página 27 del documento de trabajo de la OCDE.

¹¹ Consulte la página 27 del documento de trabajo de la OCDE.