

Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (Palma de Mallorca). Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sentencia de 6 de julio de 2016, rec. 268/2015

Ponente: Fernando Socías Fuster

IP. Medios de prueba. Prueba documental. Datos obtenidos en virtud de un Convenio sobre intercambio de información.

Los datos obtenidos en virtud de un Convenio sobre intercambio de información (con Francia) pueden utilizarse en la regularización de la situación tributaria de un contribuyente, aunque tales datos fueran inicialmente sustraídos de un banco suizo por uno de sus empleados. Sobre los argumentos del Tribunal pesa claramente el hecho de que Suiza fuese un paraíso fiscal, lo que lleva el debate al ámbito de conductas subsumibles en el delito de blanqueo de capitales, así como la conducta observada por el banco suizo que no hacía sino corroborar la veracidad de los datos.

En cambio resulta criticable que, el origen ilícito de la información vaya en perjuicio del contribuyente, pues de haberse obtenido en contestación a un requerimiento de la Administración española, se le hubiesen aplicado normas que ahora se rechazan.

Fundamentos de derecho

Tercero. La prueba con respecto a la titularidad de la cuenta en el banco HSBC.

Recordemos que el argumento principal consiste en simplemente negar que la recurrente fuese cotitular de la cuenta corriente en el HSBC IBAN: NUM002, conforme le imputa la inspección. Se insiste en la indefensión que le provoca la imposibilidad de rebatir la “falsa afirmación” de la Inspección Tributaria ya que la recurrente no puede probar un hecho negativo (no titularidad de la referida cuenta) ya que el banco HSBC no lo certifica a quienes, como la recurrente, no son clientes de dicho banco.

En primer lugar debe indicarse que la prueba sí está, concretamente en la información documentada facilitada por las autoridades fiscales francesas al amparo del artículo 27 del Convenio entre el Reino de España y la República Francesa con respecto a que la aquí recurrente era titular de la indicada cuenta y con el saldo detallado. Cuestión distinta es la “credibilidad” que merezca la indicada información. Pues bien, la información facilitada por las autoridades francesas comprendía documentación con las denominadas “Fichas BUP” que eran fichas del banco HSBC con información referente a la identificación del cliente (nombre, fecha de nacimiento, profesión, nacionalidad, dirección, teléfono y país), IBAN de las cuentas y saldos (patrimonio constatado en diciembre de 2005, patrimonio constatado en diciembre de 2006 y 2007 y patrimonio máximo constatado durante el período); finalmente, perfil de cliente...

Por otra parte, como reconocen todas las partes, la mencionada información fue obtenida por las autoridades fiscales francesas por habérsela facilitado D. Luis Pablo, empleado del HSBC Private Bank en Ginebra, cuya extradición fue solicitada a España por las autoridades judiciales de Suiza al considerar que los hechos que llevó a cabo eran constitutivos, de acuerdo con el derecho penal suizo, de delitos de espionaje financiero, sustracción de información, violación del secreto comercial y violación del secreto bancario. Sin embargo, la extradición se declaró improcedente por auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 8 de mayo de 2013 (procedimiento no 26/2012), y en lo que aquí importa destacar, del auto indicado, se desprende que el propio banco HSBC reconoció que los datos sustraídos eran reales y fueron tomados de sus bases de datos...

Ante la claridad de lo anterior ya decaen los argumentos secundarios para justificar la debilidad de la prueba utilizada por la Administración Tributaria. Concretamente:

- 1º) Poco importan las dificultades del sujeto pasivo para demostrar un hecho negativo (no titularidad de cuenta alguna en dicho banco), porque el propio banco ya ha reconocido que los datos con los que ha operado la autoridad fiscal, son ciertos...
- 2º) No era necesaria la ratificación o confirmación de datos por cuanto no resulta aplicable la previsión contenida en el apartado 4 del artículo 108 de la LGT. No era necesario que la Administración tributaria española requiriese de las autoridades tributarias de los otros Estados la ratificación de la información que previamente han remitido, pues no se trata de datos incluidos en declaraciones tributarias de otro obligado tributario o de contestaciones a requerimientos en cumplimiento de la obligación de suministro de información recogida en los artículos 93 y 94 de la Ley General tributaria, sino de información obtenida mediante los mecanismos legales de intercambio contemplados en el artículo 27 del Convenio entre el Reino de España y la República Francesa...

CUARTO. *Acerca de la supuesta ilicitud en la obtención de las fichas BUP.*

La recurrente invoca que la información facilitada por la administración fiscal francesa tiene un origen ilícito. Concretamente a resultas del robo de datos realizado por el ciudadano D. Luis Pablo al banco HSBC en el que trabajaba como informático. Se considera que la ilicitud en la obtención de la prueba la invalida como tal, y se expande y afecta a las pruebas derivadas de la misma.

Como argumento adicional se invoca que, por el origen ilícito de la información, nada asegura la veracidad de los datos contenidos en dicha documentación y por tanto esos ficheros carecen de todo valor probatorio.

Ciertamente no puede negarse lo que todas las partes admiten: que la información y documentación utilizada por la Inspección no deriva de información emitida por la entidad HSBC a requerimiento de la autoridad fiscal francesa, sino en la sustracción de datos realizada por el Sr. Luis Pablo, empleado de la oficina de Ginebra del mencionado banco. Fichas que luego habrían sido entregados al fisco francés.

Con respecto al carácter delictivo de la actuación del Sr. Luis Pablo, basta indicar que el ya citado auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 8 de mayo de 2013 (procedimiento no 26/2012) aprecia que la pretendida tipificación penal de la actuación del Sr. Luis Pablo "excede de la que podría realizarse según el derecho español, en el sentido de que en nuestro derecho no existe una protección penal específica del secreto bancario como tal, y menos tratando su quebrantamiento como un mero delito formal. En todo caso, lo

que se protege en el derecho penal español, a través de la doble vertiente de los artículos 197 y ss., y 278 y ss. del código penal español, es el secreto de las personas, instrumental a la intimidad o privacidad de aquello que se quiere mantener ajeno o reservado al general conocimiento, por medio de los primeros, o el secreto industrial o comercial, por los segundos” y añade que para analizar la tipicidad de la conducta del Sr. Luis Pablo no puede dejar de constatarse que esta se produce en un contexto de unas prácticas bancarias “no solo reprobables, sino directamente sancionables en el ámbito administrativo e incluso en el penal, en nuestro derecho y en otros, por insuficiente control, y en algunos casos incluso su permisividad o complacencia de facto con actividades delictivas de defraudación tributaria, blanqueo de capitales”. Se afirma que ello merma la antijuricidad de la conducta del Sr. Luis Pablo “al menos desde la perspectiva del derecho interno español, y en el otorgamiento de la condición de “secreto irrevelable” o secreto penalmente protegido a ultranza, a cierta información relativa a operaciones económicas sospechosas de estar relacionadas con actividades ilícitas o delictivas o incluso ser ellas mismas abiertamente delictivas”.

Se argumenta que la información se refiere “a actividades sospechosas de ilegalidad, incluso constitutivas de infracciones penales (defraudación tributaria, blanqueo de dinero, posible financiación del terrorismo...), lo que necesariamente nos lleva a considerar que sería una información de ninguna manera susceptible de legítima protección, como secreto, a través de la protección que establece el indicado precepto penal. Ello afecta directamente a la tipicidad de la conducta.”

En definitiva, no se puede afirmar sin más que la obtención de la información fuese “delictiva” como invoca la parte recurrente. El pronunciamiento judicial al respecto y antes identificado, llega a la solución contraria.

Por lo expresado en auto de la Audiencia Nacional, no se puede afirmar que la obtención de datos lo sea con vulneración de los derechos o libertades fundamentales, cuando dicha obtención de información lo es en actuación de prevención de blanqueo, como así lo dispone el art. 23 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la financiación del terrorismo al indicar que “La comunicación de buena fe de información a las autoridades competentes con arreglo a la presente Ley por los sujetos obligados o, excepcionalmente, por sus directivos o empleados, 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 para los sujetos obligados, sus directivos o empleados ningún tipo de responsabilidad”. Por tanto no hay ilicitud en la obtención de la información de que se trata.

