

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ069038

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Auto 889/2017, de 7 de noviembre de 2017

Sección 1.^a

Rec. n.º 1315/2017

SUMARIO:

Procedimiento de gestión. *Control de presentación de declaraciones, autoliquidaciones y comunicaciones de datos.* Tras las explicaciones ofrecidas por los investigados y testigos, así como documental obrante en autos, se ha podido conocer el motivo de la decisión adoptada por los investigados y los requerimientos efectuados, siendo el procedimiento de gestión del art. 153 RD 1065/2007 (RGAT) elegido adecuado a las circunstancias de este caso. Dicho procedimiento no es contrario a Derecho, sino que se encuentra dentro de las posibilidades que tenía la AEAT para afrontar las dificultades, que sin ninguna duda tenía, para poder iniciar el procedimiento de inspección, provenientes del modo en que había sido obtenida la información de posibles defraudadores a Hacienda, que no se había obtenido mediante un mecanismo ordinario, sino a través de la información remitida por Francia en virtud del tratado de doble imposición que mantiene con España, en relación a datos bancarios obtenidos por un empleado de un banco suizo de forma ilegal, y habiendo comunicado Suiza que no colaboraría por tal motivo con las autoridades extranjeras. La AEAT tenía dificultades para identificar y poner en marcha el cauce legal adecuado para identificar a los titulares de las cuentas, la mecánica de las mismas cuentas y su funcionamiento, a sabiendas de que las personas implicadas podrían alegar la ilicitud de la prueba dadas las circunstancias en que se habían obtenido. Además, la falta de colaboración de las autoridades suizas, en caso de que dichas personas negasen los datos que se pudieran obtener de las mismas, supondría que no podrían contrastar con la fuente de la información, por lo que se consideró que no era conveniente iniciar un procedimiento de inspección, y sería más útil el de gestión, y por ello se realizaron los requerimientos de regularización al que se acogieron finalmente muchos contribuyentes. Igualmente se ha alegado que no tenían tiempo de contrastar los datos del periodo impositivo relativo a 2005, pues los datos fueron recibidos de Francia un mes antes de la prescripción, lo que representó en igual manera un motivo para iniciar el procedimiento de gestión y no de inspección -con el inicio del procedimiento de gestión se evitaría la prescripción y, además, tenía la ventaja que a partir de las declaraciones complementarias que se presentaran podían imponer sanciones y no impedía que posteriormente se pudiera iniciar un procedimiento de inspección-.

Delito de prevaricación administrativa. *Querrela contra altos cargos de la AEAT por las decisiones adoptadas tras la recepción de la lista Falciani respecto de las actuaciones a desarrollar en aras de la comprobación de la situación tributaria de las inversiones y depósitos de determinados contribuyentes con cuentas en Suiza.* Como ya constatará la juez instructora, fue una decisión que se puede compartir o no, pero en ningún modo se trata de una desviación del Derecho, de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal del art. 404 CP. No se trata de una decisión injusta ni arbitraria y la misma no estuvo dirigida a vulnerar el correcto devenir de la función pública o imponer una voluntad particular contraria al interés público, sin que se desprenda en modo alguno de las actuaciones que se adoptó en beneficio de personas relevantes, sino todo lo contrario, en conseguir que el máximo de personas pagasen los impuestos.

PRECEPTOS:

Constitución Española, arts. 9.3 y 103.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 24 y 404.

Convenio de 10 de octubre de 1995 (Convenio con Francia), art. 27.

RD 1065/2007 (RGAT), art. 153.

PONENTE:

Doña Ana María Pérez Marugán.

Magistrados:

Don VICENTE MAGRO SERVET
Doña ISABEL MARIA HUESA GALLO
Doña ANA MARIA PEREZ MARUGAN

Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 4 - 28035

Teléfono: 914934435,914934730/553

Fax: 914934551

RGO14

37051030

N.I.G.: 28.079.43.1-2013/0099696

Recurso de Apelación 1315/2017

Origen :Juzgado de Instrucción nº 37 de Madrid

Diligencias previas 1716/2013

Apelante: SINDICATO DE TECNICOS DEL MINISTERIO DE ECONOMIA Y HACIENDA (GESTHA)

Procurador D./Dña. DOLORES TEJERO GARCIA-TEJERO

Letrado D./Dña. FERNANDO LLAGAS GELO

Apelado: D./Dña. Catalina y D./Dña. Evelio , D./Dña. MINISTERIO FISCAL y Abogacia del Estado Agencia Estatal de Administración Tributaria en Madrid PenalAbogado del Estado

AUTO Nº 889/2017

Ilmos/as. Sres/as.:

MAGISTRADOS

D. VICENTE MAGRO SERVET
Dña. ISABEL MARÍA HUESA GALLO
Dña. ANA MARÍA PÉREZ MARUGÁN

En Madrid, a 07 de noviembre de 2017.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por la representación procesal del Sindicato de técnicos del Ministerio de Economía y Hacienda (GESTHA) se ha interpuesto recurso de apelación contra el auto dictado en fecha 1 de junio de 2017, por el Juzgado de Instrucción nº 37 de Madrid , por el que se acuerda el sobreseimiento provisional de la causa, respecto de los hasta entonces investigados Catalina , directora del departamento de gestión tributaria de la AEAT al tiempo de los hechos y Evelio , director del departamento de inspección de la AEAT. Y, además, el sobreseimiento provisional respecto de Narciso , Jefe de la ONIF, al no admitirse contra el mismo la ampliación de la querella planteada por el citado Sindicato.

Segundo:

Admitido a trámite el recurso de apelación, se confirió traslado al Ministerio Fiscal y a la representación procesal de los investigados, oponiéndose tanto el Ministerio Fiscal como estos últimos a la estimación del recurso, solicitando su confirmación.

Tercero.

Turnada la causa a esta Sección de la Audiencia Provincial, se ha señalado deliberación en fecha 26 de octubre de 2017. Ha sido ponente la magistrada D^a ANA MARÍA PÉREZ MARUGÁN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La querella interpuesta por el Sindicato de Técnicos del Ministerio de Economía y Hacienda (GESTHA) por un supuesto delito de prevaricación administrativa contra Catalina , directora del departamento de gestión tributaria de la AEAT al tiempo de los hechos, y Evelio , director del departamento de inspección de la AEAT, así como contra Carlos María (para este último sobreseída provisionalmente) se basa, como se recogió en auto dictado por esta Sala en fecha 11 de enero de 2015 , en que "la AEAT, cuando conoció que determinadas personas de distintos ámbitos tenían cuentas con elevados fondos en el banco HSBC de Suiza, optó por enviarles un requerimiento de cumplimiento de obligaciones formales para que en el plazo de 10 días hábiles presentasen declaraciones complementarias por el IRPF y, en su caso, por el impuesto de patrimonio, permitiendo de esta manera que sus posibles delitos fiscales no pudieran ser punibles por la excusa absolutoria del artº 305.4 del CP , en vez de abrir el correspondiente procedimiento de comprobación e investigación (ya fuera un procedimiento inspector o de gestión), conforme a las instrucciones y pautas de actuación de la AEAT en el cual si la administración entendiese que existían indicios de delito debería ponerlo en conocimiento de la Fiscalía o la Autoridad Judicial".

En fecha 1 de junio de 2017 se ha dictado por el juzgado de instrucción nº 37 de Madrid auto por el que se acuerda el sobreseimiento provisional de la causa, respecto de los hasta entonces investigados Catalina y Evelio y, además, el sobreseimiento provisional respecto de Narciso al no admitirse la ampliación de la querella .

Esta decisión es impugnada por el citado Sindicato por los siguientes motivos de

1/ tardanza en la instrucción de la causa.

2/ solicitud de investigación de diligencias acordadas que no han tenido respuesta y diligencias que no se han cumplimentado, 3/ no se ha practicado la declaración del Sr Narciso , acordada en providencia de 1 de junio de 2015, primero como imputado y más tarde señalada como testigo; 4/ la naturaleza del auto recurrido y los límites del juzgado para su adopción. 5/ solicita la práctica de las diligencias siguientes: siguientes a/ insistir en el cabal y puntual cumplimiento de lo ordenado en providencia de 2 de Septiembre de 2015; la remisión de la información que se recibió de las autoridades francesas (el CD enviado y luego tratado por la ONIF) b/ que se oficie a la AEAT para que remita el informe realizado por la ONIF , a instancias de la testigo Srª Fidela , del que dijo tener conocimiento en enero o febrero de 2011 . c/ que se oficie a la AEAT para que aporte el acuerdo de remisión de los expedientes

administrativos que fueron enviados a la Fiscalía con los informes y antecedentes que pudieron antecederlo o acompañar a dicha remisión. d/ que, teniendo por ampliada la querrela, se tome declaración en condición de investigado a Sr. Narciso, Jefe de la ONIF al tiempo de los hechos y persona que recibe el CD, trata la información recibida de las autoridades francesas, selecciona lo que debe ponerse a disposición de sus compañeros e imparte las instrucciones que han de seguirse en el procedimiento de requerimiento de obligaciones formales.

Segundo.

Para una mayor comprensión de la decisión que adopta la Sala, que ya adelantamos será desestimatoria del recurso, debe examinarse la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre si existen indicios en la causa de comisión del delito de prevaricación imputado, y para ello debe estudiarse la jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogida entre otras, en el reciente auto de fecha 4 de octubre de 2017 dictado por el Alto Tribunal que recoge " El delito de prevaricación del art. 404 CP que castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo, tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1º el servicio prioritario a los intereses generales; 2º el sometimiento pleno a la ley y al derecho; y 3º la absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 CE); garantizando el debido respeto al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de derecho, pero sin sustituir a la jurisdicción contencioso-administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la legalidad, sino mediante la sanción de supuestos límite en los se utiliza un injustificado ejercicio de abuso de poder que proporciona la función pública para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario en perjuicio del ciudadano o de los intereses generales de la Administración Pública (STS 18/2014, 23 de enero ; y 597/2014, de 30 de julio).

La jurisprudencia (STS 627/2006; de 8 de junio ; 723/2009, de 1 de julio ; 49/2010, de 4 de febrero ; y 1660/2011, de 8 de noviembre ; 1021/2013, de 26 de noviembre ; 743/2013, de 11 de octubre ; 340/2012, de 30 de abril ; y 597/2014, de 30 de julio), indica que este ilícito requiere:

- A) El sujeto activo debe tener la condición autoridad o funcionario público, según el art. 24 CP .
- B) La conducta debe consistir en dictar una resolución o en omitirla en asunto administrativo.

Por resolución ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno, así como los denominados actos de trámite, como informes, consultas, dictámenes o diligencias, que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva (STS 939/2003, de 27 de junio ; 627/2006, de 8 de junio ; 38/1998, de 23 de enero ; 443/2008, de 1 de julio ; 866/2008, de 1 de diciembre ; 502/2012, de 8 de junio ; 1051/2013, de 26 de septiembre ; 411/2013, de 6 de mayo ; 787/2013, de 23 de octubre ; 506/2014, de 4 de junio ; 597/2014, de 30 de julio ; y 1541/2014, de 2 de octubre).

C) La decisión sea contraria al derecho, es decir, ilegal, lo que puede manifestarse por la falta absoluta de competencia, la omisión de trámites esenciales del procedimiento o el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente.

D) Su ilegalidad sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable, siendo fruto de una evidente, flagrante y clamorosa arbitrariedad proscrita por el art. 9.3 CE.

E) Ocasione un resultado materialmente injusto.

F) La actuación debe ser "a sabiendas" de la injusticia de la resolución dictada u omitida, con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario con conocimiento de que actúa en contra del derecho, lo que excluye del tipo la comisión culposa e incluso el dolo eventual.

Jurisprudencia que se ha recogido por esta misma Sección de la Audiencia Provincial, en auto dictado en esta misma causa, en fecha 8 de octubre de 2014, Sentencia de fecha 23 de noviembre de 2015 , y auto de fecha 30 de diciembre de 2016.

Pues bien, La juez instructora ha acordado el sobreseimiento provisional de la causa tras una extensa y completa investigación, al entender que es difícil concluir que estemos ante una desviación del derecho, de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal del artículo 404 del Código Penal , pudiéndose discrepar sobre si la decisión administrativa adoptada fue o no acertada, pero

no cabe decir que fuese ilegal, ni arbitrario, ni contrario a derecho seguir el procedimiento de gestión del artº 153 del RGAT, que se adoptó tras analizar las distintas alternativas y la excepcionalidad del caso, y los problemas que podían surgir si se adoptaban otras, y estando la decisión adoptada por asesoramiento jurídico favorable, no desprendiéndose de su actuación una deliberada voluntad particular contraria al interés público.

Dicho razonamiento es impecable dado que tras la completa investigación realizada y examinada por la Sala, no se encuentran indicios de la comisión de un delito de prevaricación para los investigados.

Efectivamente, tras las explicaciones ofrecidas por los investigados y testigos, así como documental obrante en autos, se ha podido conocer el motivo de la decisión adoptada por los investigados y los requerimientos efectuados, siendo el procedimiento de gestión del artº 153 del RGAT adecuado a las circunstancias de este caso, resultando re que dicho procedimiento de gestión no es contrario a derecho, sino que se encuentra dentro de las posibilidades que tenía la AEAT para afrontar las dificultades, que sin ninguna duda tenía, para poder iniciar el procedimiento de inspección (tal y como recogieron los investigados y demás testigos y consta en los documentos obrantes en la causa) y que provenía del modo en que había sido obtenida la información de posibles defraudadores a Hacienda, sin que la misma se hubiese obtenido mediante un mecanismo ordinario, sino a través de la información remitida por Francia en virtud del tratado de doble imposición que mantiene con España, en relación a datos bancarios obtenidos por un empleado del banco suizo HSBC de forma ilegal, y habiendo comunicado Suiza que no colaboraría por tal motivo con las autoridades extranjeras, de lo que se desprende las dificultades que tenía la AEAT para identificar y poner en marcha el cauce legal adecuado para identificar a los titulares de las cuentas, la mecánica de las mismas cuentas y su funcionamiento, teniendo en cuenta que las personas implicadas podrían alegar la ilicitud de la prueba dadas las circunstancias en que se habían obtenido, así como la falta de colaboración de las autoridades Suizas, en caso de que dichas personas negasen los datos que se pudieran obtener de las mismas, pues en este caso, no podrían contrastar con la fuente de la información, por lo que consideraron que no era conveniente iniciar un procedimiento de inspección, y sería más útil el de gestión, y por ello se realizaron los requerimientos de regularización al que se acogieron finalmente muchos contribuyentes. Igualmente alegaron que no tenían tiempo de contrastar los datos del periodo impositivo relativo a 2005, pues los datos de Francia llegaron el 24 de mayo de 2010 y prescribía el 30 de junio de 2010, lo que represento en igual manera un motivo para iniciar el procedimiento de gestión y no de inspección; con el inicio del procedimiento de gestión se evitaría la prescripción y, además, tenía la ventaja que a partir de las declaraciones complementarias que se presentaran podían imponer sanciones y no impedía que posteriormente se pudiera iniciar un procedimiento de inspección. De otro lado, las cuentas remitidas se solapaban, de tal manera que la misma cantidad podían imputarse a varias personas, por lo que el tiempo para investigar y el procedimiento a seguir era muy importante y por ello se optó por la decisión del artº 153 RGAT. Como recoge la juez instructora, fue una decisión que se pude compartir o no, pero en ningún modo se trata de una desviación del derecho, de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal del artículo 404 del Código Penal. No se trata de una decisión injusta ni arbitraria y la misma no estuvo dirigida a vulnerar el correcto devenir de la función pública o imponer una voluntad particular contraria al interés público, sin que se desprenda en modo alguno de las actuaciones que se adoptó en beneficio de personas relevantes, sino todo lo contrario en conseguir que el máximo de personas pagasen los impuestos. Razones por las que en nada variaría la decisión de sobreseimiento y archivo el que se tome declaración al St Narciso, o que se insista en la práctica de diligencias que o bien se han practicado o bien en nada ayudarían a esclarecer el delito de prevaricación administrativa que se imputa, como sería el que se entregue el CD remitido por las autoridades francesas, en el que además consta información que conforme al artº 27 del Convenio entre España y Francia a fin de evitar la doble imposición y de prevenir la evasión y fraude fiscal en materia de impuestos de la renta y sobre el patrimonio de 10 DE Octubre de 1995 y la directiva 77/99 relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados de la EU, y en concreto el artº 27 del Convenio, solo permite que la información intercambiada sea utilizada a efectos fiscales, y no es necesario el completo conocimiento de todos los datos personales de las personas incluidas en dicho CD, para esclarecer, como se ha hecho, si se ha cometido o no un delito de prevaricación administrativa, y que como se ha argumentado anteriormente, ha aflorado de la instrucción la inexistencia de indicios, sobre su comisión habiéndose adoptado una decisión conforme a derecho. Por ello se desestima el recurso de apelación interpuesto.

Tercero:

Deben declararse de oficio las costas procesales de esta alzada, según autorizan los artículos 239 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.



PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA : DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Sindicato de Técnicos del Ministerio de Economía y Hacienda contra el auto de 1 de junio de 2017 dictado en Diligencias Previas 1716/13 por el Juzgado de Instrucción 37 de Madrid, que se confirma en todos sus extremos, declarando de oficio las costas de esta alzada.

Lo acuerda, mandan y firman los Sres. Magistrados que figuran 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.