

DELITO FISCAL, UN PASO ADELANTE, OTRO ATRÁS

A propósito de la STS (2ª) 1336/2002, de 15 de julio (caso Kepro) *

Joan Josep Queralt
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Barcelona
e-mail: queralt.advocat@eresmas.net

QUERALT, Joan Josep. Delito fiscal, un paso adelante, otro atrás. A propósito de la STS (2ª) 1336/2002, de 15 de julio (caso Kepro). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2002, núm. 04-j08, p. j08:1-j08:3. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/jp04/recpc04-j08.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 04-j08 (2002), 29 sep]

RESUMEN: El presente artículo trata sobre algunos aspectos del contenido de la STS (2ª) 1336/2002, de 15 de julio, sobre el llamado caso Kepro. Se ponen de manifiesto dos puntos importantes de dicha resolución: los que se refieren a la prescripción del delito fiscal y a su posible comisión a través de una simulación. En cuanto a la prescripción, el autor

valora positivamente que se haya consolidado la doctrina jurisprudencial en cuanto a la incidencia que en el plano de la acción penal tiene el plazo de cuatro años previsto administrativamente para la prescripción de las infracciones en materia fiscal. En cambio, se critica, por considerarla una solución incompatible con el tipo penal, el criterio de que la contratación simulada es constitutiva de delito fiscal.

PALABRAS CLAVES: Delito fiscal, prescripción, contrato simulado, jurisprudencia penal.

Fecha de recepción: 25 septiembre 2002

Fecha de publicación: 29 septiembre 2002

Recientemente el Tribunal Supremo ha dictado su sentencia, de 15 de julio pasado, en el llamado caso Kepro. El caso recibe su nombre de la inmobiliaria que empezó la urbanización de la hoy pujante promoción de Diagonal Mar en Barcelona.

Esta resolución consolida la doctrina correcta en materia de prescripción en materia de delito fiscal. Sin embargo, supone un grave retroceso en el planteamiento material de esta figura al introducir la simulación como modalidad delictiva.

* El presente artículo apareció publicado en papel en el diario *5 Días*, 26 septiembre 2002.

En materia de prescripción se sitúa, con acierto, en el terreno de la doctrina intermedia: la prescripción del delito fiscal es de cinco años, como corresponde a los delitos que tienen asignada pena análoga. Una sola excepción: la acción administrativa, por mor de la reforma operada por la Ley 1/1998, quedó acortada, pasando de cinco a cuatro años. Así, cuando la acción penal tenga su origen en un expediente gubernativo, sólo podrá ejercerse antes de que transcurran esos cuatro años. En ese sentido se pronunció ya la sentencia de 2-10-2001; se abandonan otras, de 6-11-2000 y de 30-10-2001.

A trancas y barrancas se impone un criterio razonable, respetuoso con el ordenamiento jurídico. No cabe compartir, en cambio, el criterio sobre contratación simulada como constitutiva de delito fiscal. Varias son las razones.

La primera estriba en la propia regulación de la simulación en la Ley General Tributaria. Ahora y antes, nunca se ha encontrado siquiera entre las infracciones, lo cual es más que indicativo. Tanto como que la declaración de simulación lo es a los solos efectos fiscales. Para quienes consideran que el delito fiscal son leyes penales en blanco, es decir, cuyos contenidos se colman con la remisión a disposiciones extrapenales, este tendría que ser un argumento decisivo. La coherencia no es una virtud de la razón práctica a diseñar.

Pero, además, esa interpretación casa mal, muy mal, con el tipo penal; y cuando un comportamiento no casa con un tipo penal, por más lesivo, inmoral, repugnante u otras lindezas que se quiera, no puede ser considerado delito. El derecho fundamental que integra el principio de legalidad penal rige sin excepción alguna, pues, si tuviera excepciones, ya no estaría en vigor.

No vale, en definitiva, hacer prevalecer unos elementos del delito sobre otros. Cuando se da simulación se da una elusión de impuestos. Aquí, mediante ingeniería jurídico-mercantil (sic), se disfrazó una transmisión de terrenos de operación societaria fracasada.

Lógicamente los impuestos que gravan unas y otras operaciones son diferentes y el ahorro, en principio obtenido, multimillonario. Sin embargo, ni el anterior delito fiscal ni el actual (artículo 305 del Código Penal) se contentan con la elusión tributaria; requieren un plus esencial: la elusión ha de ser producto de una defraudación.

Ésta se produce cuando se desfiguran, no los concretos negocios que generan determinadas rentas u otros hechos imposables, sino cuando los datos de éstos son falsos o, en el caso más grave, inexistentes. No sucede tal cuando los importes son verdaderos o lo son las transferencias de activos o de bienes que están en su base.

Lo que han hecho estos sujetos que declaran las bases reales, pero en combinación diferente a la legalmente prevista -el orden de los factores sí altera el producto- e intentan aliviar su carga fiscal, lo que incluso puede ser incentivo para llevar a cabo el negocio. Pero éste, con una u otra forma, existe; los importes que figuran en las declaraciones son ciertos. De esta suerte, Hacienda conoce la existencia de la operación y su volumen económico; a ella le toca verificar si la operación que se dice efectuada es la que realmente se ha realizado. De no ser así, y si no modifica las bases -extremo este esencial- después de la inspección, deberá proceder como impone la regulación fiscal

de la simulación: girando un acta complementaria por la diferencia, más los preceptivos intereses.

Ello puede suponer una deuda de importe multimillonario; pero lo que determina la existencia del delito es la elusión defraudatoria, no su importe. No defrauda, en fin, quien pretende optimizar al máximo los recursos legales, incluso torcidamente, pero con la suficiente habilidad para que sus números, aun mal colocados, respondan a la realidad. Si es así, no hay delito. Y, con todo, quien así se comporta, en el expediente administrativo lleva la penitencia. De sobras.