



Asociación Profesional de Expertos Contables y Tributarios de España

Dos sentencias de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo no dejan lugar a dudas. Señalan, en concreto, que la Agencia Tributaria, “dentro de las actuaciones de comprobación”, puede verificar operaciones que integren el **hecho imponible** “aun cuando tengan su origen en ejercicios fiscales ya **prescritos**”. El Confidencial. Carlos Sánchez

O lo que es lo mismo, Hacienda puede investigar a los contribuyentes de forma indefinida y no solamente durante los cinco años en que prescribe el delito fiscal con carácter general (el agravado puede extenderse a 10 años cuando se trate de delitos de especial trascendencia).

Las sentencias de la Sala de lo Contencioso llevan fecha del 5 y el 26 de febrero pasados, pero han sido conocidas en los últimos días, y dejan bien claro que la **Agencia Tributaria** tiene derecho “a comprobar e investigar” sine die. En coherencia con ello, a Hacienda le asiste la legislación cuando, como en el caso que ocupa a una de las sentencias, considera fraude de ley una operación realizada en un ejercicio prescrito si fruto de dicha operación “se producen efectos tributarios en ejercicios no prescritos”.

Este punto es “extraordinariamente relevante”, en palabras de **Ricardo Briz**, socio director del despacho Briz Jurídico Tributario, toda vez que permite a Hacienda “la **calificación del negocio jurídico**”. Es decir, que la no prescripción no se limita a la mera comprobación de los actos tributarios pasados, sino que la Agencia Tributaria puede cuestionar a efectos fiscales una operación ya prescrita que beneficie a un contribuyente. Por ejemplo, una empresa que se haya deducido los gastos financieros y que Hacienda considere años después que detrás de la operación había en realidad un fraude de ley.

“Entrar en la **calificación del contrato** es muy relevante”, asegura Briz, toda vez que tendrá efectos en casos relevantes como la identificación de las bases imponibles. Por ejemplo, cuando se trate de créditos fiscales o deducciones acreditadas en ejercicios ya prescritos y que ahora podrán ser echadas para atrás por la Agencia Tributaria aunque haya caducado el delito si considera que existe **fraude de ley**.

El ponente de la sentencia del 5 de febrero ha sido el magistrado **Gonzalo Martínez Micó**, y supone un espaldarazo a uno de los puntos más polémicos de la reforma de la Ley General Tributaria aprobada por el Consejo de Ministros hace unas semanas, y que ha iniciado su trámite parlamentario. El proyecto de ley declara la no prescripción de las investigaciones de los funcionarios de la Agencia Tributaria siempre que busquen el origen de un delito fiscal. El nuevo artículo 66 bis establece, en concreto, que “no prescribirá el derecho de la Administración para realizar comprobaciones e investigaciones”.

Actuar contra la ilegalidad

El argumento que aduce la sentencia de la que es ponente el magistrado Martínez Micó –que cuenta con un voto particular– es singular. Considera que sería absurdo **que no se pudiera investigar un delito ya prescrito**. Lo contrario, asegura, sería como que “no se pudiera actuar contra la ilegalidad”.



Es más, considera que ello supondría, sostiene la sentencia, “lo mismo que consagrar en el ordenamiento tributario una suerte de **principio de legalidad** fuera de la ley”. O expresado de otra forma: “igualdad en la ilegalidad” o “igualdad contra la ley”, figuras ambas proscritas por el Tribunal Constitucional.

El nuevo artículo 66 bis establece, en concreto, que 'no prescribirá el derecho de la Administración para realizar comprobaciones e investigaciones'

Un voto particular, sin embargo, considera que la Administración Tributaria tiene facultades para constatar la realidad de una operación y el precio en que se cerró (la labor investigadora). Pero una cosa es eso y otra muy distinta valorar, viene a decir el magistrado disidente, que “allí donde se pactó una compra en realidad hubo una permuta” o que se hiciera fraude de ley en una transmisión inmobiliaria. Es decir, que **una cosa es investigar** –lo cual acepta el magistrado que interpela a la mayoría– y otra muy distinta “**embarcarse en calificaciones y análisis jurídicos**” que tienen que ver con el pasado ya prescrito.

Argumenta, por último que eso sería lo mismo que atentar contra la seguridad jurídica “que es uno de los pilares sobre los que se asienta nuestro sistema de convivencia”. El magistrado discrepante concluye que es un “**desacierto jurídico**” juzgar “negocios realizados hace décadas” (la sentencia se refiere a una operación mercantil realizada en 1999) con parámetros actuales, “con el espíritu del presente y el espíritu que insufla en el juzgador”. El Confidencial autor: Carlos Sánchez