

# DOCUMENTOS

N.I.P.O.: 634-14-022-4

## INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y MEDIDAS FISCALES DE EFECTO EQUIVALENTE (JORNADA PREPARATORIA DEL CONGRESO DE LA EATLP)

Coordinadores: *Isidoro Martín Décano*  
*Pedro M. Herrera Molina*

Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

DOC. n.º 8/2014



INSTITUTO DE  
ESTUDIOS  
FISCALES

N.B.: Las opiniones expresadas en este documento son de la exclusiva responsabilidad de los autores, pudiendo no coincidir con las del Instituto de Estudios Fiscales.

## **Nuevo intercambio de información tributaria versus medidas tributarias de efecto equivalente**

Informe Nacional español para el Congreso de la European Association of Tax Law Professors, (EATLP) Istanbul 2014

LUIS ALFONSO MARTÍNEZ GINER

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario  
(Universidad de Alicante)

SATURNINA MORENO GONZÁLEZ

Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario  
(Universidad de Castilla-La Mancha)

PATRICIA LAMPREAVE MÁRQUEZ

Profesora acreditada Titular de Derecho Financiero y Tributario  
CUNEF

### SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. LAS FUENTES DEL SISTEMA DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA EN ESPAÑA. 2. LA COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA FISCAL EN EL DERECHO DE LA UE Y SU TRASPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: PARA BUENOS Y MALOS. 3. LA RECOPIACIÓN E INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN LA LEGISLACIÓN CONTRA EL BLANQUEO DE CAPITALES: ¿UNA SOLUCIÓN REAL O SIMPLEMENTE UNA NUEVA AMENAZA?. 4. EL SISTEMA DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN LA PRÁCTICA: ALGUNAS CIFRAS. 5. LA NUEVA ERA DEL INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMACIÓN: GRANDES INVERSIONES, PERO ¿ESTAMOS SEGUROS DEL BENEFICIO?. 6. INSPECCIONES CONJUNTAS E INSPECCIONES TRANSNACIONALES: ¿DOS ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS ACTÚAN MEJOR QUE UNA?. 7. LA *REALPOLITIK*: SOLUCIONES TRIBUTARIAS DE EFECTO EQUIVALENTE ALTERNATIVAS AL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA. 8. LA LEGITIMIDAD DE SOLUCIONES DIFERENTES DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA. 9. CONCLUSIONES.

### INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto la presentación del informe nacional que los profesores Luis A. Martínez Giner, Saturnina Moreno González y Patricia Lampreave Márquez han realizado para el próximo congreso de la Asociación Europea de Profesores de Derecho Tributario que tendrá lugar en junio del año 2014 en Estambul. Este informe ha sido realizado sobre la base de un cuestionario previamente realizado por el General Reporter del Congreso de la EATLP 2014, el profesor Giuseppe Marino. En la página web de la Asociación Europea de Profesores de Derecho Tributario<sup>1</sup> se encuentra disponible el National Report español junto con otros 17 informes nacionales que dan una visión completa y sistematizada de la situación actual del intercambio de información en el ámbito europeo e internacional.

El contenido de este informe se estructura sobre la base de las siguientes consideraciones. En primer lugar se analiza el *status quo* del Intercambio de Información en España sobre la base de las diferentes fuentes e instrumentos normativos aprobados y vigentes que posibilitan en mayor o menor grado el intercambio de información con especial consideración al ámbito comunitario, donde la Directiva 2011/16/UE y la Directiva 2003/48/CE despliegan con toda su intensidad importantes efectos que favorecen el Intercambio de Información tributaria. En segundo lugar, serán objeto de análisis las cifras concretas del intercambio de información. A continuación será objeto de comentario el nuevo modelo de intercambio de información automático gestado en respuesta a la implantación del modelo americano FATCA y que plantea muchos interrogantes jurídicos de no fácil respuesta. En cuarto lu-

---

<sup>1</sup> <http://www.eatlp.org/index.php/this-years-congress/congress-documents>.

gar, resulta ineludible analizar los aspectos relacionados del intercambio de información con la normativa de lucha contra el blanqueo de capitales. Igualmente hay que señalar que están resultando muy relevantes en los últimos tiempos las formas de lucha contra el fraude mediante *joint audits* e inspecciones simultáneas en la que son dos Administraciones Tributarias las que actuarían en la actividad investigadora tributaria. Finalmente, se comentará la existencia de medidas tributarias con efecto equivalente en la lucha contra el fraude fiscal pero alternativas y bien diferentes al intercambio de información.

Hay que señalar que nos encontramos ante uno de esos temas que cual Sísifo vuelve a plantearse de forma recurrente cuando parecía que ya estaba resuelto. En efecto el intercambio de información no sólo es un tema de ferviente actualidad sino que además ha sido una preocupación constante tanto en lo académico como en la agenda política de los líderes mundiales en los últimos tiempos.

Además de un tema recurrente y de actualidad, sobre el intercambio de información recaen precisamente por ello constantes novedades que a modo de *tsunami* normativo tratan de dar respuesta a la ineludible lucha contra la evasión y el fraude fiscal. Estas novedades se plantean a todos los niveles. En el ámbito UE las constantes novedades han generado medidas que han supuesto, entre otros hitos, la aprobación de la Directiva 2011/16/UE que ha modificado a la anterior Directiva del año 1977; la propuesta de modificación de esa Directiva del año 2013<sup>2</sup>; el Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal<sup>3</sup>, o la recientemente aprobada modificación de la Directiva 2003/48/CE de fiscalidad del ahorro<sup>4</sup>. Por otro lado, la OCDE sigue liderando las iniciativas y estrategias relativas a la transparencia e intercambio de información planteando constantes novedades relativas al intercambio de información, tales como las actualizaciones del artículo 26 CMOCDE, o la publicación –auspiciado por el G8– en febrero de 2014 del nuevo *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information*.

Todo ello demuestra que como el castigo de Sísifo el intercambio de información tributaria volverá a tener que ser analizado una vez más a la luz de los condicionantes actuales, poniendo de manifiesto la insatisfacción que repetidamente han venido generando las diferentes estrategias sobre lucha contra el fraude fiscal mediante el intercambio de información tributaria.

## 1. LAS FUENTES DEL SISTEMA DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA EN ESPAÑA

El compromiso de España con la lucha contra el fraude fiscal mediante el intercambio de información ha sido y es un compromiso decidido. España continúa expandiendo actualmente su red de instrumentos de intercambio de información. España como miembro de la OCDE ha suscrito instrumentos bilaterales y multilaterales en los que se incluye el intercambio de información.

En concreto España ha firmado 99 CDI de los cuales 86 ya están en vigor, estando los 13 convenios restantes en diferentes fases de tramitación (Argentina, Azerbaiyán, Bielorrusia, Catar, Chipre, Namibia, Nigeria, Omán, Perú, República Dominicana, Senegal, Siria y Uzbekistán). Además se están renegociando los CDI con Austria, Canadá, Estados Unidos, India y Reino Unido.

De todos los CDI firmados por España, únicamente el CDI España-Suiza originario de 1966 no contenía la cláusula de intercambio de información. Sin embargo a raíz de la firma de Suiza del Acuerdo con la UE de 2 de junio de 2004, España inició negociaciones con Suiza que cristalizaron en un Protocolo de modificación del CDI de 1966 realizado el 29 de junio de 2006 que incorpora por vez primera un nuevo artículo 25 bis que establece el intercambio de información bajo petición entre España y Suiza. Este protocolo no sigue fielmente el artículo 26 CMOCDE pero es un primer paso. El 27 de julio de 2011 se firma un nuevo protocolo de modificación del CDI entre España y Suiza en el que se aclara expresamente que los Estados no tienen libertad para emprender búsquedas indefinidas de pruebas ("fishing expeditions"), ni para solicitar información de dudosa pertinencia respecto a la situación fiscal de un determinado contribuyente. Del mismo modo ese protocolo que entró en vigor el 24

<sup>2</sup> COM (2013) 348 final, de 12 de junio de 2013.

<sup>3</sup> COM (2012) 722 final, de 6 de diciembre de 2012.

<sup>4</sup> Directiva 2014/48/UE de 24 de marzo.

de agosto de 2013 establece expresamente que el CDI entre España y Suiza no obliga a intercambiar información entre los Estados de forma automática.

Los últimos CDI que actualmente se están negociando incorporan fielmente la última versión de la modificación del artículo 26 CMOCDE adoptada el 17 de julio de 2012. Ejemplo de ello son los CDI que se están negociando con el Reino Unido, Argentina, Chipre, India, Uzbekistán... En ninguno de los CDIs ni en ninguna norma de desarrollo se ha precisado el concepto de *fishing expeditions*, salvo en el nuevo protocolo de modificación del Convenio con Suiza. Llama la atención que el Protocolo de modificación del CDI entre España y EEUU firmado el 14 de enero de 2013 elimine el apartado 19 del Protocolo de 1990 que decía expresamente que el artículo 27 del CDI España-EEUU (intercambio de información) se tenía que interpretar con arreglo a los comentarios al artículo 26 CMOCDE.

Además, con carácter general los CDI no se refieren expresamente a la modalidad de intercambio entendiéndose que los mismos atienden al intercambio previo requerimiento. No obstante, existen dos CDI, el CDI con Marruecos (1984) y el CDI con Francia (1995) en los que expresamente se dice que el intercambio de información tendrá lugar de oficio o a petición para un caso concreto, estableciéndose que las autoridades de ambos Estados se deberán poner de acuerdo para determinar la relación de informaciones a suministrar de oficio.

La mayor parte de los CDI firmados por España, fundamentalmente en los últimos años se adaptan y siguen el CMOCDE en sus diferentes versiones e incluso en algunos casos algunos aspectos de los comentarios al artículo 26 CMOCDE e incluso algunas previsiones del Modelo de Acuerdo de Intercambio de información tributaria de 2002 han sido incorporados en los Protocolos de algunos CDI (por ejemplo CDI con Emiratos Árabes Unidos, 2006; CDI con Jamaica, 2009).

Muy pocos CDI o Protocolos firmados por España recogen expresamente la regulación de las inspecciones simultáneas (Protocolo CDI con Jamaica, 2009). Sobre las inspecciones simultáneas hay que decir que España tiene alguna experiencia en relación con inspecciones simultáneas y controles conjuntos sobre la base de la Directiva 2011/16/UE de cooperación administrativa en materia de fiscalidad (artículo 12), la Convención sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal y el Reglamento CE n.º 1798/2003 sobre cooperación administrativa en materia de IVA. Sin embargo España no está llevando a cabo inspecciones conjuntas tal y como se describen en el *Joint Audit Report* (OECD, 2010).

La mayoría de CDI firmados por España con posterioridad al año 2005 recogen la *anti-blocking statutes clause* del artículo 26.5 CMOCDE. Algunos pocos CDI siguen una versión anterior del artículo 26 CMOCDE a pesar de haberse negociado en 2005 o en fecha posterior (CDI con Egipto, 2005; CDI con Vietnam, 2005; CDI Malasia, 2006; CDI Sudáfrica, 2006). Finalmente existen algunos CDI en los que la aplicación del artículo 26.5 CMOCDE se condiciona a los supuestos de fraude fiscal (Protocolo CDI con Suiza, 2009; CDI con Malta, 2006).

Por otra parte España ha firmado Acuerdos de Intercambio de Información con algunos territorios que tradicionalmente estaban calificados como paraísos fiscales en el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio. El hecho de firmar este tipo de acuerdos supone que tales territorios dejan de ser considerados paraísos fiscales para la legislación española. En la actualidad España tiene en vigor Acuerdos de Intercambio de información tributaria (TIEAs) con Andorra, Aruba, Bahamas, Curaçao, San Martín y San Marino. Además se han iniciado negociaciones aunque aún no han entrado en vigor con los siguientes Estados: Bermudas, Guernsey, Islas Caimán, Islas Cook, Isla de Man, Jersey, Macao, Mónaco, San Vicente y Granadinas y Santa Lucía. Sin embargo la falta de efectivo intercambio de información entre España y estos territorios puede conllevar el re-ingreso de los mismos en la lista negra de paraísos fiscales.

España además ha firmado la Convención sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal el 12 de noviembre de 2009, la cual ha entrado en vigor el 1 de diciembre de 2012. Igualmente España firmó el Protocolo de modificación de la mencionada Convención el 11 de marzo de 2011 habiendo éste entrado en vigor el 1 de enero de 2013.

Igualmente España es miembro del Foro Global sobre Transparencia e intercambio de información a efectos tributarios. En octubre de 2011 se publicó el *Peer Review Report* de España en el que se combinaba la Fase 1 y la Fase 2. Como se sabe la Fase 1 del proceso de revisión por pares trata de

analizar la adaptación del marco jurídico y legal de un Estado al estándar de intercambio de información de la OCDE, mientras que la Fase 2 revisa la implementación práctica de ese estándar. Las únicas recomendaciones que en este punto se realizaron tuvieron que ver con la necesidad de actualizar o modernizar CDI que son algo antiguos y con la conveniencia de aclarar el criterio que debe regir en cuanto a quién debe negociar CDI en el caso de los territorios británicos de ultramar. Además se aconseja que en el caso de que España no esté en disposición de responder a peticiones de intercambio de información en el plazo de 90 días, se disponga de algún tipo de sistema para advertir a las jurisdicciones requirentes de esta situación.

Las conclusiones de ese informe consideran que España tiene un marco regulatorio legal adecuado al estándar de intercambio de información y transparencia de la OCDE.

## **2. LA COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA FISCAL EN EL DERECHO DE LA UE Y SU TRASPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: PARA BUENOS Y MALOS**

Como es sabido, la Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad<sup>5</sup>, deroga con efectos a partir de 1 de enero de 2013 la Directiva 77/799/CEE, sobre asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos y de los impuestos sobre las primas de seguros<sup>6</sup>.

Dos disposiciones normativas cobran relevancia en lo que concierne a la trasposición de la Directiva 2011/16/UE a nuestro ordenamiento jurídico.

Por un lado, el Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (en adelante, RDL) que, si bien tiene como finalidad declarada trasponer la Directiva 2010/24/UE del Consejo, de 16 de marzo, relativa a la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos tributarios<sup>7</sup>, en realidad lleva a cabo una amplia reforma de la Ley General Tributaria (en adelante, LGT) estableciendo los principios generales y reglas comunes aplicables en materia de asistencia mutua internacional. En efecto, la nueva regulación comprende todas las actuaciones de asistencia mutua que la Administración tributaria española deba prestar o pueda solicitar (intercambio de información, asistencia en la recaudación de créditos, controles simultáneos, presencia de funcionarios extranjeros, asistencia en la notificación, etc.), por lo que, aunque no se reconozca expresamente en el preámbulo del RDL, también efectúa una transposición parcial de la Directiva 2011/16/UE. Además, la reforma va más allá de la trasposición de directivas comunitarias, abarcando las actuaciones de asistencia mutua que el Estado español preste, reciba o desarrolle en virtud no sólo de una norma comunitaria, sino también en el marco de un convenio de doble imposición, o en otro convenio internacional de carácter bilateral o multilateral, normas que pueden tener distinto alcance y límites, lo que obligará a integrar la normativa doméstica con lo dispuesto en estos otros niveles normativos.

Por otra parte, el Real Decreto 1558/2012, de 15 de noviembre<sup>8</sup>, está destinado principalmente a transponer la Directiva 2011/16/UE, pero, además, efectúa el desarrollo reglamentario de los preceptos legales relativos a la asistencia mutua internacional incorporados a la LGT por el RDL 20/2011. A tal fin, introduce varias modificaciones en el Reglamento General de Recaudación<sup>9</sup>, y en el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (en adelante

<sup>5</sup> DOUE L-64, de 11 de marzo de 2011.

<sup>6</sup> DOUE L-336, de 27 de diciembre de 1977.

<sup>7</sup> DOUE L-84, de 31 de marzo de 2010.

<sup>8</sup> Real Decreto 1558/2012, de 15 de noviembre, por el que se adaptan las normas de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, a la normativa comunitaria e internacional en materia de asistencia mutua, se establecen obligaciones de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero, y se modifica el reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa, aprobado por Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre, *BOE* n.º 283, de 24 de noviembre de 2012.

<sup>9</sup> Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, *BOE* n.º 210, de 2 de septiembre de 2005.

RGGI)<sup>10</sup>. En concreto, se incorpora un nuevo Título VI en este último Reglamento destinado a regular aspectos específicos de las distintas actuaciones derivadas de la asistencia mutua internacional. En consecuencia, con efectos 1 de enero de 2013, queda derogada la normativa preexistente relativa a los procedimientos de implementación de las Directivas comunitarias en materia de intercambio de información tributaria y de asistencia mutua recaudatoria<sup>11</sup>.

Centrando la atención en la implementación efectiva del artículo 8 de la Directiva 2011/16/UE (intercambio automático de información), el artículo 177 *ter* de la LGT contiene las reglas comunes relativas al intercambio internacional de información tributaria y, por tanto, debe entenderse que abarca todas las modalidades de intercambio de información, aunque no hace mención expresa al intercambio automático. No obstante, el nuevo artículo 201 del RGGI aclara que la Administración tributaria podrá facilitar información a otros Estados o entidades internacionales o supranacionales, además de forma espontánea o previa solicitud, de forma automática en relación con "*determinadas categorías de información y de acuerdo con lo dispuesto en la normativa sobre asistencia mutua*".

También merece destacarse la estructura organizativa básica diseñada a nivel interno para asegurar el intercambio internacional de información tributaria. En España, la autoridad competente para el intercambio de información en el ámbito fiscal es el Ministro de Hacienda o un representante autorizado. Esta potestad ha sido delegada en el Director de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (en adelante, AEAT). La oficina central de enlace, ubicada en el seno de la AEAT, es el *Equipo Central de Información* (en adelante, ECI), integrado en la Oficina Nacional de Investigación del Fraude (ONIF), en el Departamento de Inspección Financiera y Tributaria<sup>12</sup>. El ECI es el órgano responsable de canalizar el intercambio de información con otras Administraciones públicas nacionales, así como con entidades supranacionales o extranjeras. Para ello, el ECI actúa como punto central de enlace en directa comunicación con órganos similares en otros países. En este sentido, según se desprende del artículo 205 del RGGI, cuando en virtud de la normativa sobre asistencia mutua una oficina territorial deba comunicar de forma automática determinada información a otro Estado o entidad internacional o supranacional, la misma se comunicará, en todo caso, al ECI que será el responsable de su remisión al otro Estado o entidad.

En otro orden de ideas, España participa en el proyecto de la Comisión Europea sobre oficinas de recuperación de activos (*Asset Recovery Office –ARO–*)<sup>13</sup>. A juicio de la Comisión, las ARO deberían

---

<sup>10</sup> Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, *BOE* n.º 213, de 5 de septiembre de 2007.

<sup>11</sup> Real Decreto 1326/1987, de 11 de septiembre (*BOE* n.º 259, de 29 de octubre de 1987), por el que se establece el procedimiento de aplicación de Directivas de la Comunidad Europea sobre intercambio de información tributaria; y Real Decreto 704/2002, de 19 de julio, por el que se incorporan las modificaciones de determinadas Directivas comunitarias sobre asistencia mutua en materia de recaudación (*BOE* n.º 183, de 1 de agosto de 2002).

<sup>12</sup> Orden PRE 3581/2007 (*BOE* n.º 296, de 11 de diciembre de 2007) y Resolución de la Presidencia de la AEAT de 13 de marzo de 2013 (*BOE* n.º 64, de 15 de marzo de 2013).

<sup>13</sup> La recuperación de activos de origen delictivo es una de las prioridades de la política criminal dentro de la UE. La idea que subyace a dicha política es la insuficiencia de las respuestas tradicionales (pena privativa de libertad y multa) frente al crimen organizado, entre cuyas notas definitorias está la de perseguir la obtención de beneficios económicos mediante la comisión de delitos graves, por lo que otras medidas como el decomiso y la recuperación de bienes pueden ser un buen complemento en la lucha contra la delincuencia organizada. Para llevar a la práctica tales medidas es preciso una estrecha cooperación entre las respectivas autoridades de los Estados miembros con competencia en el seguimiento de los productos ilegales y otros bienes que puedan ser objeto de decomiso, así como establecer mecanismos que permitan una comunicación directa y el intercambio de información entre ellos. En este sentido, la Decisión del Consejo 2007/845/JAI, de 6 de diciembre de 2007 (DOUE L-332, 18 de diciembre de 2007) obliga a los Estados miembros a crear o designar un máximo de dos organismos nacionales de recuperación de activos (ARO) como puntos centrales de contacto nacionales, los cuales facilitarán el seguimiento y la identificación de productos de actividades delictivas y otros bienes relacionados con el delito, es decir, el intercambio de información estratégica para recuperar activos procedentes del delito. Asimismo, la Decisión establece que los Estados miembros deberán asegurarse de que sus organismos de recuperación de activos cooperen entre sí, intercambiando información con rapidez, tanto previa solicitud como de manera espontánea, con arreglo a las condiciones establecidas en la Decisión Marco 2006/960/JAI sobre la simplificación del intercambio de información e inteligencia entre servicios de seguridad de los Estados miembros (DO L-328, 24 de noviembre de 2006).

Inicialmente las autoridades españolas comunicaron dos puntos de contacto en relación con la Decisión de 2007: el Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado (CICO), órgano administrativo integrado en el organigrama del Ministerio del Interior; y a la Fiscalía Especial Antidroga, órgano de carácter judicial dependiente del Ministerio de Justicia. Esta elección inicial y urgente se realizó sin perjuicio de abrir ulteriormente una reflexión conjunta sobre la necesidad de crear un organismo u oficina de carácter mixto. En la práctica, el CICO ha actuado como simple intermediario o punto de contacto para el extranjero, pero la oficina que realmente ha funcionado operativamente en este ámbito a nivel nacional es la UDEF (Unidad de Delincuencia Económica y Fiscal, Dirección General de la Policía, Ministerio del Interior) y la Unidad Técnica de la Policía Judicial de la

tener acceso a todas las bases de datos pertinentes, incluidas las que contienen información financiera, a fin de poder identificar y seguir la pista de los activos de origen delictivo y contar con los poderes coercitivos necesarios para obtener esa información. En este orden de ideas, la Comisión animaba a los Estados miembros a crear un registro central de cuentas bancarias a nivel nacional al que deberán tener acceso las ARO<sup>14</sup>.

En este sentido, el artículo 43 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, sobre prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, ha creado el “Fichero de Titularidades Financieras” (FTF), cuyo responsable es la Secretaría de Estado de Economía, siendo el Sepblac (Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias) el encargado del tratamiento de los datos.

El fichero es un instrumento administrativo al servicio de la prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Para ello, las entidades de crédito deberán declarar al Sepblac, con la periodicidad que se determine reglamentariamente, la apertura o cancelación de cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cuentas de valores y depósitos a plazo. La declaración contendrá, en todo caso, la siguiente información: a) datos identificativos de los titulares, representantes o autorizados, así como de cualesquiera otras personas con poderes de disposición; b) fecha de apertura o cancelación; c) tipo de cuenta o depósito; d) datos identificativos de la entidad de crédito declarante. En cambio, no se exige suministrar información sobre el saldo de la cuenta bancaria.

Además del Sepblac, podrán obtener datos del fichero las siguientes autoridades: a) con ocasión de la investigación de delitos relacionados con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, los jueces de instrucción, el ministerio fiscal y, previa autorización judicial o del ministerio fiscal, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado; y b) la AEAT en los términos previstos en la LGT.

En todo caso, la petición de acceso a los datos deberá ser adecuadamente motivada por el órgano requirente, que será responsable de la regularidad del requerimiento. No podrá requerirse el acceso al fichero para finalidades distintas de la prevención o represión del blanqueo de capitales o de la financiación del terrorismo.

El Consejo de Estado mostró sus reservas sobre el modo en que el FTF ha quedado configurado. Desde la perspectiva de los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal, el Consejo de Estado ha cuestionado la viabilidad jurídico-constitucional del fichero en la medida en que la Ley impone una obligación desproporcionada de suministro universal de datos, no sometida a requerimiento y no limitada a un grupo de datos o de personas. En opinión del órgano consultivo, en el ordenamiento jurídico español y europeo existen técnicas diversas para asegurar la eficacia de la actuación preventiva y represiva de las actividades delictivas con una injerencia menor en el ámbito de la intimidad y del derecho a la protección de datos de los ciudadanos<sup>15</sup>.

En cualquier caso, como se analiza con más detalle en el siguiente apartado de este trabajo, el recientemente aprobado Reglamento de prevención de blanqueo de capitales (RD 304/2014, de 5 de mayo, *BOE* núm. 110, de 6 de mayo) desarrolla la estructura y funcionamiento del FTF en sus artículos 50 a 57 y prevé que su entrada en funcionamiento se produzca dentro del plazo máximo de dos años desde su entrada en vigor (6 de mayo de 2016).

---

Guardia Civil. El CICO actúa como simple intermediario y redistribuye las solicitudes de información entre esas dos oficinas encargadas de identificar y localizar los activos derivados del delito. En los últimos años, el Gobierno español ha optado finalmente por radicar la ARO en el Ministerio del Interior. Así, el apartado tres de la disposición final primera de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, introduce un nuevo artículo 367 *septies* en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim). El legislador español ha concebido dicha ARO como un órgano instrumental, centralizado y especializado, con funciones de policía judicial, y que, en relación principalmente con procedimientos e investigaciones de delincuencia organizada, auxilia a la fiscalía y a los órganos judiciales, en la localización de activos, administración y gestión de los mismos, realización final de activos incautados y en tareas de cooperación judicial internacional. La Oficina española únicamente actuará en virtud de requerimiento judicial, el cual habrá de ser promovido en todo caso y necesariamente por el Ministerio Fiscal. *Vid. White Paper on Best Practices in Asset Recovery*, CEART Project, 2009, pp. 266-268; JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “Propuestas para mejorar la eficacia de la recuperación de activos criminales en un contexto de crisis económica”, *Revista de Derecho Penal*, n.º 37, 2012, pp. 135-136.

<sup>14</sup> Comunicación de 20 de noviembre de 2008 sobre “Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que el delito no sea provechoso”, COM (2008) 766 final, pp. 10-11.

<sup>15</sup> Dictamen del Consejo de Estado de 19 de noviembre de 2009 sobre el anteproyecto de Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (n.º 1904/2009).



### 3. LA RECOPIACIÓN E INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN LA LEGISLACIÓN CONTRA EL BLANQUEO DE CAPITALES: ¿UNA SOLUCIÓN REAL O SIMPLEMENTE UNA NUEVA AMENAZA?

En España, la Ley 10/2010<sup>16</sup> y el recientemente aprobado Reglamento de prevención de blanqueo de capitales<sup>17</sup>, han incorporado a la legislación nacional lo regulado por las Directivas 2005/60/EC<sup>18</sup> y 2006/70/EC.

El artículo 3 de la Ley 10/2010 (en adelante, LPBC) establece expresamente que tendrán la obligación de aplicar la diligencia debida en cuanto a la comprobación de la “titularidad real” de las personas físicas y jurídicas con los que se pretende realizar un negocio o intervenir en cualquier operación, los sujetos obligados reseñados en el artículo 2 de la citada, siendo entre otros colectivos, las entidades financieras, notarios, registradores, procuradores, abogados, auditores de cuentas, los promotores inmobiliarios, marchantes de arte, joyeros o casinos<sup>19</sup>.

El artículo 4 de la LPBC regula que los sujetos obligados recabarán, cuando existan indicios o certeza de los clientes no actúan por cuenta propia<sup>20</sup>, la información precisa a fin de conocer la identidad de las personas por cuenta de las cuales actúan aquéllos. Así mismo recabarán de sus clientes información a fin de conocer la naturaleza de su actividad profesional o empresarial y adoptarán medidas dirigidas a comprobar razonablemente la veracidad de dicha información<sup>21</sup>.

Además de aplicar la diligencia debida, los sujetos obligados deberán comunicar, por iniciativa propia, al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (en adelante, Sepblac<sup>22</sup>) cualquier hecho u operación, incluso la mera tentativa, respecto al que exista indicio o certeza que está relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo<sup>23</sup>.

Tal como dispone en su artículo 43 la LPBC, y se ha mencionado en el presente trabajo, se está creando un «Fichero de Titularidades Financieras» el cual se prevé plenamente operativo a finales de 2015 o principios de 2016, siendo el plazo máximo el 6 de mayo de 2016<sup>24</sup>. Las entidades de crédito deberán declarar al Sepblac, con la periodicidad que reglamentariamente se determina<sup>25</sup>, la apertura o cancelación de cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cuentas de valores y depósitos a plazo<sup>26</sup>. El citado, es un fichero de carácter administrativo creado con la finalidad exclusiva de prevenir e impedir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo<sup>27</sup>.

<sup>16</sup> Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

<sup>17</sup> RD 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. A la entrada en vigor de este real decreto (6 de mayo de 2014) queda derogado el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales. En cuanto no se opongan a lo dispuesto en el Reglamento, continuarán vigentes la Orden EHA/2963/2005; de 20 de septiembre, la Orden EHA/1439/2006, de 3 de mayo; la Orden EHA/2619/2006, de 28 de julio; la Orden EHA/2444/2007, de 31 de julio y la Orden EHA/114/2008, 29 de enero.

<sup>18</sup> La Directiva 2005/60/CE de 26 de octubre y la Directiva 2006/70/CE de 1 de agosto, sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, incorporan al acervo comunitario las Recomendaciones del GAFI. Se trata de un marco general que debe ser completado por los Estados miembros. DOUE L309/15, de 25 de noviembre de 2005. DOUE L214/29, de 4 de agosto de 2006.

<sup>19</sup> ALIAGA MÉNDEZ, J. A., *et al*, *Normativa Comentada de Prevención del Blanqueo de Capitales. Adaptado a la Ley 10/2010*, Ed. La Ley, Wolters Kluwer, (2010).

<sup>20</sup> Por ejemplo en los casos de fideicomisarios en las estructuras de Trust.

<sup>21</sup> Artículo 5 de la Ley 10/2010.

<sup>22</sup> El Sepblac, es la Unidad de Inteligencia Financiera (en adelante, UIF) española y depende de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, cuyo presidente es el Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa.

<sup>23</sup> En virtud del artículo 18 de la Ley, los sujetos obligados deberán llevar a cabo “Comunicaciones por indicios”, siendo estas comunicaciones de vital importancia para el Sepblac, dado que se pone de manifiesto la voluntad de cooperar por parte de los citados. Los obligados deberán también llevar a cabo “Comunicaciones sistemáticas” de forma obligatoria cuando se cumplan una serie de parámetros fijados por la Ley. Este tipo de Comunicaciones también se ha visto incrementado desde 2011 en un 6.1 por 100.

<sup>24</sup> Disposición transitoria tercera del RD 304/2014.

<sup>25</sup> El RD 304/2014, en su artículo 51, establece declaraciones mensuales como regla general, salvo que se den evidencias del blanqueo de capitales, en cuyo caso la Comunicación se hará de forma inmediata.

<sup>26</sup> Es importante poner de manifiesto que sólo consta la titularidad de las cuentas, no los saldos.

<sup>27</sup> El Fichero de Titularidades Financieras quedará sometido a la ley de protección de datos, Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre. *Vid.* artículo 53.1 del RD 304/2014.

Las solicitudes de datos del Fichero se efectuarán necesariamente a través de los puntos únicos de acceso designados a tal efecto en el Consejo General del Poder Judicial, en el Ministerio Fiscal, en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y en la Agencia Española de Administración Tributaria<sup>28</sup>.

En una retrospectiva<sup>29</sup> de los últimos años, las Comunicaciones por indicios de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo a la UIF han sido como se indica a continuación<sup>30</sup>:

Sujetos obligados	2010	2011	2012	variación
Sujetos obligados 2,1(a) a (i)	2411	2313	2449	5,9
Sujetos obligados 2,1(j) a (y)	580	537	488	<9,1>
Alerta de servicio ejecutivo	81	87	56	<35,6>
Organismos públicos	27	24	41	70,8
Otros supervisores nacionales o extranjeros	72	14	24	71,4
Totales	3171	2975	3058	2,8

Analizando los orígenes de esos asuntos, se aprecia que las Comunicaciones por indicio recibidas de las entidades financieras son sustancialmente más elevadas que las recibidas del resto de sujetos obligados. En este punto, cabe reseñar que la implicación de notarios y registradores, como funcionarios públicos y sujetos obligados por el artículo 2.1.n de la LPBC, en la actividad del Sepblac, ha aportado un indudable valor en los procesos de análisis de operativas de riesgo de blanqueo de capitales<sup>31</sup>.

En el apartado de solicitud de informes por parte de las autoridades nacionales, se pone de manifiesto un incrementado en la colaboración desde 2011 a 2013. Estas colaboraciones no se rigen por un protocolo expreso como tal, sino que se llevan a cabo en aplicación del principio de colaboración entre las Administraciones públicas<sup>32</sup>.

Solicitud de información de autoridades	2010	2011	2012	Variaciones de 2012 a 2011 (%)
Fiscalías, juzgados y tribunales	48	30	34	13,3
Cuerpo Nacional de Policía	155	143	144	0,7
Guardia Civil	107	73	118	61,6
Departamento de Aduanas	110	95	82	<13,7>
AEAT-ONIF-	4	7	6	<14,3>
Otras solicitudes	19	15	25	53,3
Totales	443	363	407	12,1

Por lo que respecta al destino de los informes del Sepblac a las autoridades y organismos competentes, las cifras se mantienen en valores muy significativos, como se muestra a continuación:

<sup>28</sup> Cada uno de esos 4 terminales será controlado por un responsable de terminal, siendo el citado responsable el que tendrá que responder del uso indebido que se pudiera hacer. Toda petición de acceso habrá de ser adecuadamente motivada por el órgano requirente. El Sepblac controlará cada uno de los accesos y los cuantificará anualmente. Vid. artículo 52.3 del RD 304/2014.

<sup>29</sup> Los datos han sido obtenidos de la Memoria del Sepblac de 2012, siendo esta la última memoria publicada, el resto de la información ha sido suministrada por la Secretaría Técnica del Sepblac.

<sup>30</sup> El total de Comunicaciones por indicios para 2013, pese a no estar publicada la memoria en el momento de la entrega del presente trabajo, se prevé en torno a 4000 asuntos, conservando la misma proporción respecto a los sujetos obligados.

<sup>31</sup> Tras la Orden EHA/2963/2005, de 20 de septiembre, se crea en el seno del Consejo General del Notariado, un Órgano Centralizado con el objeto de evitar la utilización de la actividad de los notarios en procesos de blanqueo de capitales, el cual colabora estrechamente con el Sepblac, habiendo sido consultado para la realización del presente trabajo.

<sup>32</sup> Artículo 4.1.d) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), siempre que no se vulnere el artículo 21 de la Ley de protección de datos, Ley 15/1999 de 13 de diciembre y sus modificaciones posteriores.

	2010	2011	2012
Autoridades judiciales	2	1	2
Fiscalía Antidroga	3	0	4
Fiscalía Anticorrupción	45	70	53
Cuerpo Nacional de Policía	1853	1652	1669
Guardia Civil	773	652	696
AEAT	541	471	590
Departamento de Aduanas	240	246	288
Otros organismos	43	26	21

Es importante poner de manifiesto, que a diferencia de otros Estados, el Sepblac, en la realización de sus informes, puede solicitar a cualquier sujeto obligado (de los mencionados anteriormente) la información que entienda pertinente, sin tener que acudir a ninguna autorización judicial previa<sup>33</sup>.

Puesto que los informes del Sepblac son “informes de inteligencia” (artículo 46 de la LPBC) no tienen valor probatorio y no podrán ser incorporados directamente a las diligencias judiciales o administrativas. Por tanto, es preciso desarrollar diligencias de carácter policial (las entregadas a las Fuerzas de Seguridad) o de carácter tributario (en el caso de las recibidas por las AEAT)<sup>34</sup> y a partir de dicha información la AEAT podrá indagar para la regularización de la situación tributaria del contribuyente o para evaluar indicios de delito fiscal<sup>35</sup>.

La información y documentación de que disponga el Sepblac tendrán carácter confidencial, debiendo guardar reserva sobre los mismos toda autoridad o funcionario que acceda a su contenido<sup>36</sup>. Los datos, documentos e informaciones que obren en poder del Sepblac no podrán ser divulgados salvo, entre otros supuestos, si es requerido por el Ministerio Fiscal o por las autoridades judiciales o administrativa, en el marco de un procedimiento concreto.

En el ámbito de la colaboración internacional<sup>37</sup>, las cifras acreditan una cierta estabilidad en cuanto al número de intercambios solicitados a las UIF de otros Estados miembros por parte del Sepblac, aunque no así la demanda de colaboración procedente de otros países (que creció significativamente en 2011, hasta alcanzar las 537 peticiones, para posteriormente descender a 490 en 2012).

	2010	2011	2012	Variaciones de 2012 a 2011 (%)
Solicitudes de información de UIF	430	537	490	<8,75>
Solicitudes de información a UIF	375	379	392	3,4
Total	805	916	882	<3,7>

<sup>33</sup> El Sepblac tiende a compilar en un solo informe todas las actividades de un sujeto investigado, evitando tener un informe por cada una de sus actividades, a diferencia de lo que ocurre en otros Estados, como Reino Unido, donde constan más asuntos porque no se aplica esta práctica, sino que se cuantifica un informe por cada actividad, pese a ser relacionados con un único sujeto investigado.

<sup>34</sup> Por tanto, un Juez, el Ministerio fiscal o las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado destinatarios del informe elaborado por el Sepblac, deberán acudir directamente a la fuente de prueba que se cita en el informe a fin de obtener esos datos, que sí podrán ser aportados al procedimiento. El CGPJ considera al respecto que “es una importante disfunción operativa en la investigación penal, con la consiguiente dilación y peligro de frustración de la misma, por lo que sería aconsejable que se estableciera”, *Informe del CGPJ al Proyecto de Real Decreto de Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo* (publicado el 10 de marzo de 2014).

<sup>35</sup> Pese a que el artículo 49.2 de la LPBC prevé que sin perjuicio de la LGT, el intercambio de información entre el Sepblac y la AEAT se realizará en la forma de convenio suscrito entre ambas partes, en la práctica no existe tal Convenio, no obstante, el Sepblac se ha visto reforzado en los últimos años con funcionarios de la AEAT.

<sup>36</sup> En particular, no será en ningún caso objeto de revelación la identidad de los analistas que hayan intervenido en la elaboración de los informes o quienes hayan comunicado los indicios al Sepblac.

<sup>37</sup> España es miembro del Gafi desde 1944. Es miembro del grupo Egmont desde 1995. Es país observador de GAFISUD desde 1999 y desde 2002 se incorporó al Proyecto “FIU NET”.

Respecto a los plazos medios de respuesta, la adopción de cambios en los procedimientos y el reforzamiento del área de cooperación internacional han contribuido a su mejora sustancial, sin merma de la calidad de las respuestas<sup>38</sup>.

En caso de conocer el Sepblac posibles indicios fraudulentos o de cualquier otra actividad ilegal que pudiera perjudicar a los intereses financieros de la Unión Europea, dicha información se transmitirá también a la Comisión Europea<sup>39</sup>.

Desde hace unos años, se viene estimulando desde los distintos organismos internacionales la remisión de Comunicaciones espontáneas, consistente en la remisión voluntaria de información que se considere de interés para un país, sin necesidad de previo requerimiento.

	2010	2011	2012	Variaciones de 2012 a 2011 (%)
Comunicaciones espontáneas de otras UIF	48	70	92	31,43
Comunicaciones espontáneas a otras UIF	24	29	22	<24,14>
Total	72	99	114	15,2

Ante la cuestión de si las obligaciones de comunicación de información podrían obstaculizar las libertades fundamentales reconocidas por el TFUE, debemos tener en cuenta que éstas no deben tomarse como máximos y su limitación puede estar justificada por una razón imperiosa de interés general como es la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Así lo ha reconocido recientemente el TJUE en el asunto *Jyske*<sup>40</sup>. En la citada resolución, el TJUE avaló la potestad de los Estados miembros de imponer a las entidades que prestan servicios en su territorio la obligación de comunicar información que puede ser requerida a efectos de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo cualquiera que sea la forma en que esas instituciones han optado por prestar sus servicios (mediante establecimiento permanente en el Estado en el que opera o sin el mismo).

El TJUE también examinó la proporcionalidad en la aplicación del artículo 22.2 de la Directiva 2005/60/CE y se cuestionó si un Estado miembro podía exigir que la información que han de suministrar las entidades de crédito que operan en su territorio sin establecimiento permanente debía ser facilitada de modo imperativo y directo a sus propias autoridades encargadas de la prevención del blanqueo de capitales o, por el contrario, el requerimiento de información debía ir dirigido a la UIF del Estado miembro en cuyo territorio se encuentra ubicada la entidad de crédito requerida.

El TJUE señala al respecto que el mecanismo de cooperación entre las UIF sufre de ciertas deficiencias, por lo que en la práctica se reconocen excepciones para transmitir la información entre UIF<sup>41</sup> localizados en distintos Estados. Concretamente en los siguientes supuestos siguientes:

1. Si perjudica a una investigación penal en el Estado miembro requerido.
2. Cuando la divulgación sea desproporcionada en relación con los intereses legítimos de una persona física o jurídica del Estado miembro.
3. Si fuera contraria a los principios fundamentales del Derecho nacional. En este punto tenemos que tener en cuenta que el artículo 5 del *Money Laundering and Proceeds Act*<sup>42</sup> (vigente en Gibraltar) reconoce el secreto bancario.

En relación a si el derecho a la privacidad del individuo, tal como queda definido en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>43</sup>, podría verse afectado por la normativa española

<sup>38</sup> En 2012, el Servicio Ejecutivo de la Comisión ha visitado las instituciones responsables de la gestión de las UIF alemán y francés, con el fin de compartir experiencias y coordinar actuaciones con los citados.

<sup>39</sup> Artículo 37 de la Ley 10/2010. En la práctica esto no ha sido llevado a cabo.

<sup>40</sup> Vid. *Jyske Bank Gibraltar Ltd / Administración del Estado*, (Asunto C-212/11) de 25 de abril de 2013. El Tribunal Supremo ha fallado en el mismo sentido que la sentencia que dictó el TJUE, confirmando la multa de 1.7 M de euros impuesta por el Consejo de Ministros.

<sup>41</sup> En el caso de Gibraltar la UIF se denomina *Financial Services Commission*.

<sup>42</sup> *Act 2007 (Act. No. 1995-14)*.

<sup>43</sup> Vid. el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

sobre blanqueo de capitales, ante esta posibilidad, *de lege ferenda*, será necesario llevar a cabo en cada caso un análisis de proporcionalidad entre la garantía del citado derecho y el interés público inherente en la lucha contra el blanqueo de capitales.

En todo caso, esos actos deben imperativamente estar acompañados de garantías especiales de procedimiento, tal como ha reconocido el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) en el asunto *Michaud vs. France*<sup>44</sup>.

#### 4. EL SISTEMA DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN LA PRÁCTICA: ALGUNAS CIFRAS

La AEAT no publica datos oficiales ni estadísticas desagregadas sobre las solicitudes de información recibidas o realizadas en el marco de convenios internacionales o instrumentos comunitarios. El ECI ha respondido a nuestro cuestionario remitiéndose a la información publicada en las páginas web del Ministerio de Hacienda y de la AEAT. No obstante, es posible ofrecer algunos datos sobre la experiencia de la Administración tributaria española en materia de intercambio internacional de información tributaria a partir del informe (*peer review*) sobre España realizado por el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información de la OCDE, de otros documentos de la OCDE y de la UE, y de algunas fuentes no oficiales.

España cuenta con una extensa red de instrumentos jurídicos para intercambiar información tributaria con otros Estados que cubre un total de 99 jurisdicciones. Esta cifra incluye convenios de doble imposición, acuerdos internacionales de intercambio de información, instrumentos comunitarios y el convenio multilateral OCDE/CE. En la práctica, un tercio de estos instrumentos han sido empleados en los últimos años para obtener información tributaria de España. Así, en el período 2008-2010, España ha recibido 1.371 solicitudes de información en el ámbito de la imposición directa de 39 países socios<sup>45</sup>, la mayoría de las cuales proceden de Francia y del Reino Unido (54 por 100 del total de solicitudes), seguidas por Alemania, Portugal y Suecia (16 por 100 del total). Estos cinco países representan el 70 por 100 de las solicitudes de información recibidas por España. Las peticiones de información efectuadas por Estados miembros de la UE representan casi el 92 por 100 del total de solicitudes recibidas por nuestro país, principalmente sobre la base de la Directiva 77/799/CEE sobre intercambio de información tributaria y, desde el 1 de enero de 2013, con base en la Directiva 2011/16/UE. En el período mencionado España no recibió peticiones de información basadas en acuerdos internacionales de intercambio de información<sup>46</sup>.

Por lo que se refiere a las solicitudes de información realizadas por España, aunque carecemos de cifras concretas, al parecer han experimentado un aumento significativo. Alrededor del 85 por 100 de las solicitudes se envían a países de la UE y los destinatarios principales son el Reino Unido, Portugal, Francia, Luxemburgo, Holanda y Alemania<sup>47</sup>.

La Administración tributaria española también intercambia información de manera automática y espontánea. El intercambio automático se produce con 30 socios, incluyendo aquéllos afectados por la Directiva del ahorro. Como se ha señalado en el primer epígrafe de este trabajo, España ha firmado

---

<sup>44</sup> Resolución del TEDH en el asunto *Michaud vs. France* (application n.º 12323/11) de 6 de diciembre de 2012, en el que se reconoce que el sigilo de las comunicaciones entre abogado y cliente tiene una protección que no es inviolable de forma absoluta, pudiendo ser superada por una ley que tenga justificación para ello. Según la citada Resolución, los abogados están obligados a informar cuando tomen parte o representen a sus clientes en transacciones financieras, societarias o inmobiliarias y no cuando estén ejerciendo la defensa del cliente. Es importante poner de manifiesto que la Ley francesa prevé un importante filtro de protección de la confidencialidad y el secreto profesional a través de un órgano específico del Colegio de abogados, no transmitiendo ellos al TRACFIN lo que les ha comunicado el letrado y consideran que está bajo el secreto profesional, lo que no ocurre en España y así ha sido denunciado por el Consejo General de la Abogacía. *Vid.* también en relación con la Obligación impuesta a los abogados de informar a las autoridades competentes de cualquier hecho que pudiera ser indicio de blanqueo de capitales, la resolución del TJUE *Ordre des Barreaux francophones y germanohones* - (C305/05) de 26 de junio de 2006.

<sup>45</sup> España recibe una media de 460 solicitudes anuales. En 2010 recibió cerca de 500 peticiones; en 2009, 465; en 2008, 396; y en 2007, 487. *Vid.* OECD, Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, *Peer Review Report Combined: Phase 1 + Phase 2. Spain*, 2011, pp. 42 y 70.

<sup>46</sup> OECD, *Peer Review Report Combined: Phase 1 + Phase 2. Spain*, 2011, pp. 8, 51-52.

<sup>47</sup> *Vid.* GARDE GARDE, M. J., "Eficacia del intercambio de información tributaria entre Estados: experiencia de la Administración tributaria española en el ámbito de la imposición directa", en COLLADO YURRITA, M. A. y MORENO GONZÁLEZ, S., *Estudios sobre fraude fiscal e intercambio internacional de información tributaria*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 244.

acuerdos administrativos que regulan los intercambios automáticos con diferentes países (sobre la base de un convenio de doble imposición o de un acuerdo de intercambio de información), algunos de ellos Estados miembros de la UE. Sin embargo, tales acuerdos no son objeto de publicación oficial por lo que se desconoce su alcance exacto<sup>48</sup>. España también ha intercambiado, al amparo de la Directiva 77/799, información con varios países europeos de manera automática.

Por último, también se observa un incremento en los intercambios espontáneos de información efectuados por España (más de 20 en 2009)<sup>49</sup>. Los principales países socios de España son de nuevo los Estados de la UE, donde se dirigen casi el 99 por 100 de las informaciones espontáneas. Paralelamente, el 99 por 100 de las informaciones de carácter espontáneo recibidas por España provienen de esos mismos países<sup>50</sup>.

En lo que atañe a los plazos de respuesta a las solicitudes de información, el artículo 177 *ter* de la LGT elude hacer expresa referencia al plazo máximo dentro del cual la Administración tributaria debe responder a la petición de información, limitándose a hacer una genérica referencia a los términos establecidos por la normativa sobre asistencia mutua (CDIs, AIs, instrumentos comunitarios, convenio multilateral). Por su parte, el artículo 204 del RGGI alude a un plazo de seis meses.

En la práctica, el plazo máximo de respuesta comúnmente admitido es de tres meses, si la información solicitada ya obra en poder de la Administración tributaria y de seis meses para las peticiones en que se precisa de alguna actuación para obtener la información. De acuerdo con el Informe del Foro Global sobre España, las autoridades españolas suelen responder dentro del plazo señalado. La única recomendación efectuada a España en este punto es la conveniencia de informar al país requirente de manera automática, y no sólo cuando éste lo requiere, del estado de una determinada petición, si en el plazo de tres meses no se ha podido responder<sup>51</sup>.

La Administración tributaria española no publica estadísticas sobre el tiempo medio de respuesta. El único dato disponible se refiere a las solicitudes de información que son contestadas en ciento ochenta días o más.

Año	Información proporcionada en 180 días	Información proporcionada en más de 180 días
2008	240	231
2009	270	249
2010	358	139

El tiempo de respuesta varía dependiendo de la complejidad de la petición y de la disponibilidad de la información. Las solicitudes de información que normalmente plantean mayor exigencia temporal son las relativas a información que no está disponible, directa o indirectamente, para la Administración tributaria, sino que debe ser obtenida en un proceso de comprobación que exige la presencia de la inspección en los locales del contribuyente o algún tipo de investigación, remitiendo el expediente a las oficinas territoriales para que recaben los datos y documentos solicitados. Tradicionalmente, las oficinas territoriales han contado de un plazo de cuatro meses para obtener la información, pero frecuentemente han precisado más tiempo en la práctica. En este sentido, el artículo 204 del RGGI establece que el órgano correspondiente deberá remitir la información en el plazo máximo de tres meses, salvo que la normativa sobre asistencia mutua establezca un plazo inferior a seis meses para la prestación de la asistencia. En este último caso, la AEAT señalará un plazo para suministrar la información no superior a la mitad del establecido en la normativa sobre asistencia mutua para dar cumplimiento a la obligación de asistir al Estado o entidad requirente. Si el órgano competente no puede responder a la solicitud dentro del plazo señalado anteriormente, deberá informar a la AEAT a la mayor brevedad posible de los motivos que le impiden hacerlo y de la fecha en la que considera que podrá proporcionar la respuesta.

<sup>48</sup> BARREIRO, M. C., y otros: "National Report – Spain", *Mutual Assistance and Information Exchange*, EATLP International Tax Law Series, Volume 8, 2010, p. 491.

<sup>49</sup> OECD, *Peer Review Report Combined: Phase 1 + Phase 2. Spain*, 2011, p. 54.

<sup>50</sup> Vid. GARDE GARDE, M. J., *op. cit.*, p. 246.

<sup>51</sup> OECD, *Peer Review Report Combined: Phase 1 + Phase 2. Spain*, 2011, p. 68.

No hay datos oficiales disponibles sobre el tiempo medio de respuesta en relación con las solicitudes de información enviadas por España a otros Estados o territorios<sup>52</sup>.

En el ámbito de la Directiva 2003/48/CE, de 3 de junio, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses<sup>53</sup>, los principales proveedores de datos son Francia, Reino Unido, Holanda e Italia. Por su parte, España remite información a todos los Estados miembros de la UE, sin excepción, siendo los principales destinatarios de datos Francia, Reino Unido y Alemania<sup>54</sup>.

#### INFORMACIÓN PROPORCIONADA POR ESPAÑA SOBRE PAGOS DE INTERESES (millones de euros)

2005 (2ª mitad)	2006	2007	2008	2008
488,11	423,42	421,21	383,02	295,61

Los datos que deben ser objeto de suministro de información en el marco de la Directiva del ahorro deben suministrarse por los agentes pagadores a la Administración tributaria en marzo de cada año con respecto a la información relativa al año natural inmediato anterior<sup>55</sup>. Para ello, los agentes pagadores deben presentar el modelo 299<sup>56</sup>.

## 5. LA NUEVA ERA DEL INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMACIÓN: GRANDES INVERSIONES, PERO ¿ESTAMOS SEGUROS DEL BENEFICIO?

El objetivo de la normativa estadounidense sobre cumplimiento tributario de cuentas extranjeras (*Foreign Account Tax Compliance Act –FATCA–*)<sup>57</sup> es detectar, disuadir y desalentar la evasión fiscal de los contribuyentes estadounidenses que tienen cuentas en instituciones financieras extranjeras o realizan inversiones por medio de instrumentos de inversión extranjeros. Para conseguir este propósito, en lugar de apuntar directamente sobre el contribuyente, FATCA sitúa el punto de mira sobre las entidades financieras (y no financieras) extranjeras, a las que se impone el cumplimiento de considerables obligaciones de obtención y suministro de información y otras obligaciones de diligencia debida, cuyo cumplimiento se garantiza por medio de la “amenaza” de una mal llamada “retención”, ya que ésta no se utiliza con la finalidad de garantizar el pago de un futuro impuesto, sino como herramienta coercitiva para obligar la realización de determinados comportamientos. En efecto, FATCA impone una retención del 30 por 100 sobre los pagos de fuente estadounidense, así como sobre los ingresos procedentes de la venta de determinados valores de fuente estadounidense, realizados a entidades financieras extranjeras (o a entidades no financieras extranjeras) –ya sea en beneficio de la propia entidad como de sus clientes–, salvo que éstas firmen un acuerdo con el IRS en virtud del cual se comprometan a identificar y suministrar datos de los ciudadanos y residentes estadounidenses titulares de cuentas en las referidas entidades.

Además de problemas de tipo político y económico, la normativa FATCA puede entrar en conflicto con el Derecho de la UE y con las normativas nacionales sobre protección de datos de los países afectados. FATCA extiende la obligación de proporcionar datos de carácter personal sobre contribuyentes estadounidenses a instituciones financieras establecidas en la Unión Europea, las cuales están, por tanto, obligadas a cumplir la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos<sup>58</sup>, así como la legislación doméstica

<sup>52</sup> OECD, *Peer Review Report Combined: Phase 1 + Phase 2. Spain*, 2011, p. 69.

<sup>53</sup> DOUE L-157, de 26 de junio de 2003.

<sup>54</sup> Vid. GARDE GARDE, M. J., *op. cit.*, p. 250.

<sup>55</sup> Artículo 18 del Real Decreto 1778/2004, de 30 de julio, BOE n.º 190, de 7 de agosto de 2004.

<sup>56</sup> Orden EHA/2339/2005, de 13 de julio, BOE n.º 171, de 19 de julio de 2005.

<sup>57</sup> Aprobada el 18 de marzo de 2010 como una sección de la *Hiring Incentives to Restore Employment (HIRE) Act*. Dicha normativa se contiene en cuatro secciones (1471 a 1474) incluidas en el capítulo 4 (*Income Taxes*), subtítulo A (*Taxes to enforce reporting on certain foreign accounts*) del *Internal Revenue Code*. Además, el IRS ha publicado un reglamento que desarrolla la normativa FATCA y otros documentos que implementan e interpretan su contenido. Vid. [http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Foreign-Account-Tax-Compliance-Act-\(FATCA\)](http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Foreign-Account-Tax-Compliance-Act-(FATCA)) (último acceso: 8 de mayo de 2014).

<sup>58</sup> DOUE L-281, de 23 de noviembre de 1995.

que la implementa. La protección de los datos personales está consagrada en el Tratado de Funcionamiento de la UE (artículo 16), así como en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (artículo 8) y en la Convención Europea de Derechos Humanos (artículo 8). La pieza central de la legislación comunitaria sobre protección de datos personales es la Directiva 95/46/CE, que prohíbe la cesión de datos personales a terceros sin el expreso consentimiento de la persona afectada. En la misma línea, en el Derecho español, la información obtenida por las instituciones financieras sobre sus clientes es confidencial y queda sometida a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD)<sup>59</sup>. Las instituciones financieras comunican datos personales de sus clientes a terceros sólo en ciertos casos y con el consentimiento previo del interesado, o bien cuando la cesión esté autorizada legalmente (por ejemplo, a la Administración tributaria)<sup>60</sup>. El incumplimiento de la obligación de confidencialidad se considera una infracción grave y da lugar a la aplicación de sanciones económicas<sup>61</sup>. Además, aquellos clientes que, como consecuencia del incumplimiento de las disposiciones de la LOPD por una institución financiera, sufran un daño o perjuicio en su propiedad o derechos tendrán derecho a ser indemnizados<sup>62</sup>. Por otra parte, nuestra legislación civil y mercantil se basa en el principio de libertad de contratación, pero los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, de modo que no es descartable que la terminación de un contrato firmado con un cliente “recalcitrante” (aquel que se niega a que sus datos personales sean revelados) puede plantear problemas jurídicos.

En definitiva, en ausencia de una base jurídica apropiada, la iniciativa FATCA es difícil de reconciliar con la Directiva 95/46/CEE y con nuestra legislación interna. Ello explica que las autoridades estadounidenses cambiaran de enfoque en la implementación de FATCA y adoptasen un planteamiento intergubernamental que garantizase su aplicación. Así, el 8 de febrero de 2012, Estados Unidos y los países del G-5 (Alemania, España, Francia, Italia y Reino Unido) adoptaron una declaración conjunta tendente a intensificar la cooperación en la lucha contra el fraude fiscal sobre la base de un modelo de acuerdo de intercambio automático de información a partir del cual se firmarían acuerdos bilaterales cuyo principal efecto, además de superar los problemas advertidos, sería la simplificación de las obligaciones y la reducción de costes para las entidades financieras extranjeras. El 26 de julio de 2012, el Tesoro estadounidense publicó la primera versión del Modelo 1 de acuerdo intergubernamental, desarrollado en colaboración con los países del G-5<sup>63</sup>. A grandes rasgos, dentro del marco propuesto y de acuerdo con la legislación interna de los países citados, las instituciones financieras residentes en tales países obtendrán la información requerida y la suministrarán a las autoridades fiscales de su país de residencia y, éstas, a su vez, la transmitirán al IRS sobre la base de las disposiciones de intercambio de información contenidas en el convenio de doble imposición firmado entre ambos países<sup>64</sup>.

<sup>59</sup> BOE n.º 298, de 14 de diciembre de 1999. Desarrollada por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (BOE n.º 17 de 19 de enero de 2008).

<sup>60</sup> Artículos 11 de la LOPD y 93 de la LGT.

<sup>61</sup> Artículos 44 y 45 de la LOPD.

<sup>62</sup> Artículo 19 de la LOPD.

<sup>63</sup> La versión actual del modelo de acuerdo puede consultarse en <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx> (último acceso: 8 de mayo de 2014).

<sup>64</sup> Téngase en cuenta que existen dos modelos de acuerdos intergubernamentales (*Intergovernmental Agreements* –IGAs–). El Modelo 1A es aplicable únicamente en caso de existencia previa entre los países firmantes de un convenio para evitar la doble imposición o de un acuerdo de intercambio de información y tiene carácter recíproco. No obstante, existen otros submodelos no recíprocos para aquellos países que no han concluido previamente un CDI o un AII con EE.UU., o que, habiéndolo hecho, desean firmar un acuerdo no recíproco (Modelos 1B). En el Modelo 2 son las instituciones financieras extranjeras las que informan de manera automática y directa al IRS y dicho régimen se complementa con la información previa solicitada intercambiada entre las autoridades fiscales de ambos países. También en este caso existen submodelos que tienen en cuenta la existencia previa o no de un CDI o AII con EE.UU. Hasta la fecha, EE.UU. ha firmado treinta y un acuerdos intergubernamentales, de los cuales veintiseis siguen el Modelo 1 (Reino Unido, Dinamarca, México, Irlanda, Noruega, España, Alemania, Francia, Costa Rica, Islas Caimán, Jersey, Isla de Mann, Guernsey, Países Bajos, Malta, Mauricio, Italia, Hungría, Canadá, y Finlandia, Jamaica, Estonia, Honduras, Luxemburgo, Bélgica, Australia) y 5 el Modelo 2 (Suiza, Japón, Bermuda, Chile y Austria). Aunque la mayor parte de estos acuerdos todavía no han entrado en vigor, Estados Unidos considera que los IGAs despliegan efectos y, por tanto, que las entidades financieras residentes en estas jurisdicciones son entidades participantes. No obstante, otras 31 jurisdicciones que han llegado a acuerdos en cuanto al fondo en relación con la firma de un IGA con anterioridad del 1 de julio de 2014 y que han consentido su inclusión en la lista de jurisdicciones socias serán consideradas por Estados Unidos como jurisdicciones con IGA en vigor hasta el 31 de diciembre de 2014, permitiendo a las entidades financieras residentes en estas jurisdicciones registrarse en la web habilitada por el Tesoro como entidades participantes. Se incluyen las



España y EE.UU. firmaron un Acuerdo Intergubernamental recíproco para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la implementación de FATCA el pasado 14 de mayo de 2013<sup>65</sup>. El IGA no entrará en vigor hasta que se produzca la última notificación por escrito de las partes firmantes en la que se comuniquen la finalización de los procedimientos internos necesarios para su efectividad<sup>66</sup>. El Gobierno español presentó el acuerdo a las Cortes para su autorización parlamentaria el pasado 31 de julio de 2013. Recibió la aprobación del Congreso de los Diputados el 31 de octubre, y la del Senado el 22 de noviembre. En el momento de redactar estas líneas se está a la espera de su publicación en el Boletín Oficial del Estado<sup>67</sup>. Además de culminar los procedimientos internos necesarios para su entrada en vigor del IGA en ambos países, en el caso de España debe también desarrollarse la normativa interna que establezca los términos en que son exigibles las obligaciones de información a las instituciones financieras residentes en nuestro territorio.<sup>68</sup>

El fundamento jurídico sobre el que se asienta el IGA España-EE.UU. es el artículo 27 del CDI entre ambos países y su Protocolo (1990). En este sentido, es significativo que el Protocolo suscrito el 14 de enero de 2013, por el que se enmienda dicho CDI, modifique el primer apartado del artículo 27 para extender el intercambio de información más allá de los impuestos cubiertos por el Convenio. Además, como se ha advertido en el primer epígrafe de este trabajo, el nuevo Protocolo elimina el apartado 19 del Protocolo de 1990, que expresamente establecía que el artículo 27 del CDI debía interpretarse de acuerdo con los comentarios al artículo 26 del Modelo de Convenio de la OCDE. Por otra parte, el IGA suscita consideraciones críticas adicionales como su carácter asimétrico y no verdaderamente recíproco<sup>69</sup>, y plantea interrogantes como su integración con el CDI firmado entre ambos países.

En cuanto a si este intercambio automático de información puede tener un impacto negativo sobre la libre circulación de capitales, en los casos relativos a los movimientos de capitales entre Estados miembros y terceros países el TJUE parece admitir limitaciones a esta libertad de circulación sobre la base de la necesidad de "garantizar la eficacia de los controles fiscales"<sup>70</sup>. Sin embargo, persisten las dudas sobre la idoneidad y la proporcionalidad de las medidas articuladas para alcanzar los objetivos perseguidos por el acuerdo.

Respecto a si este intercambio automático de información puede tener un impacto negativo sobre el derecho fundamental a la intimidad en los términos del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, hay que señalar que este derecho puede sufrir limitaciones necesarias para proteger intereses públicos importantes. El IGA suscrito entre España y EE.UU. puede proporcionar el fundamento jurídico de este intercambio automático de información con el objetivo de mejorar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y luchar contra el fraude y la evasión fiscal. Sin embargo, cabe preguntarse si una transmisión masiva de datos financieros es una medida necesaria y proporcionada

---

siguientes jurisdicciones (que negocian acuerdos sobre la base del Modelo 1): Bahamas, Brasil, Islas Vírgenes Británicas, Bulgaria, Colombia, Croacia, Curaçao, Chipre, República Checa, Gibraltar, India, Indonesia, Israel, Kosovo, Kuwait, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Nueva Zelanda, Panamá, Perú, Polonia, Portugal, Qatar, Singapur, Eslovaquia, Eslovenia, Sudáfrica, Corea del Sur, Suecia y Rumanía. Vid. <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA-Archive.aspx> – fecha de último acceso: 8 de mayo de 2014–.

<sup>65</sup> Vid. <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-Spain-5-14-2013.pdf> (último acceso: 8 de mayo de 2014).

<sup>66</sup> Art. 10 del IGA España-EE.UU.

<sup>67</sup> Una cuestión relevante se refiere a la naturaleza jurídica de estos acuerdos. Mientras que la mayor parte de los socios FATCA que han suscrito un IGA 1A parecen considerarlos acuerdos internacionales, dado que los sujetan a un procedimiento interno de ratificación para que constituyan auténticos instrumentos jurídicos vinculantes, en el caso de EE.UU. los IGAs no se tramitan como tratados internacionales, sino como acuerdos ejecutivos (*executive agreements*), lo que ha planteado dudas sobre su constitucionalidad y sobre las consecuencias que la carencia de efectos jurídicos podría tener a nivel interno e internacional. Vid. CHRISTIANS, A., "The Dubious Legal Pedigree of IGAs (and Why It Matters)", *Tax Notes International*, 11 February 2013, pp. 565-568; y MORSE, S., "Why FATCA Intergovernmental Agreements Bind the U.S. Government", *Tax Notes International*, 15 April 2013, pp. 245-247.

<sup>68</sup> El 7 de mayo de 2014 el Ministerio de Hacienda ha publicado el borrador de proyecto de Orden por la que se regulan determinadas cuestiones relacionadas con las obligaciones de información y diligencia debida establecidas en el Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la implementación de FATCA y se aprueba la declaración informativa anual de cuentas financieras de determinadas personas estadounidenses, modelo 290, [http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/Proyecto\\_OM\\_FATCA.pdf](http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/Proyecto_OM_FATCA.pdf) (último acceso: 8 de mayo de 2014).

<sup>69</sup> Vid. artículo 6 del IGA España-EE.UU.

<sup>70</sup> Vid., entre otras, SSTJUE de 18 de diciembre de 2007, C-101/05, A; y de 25 de octubre de 2007, C-540/07, *Comisión/Italia*.

para la consecución de tales fines<sup>71</sup>. Esta reflexión guarda directa relación con las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad contenido en el artículo 6.1 b) de la Directiva 95/46/CE (así como en el artículo 4 de la LOPD), conforme al cual, los datos sometidos a tratamiento deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y los fines para los que se hayan obtenido<sup>72</sup>. Por tanto, una vez que el IGA sea aplicable, entendemos necesario que la normativa que implemente el acuerdo en nuestro derecho interno incluya salvaguardias para garantizar la calidad de los datos y la seguridad de su tratamiento, así como el derecho de acceso, rectificación y cancelación de datos, de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 95/46/CE y en la LOPD.

Por otra parte, la LOPD, de conformidad con el artículo 18.4 de la Constitución Española, protege los datos personales frente a su uso ilegal. Los artículos 33 y 34 de esta Ley condicionan la transferencia internacional de datos a la existencia de un nivel comparable de protección de los datos personales en el Estado receptor de la información al existente en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta exigencia no se aplica cuando la transferencia se produce en aplicación de los tratados o convenios suscritos por España, o cuando la transmisión sea necesaria para la salvaguardia de un interés público (por ejemplo, cuando la información sea solicitada por una Administración tributaria o aduanera para el adecuado ejercicio de sus competencias). El contribuyente no es informado de antemano sobre la cesión internacional de información y su consentimiento tampoco es requerido para llevarla a cabo (artículo 21 LOPD). Además, en virtud del artículo 23.1 de la LOPD el ejercicio de derechos tales como el derecho de acceso, modificación o cancelación de la información pueden ser denegados si suponen una obstaculización de las actuaciones administrativas tendentes a asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y, en todo caso, cuando el afectado está siendo objeto de actuaciones inspectoras. Algunos comentaristas han advertido la necesidad de interpretar la legislación tributaria española y la LOPD de forma más consistente con la doctrina del Tribunal Constitucional español, lo que requeriría que la Administración tributaria obtuviese garantías de confidencialidad y uso adecuado de la información transmitida de acuerdo con los estándares establecidos en el instrumento de intercambio de información correspondiente<sup>73</sup>.

Las reflexiones y críticas anteriores no impiden, sin embargo, reconocer el influjo que la iniciativa FATCA ha tenido en los avances producidos recientemente en materia de intercambio automático de información tributaria en distintos foros internacionales (G8, G20, OCDE, UE). En el seno de la UE, el 9 de abril de 2013, el Ministro de Hacienda español, junto a sus homólogos de Alemania, Francia, Italia y el Reino Unido, manifestó en una carta a la Comisión Europea su intención de trabajar en un proyecto piloto multilateral de intercambio automático de información basado en el Modelo de Acuerdo desarrollado por EE.UU. y los países del G-5<sup>74</sup>. El 19 de abril de 2013, Bélgica, la República Checa, Holanda, Polonia y Rumanía mostraron su interés por la iniciativa que, en mayo de 2013, había sido secundada por 17 Estados miembros, además de, con posterioridad, por México, Noruega y Australia. Asimismo, el 10 de abril de 2013, Luxemburgo declaró su intención de suministrar información de forma automática a otros Estados miembros de la UE (en el marco de la Directiva del ahorro). Por su parte, el Reino Unido ha acordado intercambiar información de forma automática, sobre la base del enfoque intergubernamental desarrollado con los Estados Unidos, con sus dependencias de la Corona y la mayoría de sus territorios de ultramar. Todas estas jurisdicciones han mostrado también su intención de participar en el proyecto piloto iniciado por los cinco Estados miembros de la UE anteriormente mencionados. El 12 de junio de 2013, la Comisión europea presentó una propuesta de modificación de la Directiva 2011/16/UE, con la finalidad de ampliar el ámbito de aplicación del intercambio automático de información en la UE más allá de lo previsto en el actual art. 8.3, extendiendo dicha modalidad también en lo que respecta a dividendos, plusvalías, cualquier otra renta generada en relación con los activos mantenidos en una cuenta financiera, cualquier importe respecto

<sup>71</sup> Vid. *Compatibility of FATCA with Directive 95/46/EC*, Article 29 Data Protection Working Party, 21 June 2012, Ref. (2012) 746461.

<sup>72</sup> El Tribunal Constitucional español ha advertido que aunque en ocasiones el deber de contribuir debe prevalecer sobre el derecho a la intimidad, la limitación de los derechos fundamentales no puede afectar a su contenido esencial. Para que la limitación del derecho fundamental sea legítima deben respetarse las siguientes condiciones: a) la limitación debe establecerse por ley; b) con ella debe perseguirse la consecución de un objetivo protegido constitucionalmente; c) debe ser proporcional; d) debe respetar el contenido esencial del derecho fundamental objeto de limitación. Vid. SSTC 110/1984, 57/1994, 143/1994 y 292/2000.

<sup>73</sup> CALDERÓN CARRERO, J. M., *El Derecho de los contribuyentes al secreto tributario*, Netbiblo, 2009, p. 106.

<sup>74</sup> [http://www.rpf.france.eu/IMG/pdf/CP\\_MM\\_Moscovici\\_Cazeneuve.pdf](http://www.rpf.france.eu/IMG/pdf/CP_MM_Moscovici_Cazeneuve.pdf) (último acceso: 8 de mayo de 2014).

del cual la entidad financiera sea el obligado o el deudor (incluidas las amortizaciones) y los saldos en cuentas<sup>75</sup>. En su reunión de 20 de julio de 2013, el G20 apostó por un modelo global de intercambio automático de información y en febrero de 2014 la OCDE ha publicado un modelo sobre el estándar mínimo en materia de intercambio automático de información financiera inspirado en FATCA aunque con sensibles diferencias<sup>76</sup>. El pasado 20 de marzo de 2014, 44 países y jurisdicciones de todo el mundo acordaron un calendario específico para la implantación del intercambio automático de información en 2017<sup>77</sup>. Y el 24 de marzo de 2014 el Consejo ha adoptado formalmente la propuesta de Directiva por la que se reforma la Directiva de fiscalidad del ahorro de 2003, que los Estados miembros deberán transponer a sus respectivos ordenamientos antes del 1 de enero de 2016<sup>78</sup>.

Por último, el IGA entre España y EE.UU. se traducirá en nuevas obligaciones de obtención y suministro de información para las entidades financieras. De hecho, el sistema tributario español se caracteriza por un amplio y creciente uso de los intermediarios privados (especialmente en el sector financiero) para obtener información con trascendencia tributaria. El artículo 93 de la LGT dispone expresamente la obligación, entre otros, de bancos y entidades crediticias de proporcionar a la Administración tributaria toda clase de datos, informes, antecedentes y justificantes con trascendencia tributaria deducidos de sus relaciones económicas con otras personas, sin que el incumplimiento de esta obligación pueda ampararse en el secreto bancario. Esta obligación genérica de obtención y suministro de información con trascendencia tributaria se concreta en distintas obligaciones de información contenidas en los artículos 37 a 57 del RGGI.

Junto a la obligación de atender a los requerimientos individualizados de información emitidos por la Administración tributaria (art. 93.3 LGT), las instituciones financieras deben proporcionar determinada información de forma general y periódica (art. 93.2 LGT). De hecho, la Administración tributaria española cuenta con una base de datos centralizada en la que se contiene cierta cantidad de información bancaria proporcionada periódicamente por las entidades financieras a través de distintos modelos de declaración<sup>79</sup>.

Además, no debe perderse de vista que la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo impone, entre otros sujetos, a las entidades financieras obligaciones de identificación de sus clientes y de conservación de toda documentación relacionada con las exigencias derivadas de esta Ley durante un período mínimo de diez años (art. 25). Cabe destacar, a este respecto, que la Ley 10/2010 no sólo impone la obligación de identificación del cliente, sino también la de conocer al titular real de los depósitos, de las acciones o del negocio que se quiere realizar y la obligación de comunicar las operaciones sospechosas de blanqueo de capitales. De este modo, la Administración tributaria española podrá ahora acceder a datos tradicionalmente excluidos de la información fiscal como el beneficiario efectivo de determinadas entidades, el titular de algunas cuentas bancarias o el funcionamiento real de algunos negocios<sup>80</sup>, así como emplear la in-

---

<sup>75</sup> COM (2013) 348 final.

<sup>76</sup> OECD, *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information*, february 2014.

<sup>77</sup> <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Notas%20Prensa/2014/S.E.%20HACIENDA/20-03-14%20NP%20Calendario%20G-5.pdf>.

<sup>78</sup> Council adopts new rules on the taxation of savings income, Brussels, 24 March 2014, 7524/14, PRESSE 133.

<sup>79</sup> Las entidades de crédito y demás entidades dedicadas al tráfico bancario o crediticio están obligadas a presentar una declaración informativa anual referente a la totalidad de las cuentas abiertas en dichas entidades o puestas por ellas a disposición de terceros en establecimientos situados dentro o fuera del territorio español (excepto cuando se trate de cuentas abiertas en el extranjero por no residentes en España que no tienen establecimiento permanente en nuestro país). La información a suministrar incluirá los saldos de las cuentas a 31 de diciembre y el saldo medio correspondiente al último trimestre del año (art. 37 RGGI). Las entidades de crédito y bancarias deberán asimismo presentar declaraciones informativas anuales de los saldos por importe superior a 6.000 € existentes a 31 de diciembre, de los créditos y préstamos concedidos por ellas en la que se incluirá el nombre y apellido o razón social o denominación completa y el número de identificación fiscal del acreditado o prestatario [art. 38 a) RGGI]. La Administración tributaria también recibe declaraciones anuales informativas sobre las operaciones realizadas por los empresarios o profesionales adheridos al servicio de gestión de cobros a través de tarjetas de crédito cuando el importe neto anual de los cobros exceda de 3.000 € [art. 38 bis RGGI]. Las entidades crediticias y bancarias también informan anualmente a la Administración tributaria española acerca de los cheques que abonen en efectivo por importe superior a 3.000 € [art. 41 RGGI] y sobre operaciones financieras relacionadas con bienes inmuebles (art. 54 RGGI). En fin, los bancos y entidades de crédito deben proporcionar información anual sobre imposiciones, disposiciones de fondos y cobros de cualquier documento, que se realicen en moneda metálica o billetes de banco cuando su importe sea superior a 3.000 € cualquiera que sea el medio físico o electrónico utilizado, estén denominados en euros o cualquier otra moneda [art. 38 b) RGGI].

<sup>80</sup> ANEIRÓS PEREIRA, J.: "Las obligaciones de prevención del blanqueo de capitales: una fuente de información tributaria", *Revista Técnica Tributaria*, n.º 91, 2010, p. 63.

formación obtenida en el marco de la lucha contra el blanqueo de capitales en la regularización de la situación tributaria de los obligados en el curso del procedimiento de comprobación o de inspección<sup>81</sup>.

Un último aspecto a considerar es la carga administrativa y coste económico que el cumplimiento del acuerdo FATCA supondrá tanto para las autoridades como para las entidades financieras españolas. En cuanto a las autoridades españolas, se observa un desequilibrio entre las obligaciones y los beneficios que recibirán del IGA. Por lo que se refiere a las entidades financieras, representantes del sector advierten sobre el elevado coste económico derivado de las obligaciones que conlleva la aplicación efectiva del IGA (clasificación de entidades, identificación de cuentas nuevas y preexistentes, retención a clientes recalcitrantes y entidades financieras no participantes, certificados de cumplimiento, etc.), por lo que no se puede descartarse que una parte de ese coste pueda repercutirse sobre el cliente afectado.

## 6. INSPECCIONES CONJUNTAS E INSPECCIONES TRANSNACIONALES: ¿DOS ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS ACTÚAN MEJOR QUE UNA?

España no reconoce, *stricto sensu*, la posibilidad de inspecciones conjuntas, esto es, con la intervención activa de funcionarios extranjeros en España y con referencia a un procedimiento de solución única vinculante para todas las Administraciones involucradas<sup>82</sup>.

El artículo 177 *bis* y siguientes de la Ley General Tributaria (en adelante LGT)<sup>83</sup>, regulan la asistencia mutua y el Reglamento General de actuaciones y procedimiento de gestión e inspección tributaria<sup>84</sup> (ya mencionados en el presente trabajo) se refieren al ejercicio de las facultades en la aplicación de los tributos en el marco de los instrumentos de intercambio de información, por lo que de reconocerse las inspecciones conjuntas deberían de llevarse a cabo importantes modificaciones normativas que no están previstas en el momento de la publicación del presente trabajo.

Conforme a esta normativa en vigor, en España sólo están permitidas las denominadas actuaciones pasivas, esto es son los funcionarios españoles los únicos que pueden tener relación con los contribuyentes españoles y los que pueden solicitar y obtener la información, aún cuando esté presente un funcionario de otro país en el marco de la asistencia mutua.

La posibilidad de llevar a cabo este tipo de inspecciones fue tratada por varios países en 2010<sup>85</sup> y ninguno de los países participantes, entre ellos España, reconocía los *joint audit* (denominación anglosajona de las inspecciones conjuntas) en su normativa interna. Las razones aducidas fueron, entre otras, las siguientes:

- Cada país reconoce una serie de derechos y garantías del obligado tributario que podrían ser nuevos o inaceptables para un inspector extranjero.
- Se dan divergencias normativas entre los Estados en cuestiones fundamentales de la actuación inspectora, tales como las facultades de la inspección; documentación de las actuaciones inspectoras o la tramitación, duración o terminación del procedimiento de inspección, entre otros.
- Pueden surgir problemas prácticos de coordinación, tales como la preparación requerida para formar parte de un equipo inspector, quién será el responsable de marcar el plan de inspección, problemas logísticos, problemas de idioma o incluso de *cost-sharing*.

No obstante, la normativa española<sup>86</sup> reconoce los controles simultáneos y la presencia de funcionarios en el extranjero y viceversa.

<sup>81</sup> Artículos 94.4 y 95 de la LGT.

<sup>82</sup> Respuesta de la AEAT, registro de salida n.º 7388.

<sup>83</sup> Ley 58/2003 de 17 de diciembre (BOE n.º 302, de 18 de diciembre de 2003). Modificada por el Real Decreto-Ley 20/2011 de 30 de diciembre (BOE n.º 315, de 31 de diciembre de 2011).

<sup>84</sup> RD 1065/2007, de 27 de julio (BOE n.º 213, de 5 de septiembre de 2007).

<sup>85</sup> *Sixth meeting of the OECD Forum on Tax Administration, Estambul*, 15 y 16 de septiembre 2010. Además de diversas organizaciones internacionales como la Comisión Europea, el Fondo Monetario Internacional, el CIAT o el IOTA, participaron 36 Estados (entre ellos España) y 7 Estados asistieron como observadores.

<sup>86</sup> Vid. *La Adaptación de la Regulación del Derecho Tributario General al Ordenamiento Comunitario*, IEF, 2011. [http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/libros/Series\\_azules/AdaptacionRegulacion.pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/libros/Series_azules/AdaptacionRegulacion.pdf).

El artículo 177 *quater* de la LGT, define controles simultáneos como las actuaciones realizadas de acuerdo con otro u otros Estados con el objeto de intercambiar la información obtenida en relación con personas o entidades que sean de interés común o complementario para los Estados intervinientes, en los términos establecidos en la normativa sobre asistencia mutua<sup>87</sup>, lo que sin duda es de gran utilidad para los casos de tramas organizadas de fraude fiscal o en transacciones que cuenten con operadores económicos establecidos en diferentes Estados.

El artículo 177 *quinquies* de la LGT estipula que en el desarrollo de las actuaciones de asistencia a otros Estados, podrán estar presentes funcionarios designados por el Estado requirente, previa autorización de la autoridad competente española o previo acuerdo entre los Estados. Asimismo, los funcionarios designados por la autoridad competente española podrán desplazarse a otros Estados en el marco de peticiones de asistencia efectuadas por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, o como consecuencia de controles simultáneos.

En relación con los controles simultáneos, el Secretario de Estado de Hacienda, como autoridad competente, informará a las autoridades competentes del otro Estado miembro que desea llevar a cabo una inspección simultánea, previa justificación de las razones por las que lo propone, detallando el “interés común o complementario” para ambos Estados y el periodo en el que podrían llevarse a cabo estos controles.

Las autoridades que lo reciban podrán aceptar o denegar (en este caso deberá motivar su negativa) dicha solicitud. Si acepta se designará un representante que será responsable de dirigir y coordinar la citada actuación en cada Estado, debiéndose de determinar en cada caso el marco concreto de las actuaciones de los funcionarios involucrados (en virtud del artículo 142 de la LGT).

Es importante poner de manifiesto que se considera infracción tributaria que el obligado tributario no colabore con los funcionarios extranjeros en el curso de una actuación de control simultáneo, en virtud del artículo 203.6 de la LGT.

Los intercambios de información que se precisen para los controles simultáneos les será de aplicación lo establecido en el artículo 177 *ter* LGT, en virtud del cual la Administración tributaria podrá facilitar a otros Estados, los datos, informes o antecedentes obtenidos en el desempeño de sus funciones, siempre que la cesión tenga por objeto la aplicación de tributos de titularidad de otros Estados, con los límites establecidos en la normativa sobre asistencia mutua.

La citada información tendrá carácter reservado en los términos señalados en el artículo 95.1 de la LGT, y sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos. Las pruebas o informaciones suministradas por las autoridades competentes de otros Estados podrán incorporarse con valor probatorio al procedimiento que corresponda.

El artículo 34 de la LGT reconoce una serie de garantías en aras a preservar los derechos de tutela y participación para aquellos obligados tributarios afectados por un procedimiento de intercambio de información a nivel transfronterizo<sup>88</sup>, tales como que éste sea notificado previamente al intercambio de información en el marco de asistencia mutua, tanto en el momento de solicitud como en el momento de respuesta, con el objeto de poder solicitar audiencia o presentar alegaciones<sup>89</sup>.

Pese a la eficacia de dichas actuaciones, cabe poner de manifiesto lo relativo a las garantías del contribuyente en relación a los plazos de prescripción (ampliados<sup>90</sup>) o sobre la duración máxima de las

---

<sup>87</sup> Vid. artículo 12 de la Directiva 2011/16/UE (DOUE L64/8 de 11 de marzo) y Reglamento (UE) 904/2010 de 7 de octubre relativo a la cooperación administrativa y a la lucha contra el fraude en el ámbito del IVA (DOUE L-268 de 12 de octubre).

<sup>88</sup> El art. 4.3 del Convenio conjunto del Consejo de Europa y de la OCDE se refiere expresamente al Derecho del contribuyente a ser informado previamente a la transmisión de los datos que le conciernen, al mismo tiempo que el Modelo de Convenio de la OCDE 2002, prevé la aplicación de los derechos y garantías que se reconocen a los obligados tributarios, siempre que no impidan o retrasen indebidamente el intercambio efectivo de información.

<sup>89</sup> ROSEMBUJ, T., *Intercambio internacional de información tributaria*, Ed. Universidad de Barcelona, 2005; MARTÍNEZ GINER, L. A.: *La protección jurídica del contribuyente en el intercambio de información entre Estados*, Lustel, 2008. LAMPREAVE MÁRQUEZ, P., “Diferentes enfoques sobre el intercambio automático de información”, *Revista Quincena Fiscal*, n.º 15/16, 2013.

<sup>90</sup> Vid. *Sentencia Passenbeim-van Schoot* (STJUE de 11 de junio de 2009, asuntos acumulados C-155/08 y C-157/08) y *Sentencia Halley C-132/10* (STJUE de 15 de septiembre de 2011). Se plantea en ambos asuntos si es contrario a la libre circulación de capitales que un Estado disponga en su normativa de plazos de prescripción tributaria distintos cuando una situación es transfronteriza y cuando es doméstica, bajo la justificación de ser ello necesario para garantizar los controles con el objetivo de erradicar la evasión fiscal.

actuaciones cuando se dé una solicitud de intercambio de información a otro Estado, pudiendo ésta ser prolongada siempre que la Administración pueda justificar tal actuación, tras haber sido analizada la proporcionalidad y la idoneidad de la medida en cada caso concreto.

En 2013, en aras a planificar de forma centralizada las actuaciones a realizar en determinadas cuestiones relativas a la fiscalidad internacional, se ha creado una Oficina Nacional de Fiscalidad Internacional (ONFI<sup>91</sup>), que en coordinación con la AEAT, enfoca sus actuaciones en el campo de las operaciones vinculadas internacionales o en la erradicación de negocios anómalos (sociedades interpuestas con la apariencia de legalidad<sup>92</sup>) cuyo fin es la evasión fiscal, entre otros, promoviendo para ello la colaboración con otras autoridades fiscales internacionales.

Para ello se debe actualizar permanente la base de datos documental en la que se reflejen las formas de fraude basadas en la utilización de figuras anómalas. En la base de datos se calificarán las operaciones detectadas, se establecerá la forma de regularización procedente y, en su caso, el régimen sancionador aplicable, y se indicará el sector económico en el que se han producido, su forma de difusión y el tipo de contribuyente que las realiza. Las unidades que detecten nuevas operaciones de este tipo lo comunicarán inmediatamente antes de la propuesta de regularización a los servicios centrales para su análisis, fijación de criterios y posible incorporación a la base de datos.

## **7. LA REALPOLITIK: SOLUCIONES TRIBUTARIAS DE EFECTO EQUIVALENTE ALTERNATIVAS AL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA**

A pesar de la existencia de todos los instrumentos normativos que permiten el intercambio de información, lo cierto es que en España existen iniciativas legislativas que tratan de fomentar el aumento de la recaudación tributaria en la lucha contra el fraude fiscal en lugar de profundizar en el intercambio de información.

Entre esas medidas podemos mencionar la existencia de la denuncia pública que realicen delatores. Hay que mencionar que en España en ningún caso esa denuncia tiene ninguna recompensa económica. Esta posibilidad existe en España desde el año 1963. Es el artículo 114 LGT el que regula la denuncia pública y permite que cualquier persona pueda comunicar a la Hacienda Pública hechos o situaciones que sean infracciones tributarias o relevantes para la recaudación. Esta denuncia no es anónima y en todo caso es algo diferente del deber general de información que se establece en el artículo 93 y 94 LGT.

Recientemente España ha aprobado algunas modificaciones legislativas para fomentar la delación y al mismo tiempo premiar a los delatores. En particular el artículo 7 de la Ley 7/2012 de prevención y lucha contra el fraude fiscal establece la prohibición de pagar en efectivo más de 2500 € cuando en las operaciones participen un empresario o profesional. La sanción por incumplir esta prohibición es una multa del 25 por 100 del valor de la operación. No obstante, se dice que cuando una de las partes que intervienen en ese tipo de operaciones denuncie ante la AEAT, dentro de los 3 meses siguientes al pago ilegal, la operación realizada y la identidad e importe de la misma, no se le impondrá ninguna sanción<sup>93</sup>.

Igualmente la reforma del Código Penal de 2012 incluye en el artículo 305.6 el supuesto de rebaja de la pena del delito fiscal cuando una persona que haya participado en el delito fiscal que no sea el autor colabore activamente para la obtención de pruebas decisivas para capturar a otros responsables, para descubrir los hechos, o para averiguar el patrimonio del obligado tributario infractor<sup>94</sup>. Se premia la

<sup>91</sup> BOE n.º 64, de 15 de marzo de 2013.

<sup>92</sup> LAMPREAVE MÁRQUEZ, P., "Planificación o Fraude en el Ámbito Internacional", *Impuestos*, n.º 21, 2005.

<sup>93</sup> Artículo 7 Ley 7/2012: "La acción tipificada en el número 1 de este apartado no dará lugar a responsabilidad por infracción respecto de la parte que intervenga en la operación cuando denuncie ante la AEAT, dentro de los tres meses siguientes a la fecha del pago efectuado en incumplimiento de la limitación, la operación realizada, su importe y la identidad de la otra parte interviniente".

<sup>94</sup> Artículo 305.6 Código Penal: "Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado tributario o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado tributario o de otros responsables del delito".

colaboración y la actitud de las personas que delatan a otros contribuyentes con una rebaja de uno o dos grados en la pena del delito fiscal. Según datos del Ministerio de Hacienda, el número de delatores por delitos fiscales ha aumentado en un 50 por 100 en el año 2012<sup>95</sup> respecto al año 2011.

Otra medida que España ha regulado para fomentar la recaudación es la regularización de la situación tributaria que se encontraba en una situación irregular. En el ámbito de las infracciones tributarias, el artículo 179.3 LGT excluye la imposición de sanciones si el contribuyente regulariza su situación voluntariamente antes de que la Administración inicie ningún tipo de actuación. Esa regularización supondrá que el contribuyente paga la deuda tributaria que no pagó en su momento incluyendo otro tipo de recargos y en su caso intereses pero en ningún caso se le impondrán sanciones. La cuantía de estos recargos depende del tiempo transcurrido desde el fin del periodo voluntario para su declaración y el momento en el que efectivamente se presenta la autoliquidación tributaria correspondiente: 5 por 100, si se presenta en los 3 meses siguientes; 10 por 100 si se presenta entre los 3 y 6 meses posteriores; 15 por 100 si se presenta dentro de los 12 meses posteriores y 20 por 100 más intereses de demora si se presenta la autoliquidación transcurrido un año. Algo similar ocurre en el caso del delito fiscal. La última reforma del delito fiscal realizada por la ley orgánica 7/2012 ha supuesto que la regularización del contribuyente ya no será considerada como una causa de exclusión de la sanción sino que ahora es un elemento esencial para entender que se ha cometido el delito fiscal. Únicamente existe delito fiscal si el sujeto que lo comete no regulariza su situación tributaria<sup>96</sup> y sólo existe regularización si el sujeto –antes de que la Administración inicie cualquier actuación de investigación– ha reconocido la deuda y la ha pagado incluyendo no sólo la cuota sino intereses y recargos. En ese caso no se produce delito fiscal<sup>97</sup>. Además para fomentar la rápida recaudación y pago de los sujetos que han cometido delito fiscal se establece que si el autor del delito paga la deuda y la reconoce ante el Tribunal de Justicia, el juez rebajará la pena en uno o dos grados.

En el año 2012 se aprobó un proceso extraordinario de regularización fiscal que se aplicaba a todos los sujetos que tuvieran bienes o derechos no declarados –generalmente situados en el extranjero– o que se correspondieran con rentas no declaradas. En estos casos se estableció un plazo (del 31 de marzo al 30 de noviembre de 2012) para que tales personas presentaran una declaración tributaria especial y pagaran el 10 por 100. A tales sujetos no se les aplicaría ningún tipo de recargo, intereses ni sanción. Además se ha reformado el artículo 180.2 LGT para establecer que la regularización con la declaración y pago impedirá que se inicien actuaciones penales para imponer sanciones penales tributarias<sup>98</sup>.

Finalmente se han adoptado medidas específicas que persiguen aumentar la recaudación tributaria. Un ejemplo de ello es la obligación de información de bienes y cuentas corrientes situados en el extranjero<sup>99</sup>. Se impone la obligación de informar a la Administración tributaria de la existencia de cuentas, valores, activos, derechos y bienes inmuebles que estuvieran situados en el extranjero. El incumplimiento de esa obligación está castigado con sanciones que pueden alcanzar los 5000 € por cada dato que no se informa a la Administración. Además el no cumplir con esa obligación de información de patrimonio offshore supone que los bienes y derechos situados en el extranjero respecto de los cuales no se ha informado serán considerados *ex lege* como ganancia no justificada de patrimonio y se imputarán en el ejercicio más antiguo de entre los no prescritos, lo cual supone la imprescriptibilidad del patrimonio no declarado<sup>100</sup>. Resultaría muy difícil de probar que ese patrimonio se

<sup>95</sup> Durante los primeros nueve meses del año 2012 se han producido 997 denuncias tributarias por delito fiscal.

<sup>96</sup> Art. 305.1 Código Penal: “El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos (...), siempre que la cuantía de la cuota defraudada exceda de ciento veinte mil euros será castigado (...) salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo”.

<sup>97</sup> Art. 305.4 Código Penal: “Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación (...) o, antes de que (...) se interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias”.

<sup>98</sup> Artículo 180.2 LGT: “Si la Administración tributaria estimase que el obligado tributario, antes de que se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación, ha regularizado su situación tributaria mediante el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, la regularización practicada le exoneraría de su responsabilidad penal, aunque la infracción en su día cometida pudiera ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública, y la Administración podrá continuar con el procedimiento administrativo sin pasar el tanto de culpa a la autoridad judicial ni al Ministerio Fiscal”.

<sup>99</sup> Ley 7/2012: Disposición Adicional 18.ª LGT.

<sup>100</sup> Artículo 39.2 LIRPF: “En todo caso tendrán la consideración de ganancias de patrimonio no justificadas y se integrarán en la base liquidable general del periodo impositivo más antiguo entre los no prescritos susceptible de regularización, la tenencia,

corresponde con rentas declaradas o con rentas no declaradas pero que se generaron en un ejercicio prescrito. Así la Administración se asegura poder recaudar y obtener ingresos sobre tales bienes y derechos situados en el extranjero y que no se adquirieron con renta declarada.

Finalmente podemos comentar el uso de la información tributaria que tiene un posible origen ilícito. Esta circunstancia ha sido especialmente relevante en el asunto de la lista Falciani. Francia intercambió válidamente información tributaria procedente de la lista Falciani a la Administración tributaria española en función del intercambio espontáneo previsto en la Directiva sobre asistencia mutua. El posible origen ilícito de esa información podría contaminar todo el proceso judicial que se pudiera iniciar por delito fiscal. El artículo 11.1 Ley orgánica del poder judicial establece que “*En todo tipo de procedimientos se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”. El problema está en determinar si el origen ilícito de esa información intercambiada válidamente contamina todo el proceso judicial e invalida el mismo. Los Tribunales españoles en este caso han puesto el acento en la forma válida de intercambio espontáneo de esa información, sin considerar el origen de la misma que queda fuera del ámbito de control de la Administración tributaria española.

Por otro lado el contundente compromiso de la Administración Española con los estándares internacionales de intercambio de información e incluso con el nuevo estándar que se está gestando en el contexto global de intercambio automático, hace que España no esté interesado, e incluso rechaza, la posibilidad de ningún acuerdo Rubik con Suiza. De hecho los avances que en los últimos años se han producido en las relaciones tributarias entre España y Suiza (Protocolos de 2006 y 2011) son una muestra de que España no está interesada en firmar ningún acuerdo Rubik con Suiza<sup>101</sup>.

## 8. LA LEGITIMIDAD DE SOLUCIONES DIFERENTES DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA

España ha legitimado jurídicamente las medidas legislativas que han perseguido mejorar la recaudación tributaria en tiempos de crisis económicas. Y ello aunque a veces esas medidas ni han conseguido la recaudación pretendida y además han tenido una justificación discutible.

Uno de los asuntos que más relevancia jurídico-tributaria está teniendo en España es el relativo al uso de la lista Falciani. Y ello porque recientemente la Audiencia Nacional en su sala de lo penal ha decidido rechazar la extradición de Hervé Falciani –detenido en Barcelona el 1 de julio de 2012– a Suiza por no cumplirse el requisito de la doble incriminación para la extradición<sup>102</sup>.

En relación con este asunto hay que señalar que a pesar de lo que establece el artículo 11.1 LOPJ, los Tribunales Españoles han aceptado la validez de la información procedente de la lista Falciani y hay varios asuntos iniciados en vía penal por delito fiscal y de blanqueo de capitales. El argumento fundamental que se ha utilizado por los Tribunales españoles es que la AEAT española obtiene lícitamente la información de los contribuyentes defraudadores en el HSBC de Ginebra. La Oficina Nacional de lucha contra el fraude (ONIF) considera que esa lista fue incautada en la casa de Falciani mediante un registro domiciliario ordenado por un juez francés. Además, se argumenta diciendo que fueron las autoridades francesas, y no Falciani, las que hicieron llegar a España la información relativa a presuntos defraudadores nacionales en virtud de un Convenio de doble Imposición; y que, por último y atendiendo a la legislación española, Falciani hizo en cualquier caso lo que debía: denunciar la comisión de un presunto delito. El secreto bancario invocado por Suiza no es un bien inalienable en España. La Administración tributaria española opina que el secreto bancario “no puede en absoluto amparar la comisión de un delito”. Esta lista ha motivado según el propio Ministerio de Hacienda el mayor proceso de regularización de la historia del fisco español.

No obstante Tribunal Constitucional en su sentencia 114/84, de 29 de noviembre, consideró que “la admisión en el proceso de una prueba ilícitamente obtenida implicará infracción del derecho funda-

---

*declaración o adquisición de bienes o derechos respecto de los que no se hubiera cumplido en el plazo establecido al efecto la obligación de información a que se refiere la disposición adicional decimoctava de la LGT”.*

<sup>101</sup> MARTÍNEZ GINER, L. A., “El fortalecimiento de la obtención de información tributaria en el ámbito internacional: FATCA versus RUBIK” en *Quincena Fiscal*, n.º 19, 2012.

<sup>102</sup> Auto de la Audiencia Nacional de 8 de mayo de 2013.



mental a la defensa y a un proceso debido, porque una prueba así conseguida no es una *prueba pertinente*". Por el contrario, cuando la infracción no afecta a tales derechos, la doctrina constitucional considera que no toda irregularidad en la forma de practicar una diligencia de investigación o de prueba conduce necesariamente a negarle valor probatorio, pues el efecto expansivo del artículo 11.1 no se extiende a las infracciones procesales de la legalidad ordinaria, ni aún por la vía de calificarlas de infracciones indirectas del derecho a un proceso con las debidas garantías del artículo 24.2 de la Constitución, pues este precepto no alcanza a constitucionalizar toda la normativa procesal.

En España el uso de la lista Falciani ha generado un proceder de la Administración muy utilitarista y muy pragmático. En España, Hacienda recibió los datos de Falciani a través de Francia en mayo de 2010. Y España se decidió por una solución "blanda" encaminada a recaudar antes que a castigar. La 'secuencia fiscal' fue la siguiente: la Agencia Tributaria escribió a los 659 defraudadores españoles detectados invitándoles a presentar declaraciones complementarias de renta y patrimonio y pagar lo que debían ahorrándose la multa. De los 659 evasores, solo 293 presentaron declaraciones complementarias. No ocurrió lo mismo en los otros 366 expedientes que no respondieron a Hacienda. En estos últimos casos, Hacienda envió sus investigaciones a la Fiscalía. El problema en España es que en la mayoría de los nombres que hay en su lista (datos de 1998 a 2008) el delito fiscal ya ha prescrito o está a punto de hacerlo. Por ello la información tributaria obtenida a través del Convenio de doble imposición con Francia es vital para que la Administración Tributaria investigue y, posteriormente, un juez ordene procesamiento en los casos de evasores más huidizos que así lo requieran.

Los contribuyentes han sido informados de la procedencia de la información obtenida y han podido participar en el procedimiento tributario e incluso penal con todas las garantías. Incluso han podido plantear el rechazo al uso de esa información, si bien los Tribunales Españoles sobre la base del informe de la AEAT han considerado que esa información puede ser usada en un procedimiento tributario y penal. En todo caso, el contribuyente puede negarse a declarar contra sí mismo en un proceso penal si considera que eso empeoraría su defensa.

La aprobación de la declaración tributaria especial también denominada una amnistía fiscal se justifica en el Decreto-ley 2/2012 en la necesidad de facilitar que los contribuyentes puedan ponerse al corriente en el pago de sus obligaciones tributarias regularizando situaciones tributarias pasadas. En el fondo únicamente son razones de eficacia recaudatoria, esto es, conseguir mayor recaudación con el mínimo esfuerzo la que justifica esas medidas que al estar amparadas en una norma con rango de ley no vulnerarían el artículo 7.2 LGP que establece que los derechos de la Hacienda Pública no podrán ser objeto de condonación salvo en los casos establecidos en las leyes. Los efectos de esa regularización implican no sólo exclusión de la sanción tributaria sino también de la sanción penal.

La normativa reguladora de esta amnistía nada dice sobre el uso de la información así obtenida, por lo que de aplicarse el régimen general en materia tributaria, esa información podrá ser utilizada e intercambiada en virtud de todos los instrumentos normativos que permiten el intercambio de información. En concreto la posibilidad de un intercambio de esa información a otra Administración dependerá de si la misma tiene interés para esa otra Administración y de la existencia de mecanismos de intercambio de la misma, bien espontáneamente o bajo petición.

El compromiso de España por cumplir con los estándares de intercambio de información de la OCDE actuales y con el nuevo estándar de intercambio de información automática es absoluto. Como se sabe España formó parte del G5 que impulsó un proyecto piloto para favorecer el intercambio automático en la UE, tras el Acuerdo intergubernamental con los EE.UU que posibilita la implementación efectiva de la norma americana FATCA. Por ello España rechaza frontalmente la estrategia RUBIK y no está interesada en ningún acuerdo de este tipo con Suiza que sería contrario al intercambio automático de información por el que se está apostando.

## 9. CONCLUSIONES

España ha asumido un fuerte compromiso en la lucha contra la evasión fiscal a través del intercambio de información. En esta línea, las autoridades españolas siguen ampliando la red de instrumentos internacionales de intercambio de información. Además, España se ha comprometido firmemente a prevenir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

En este sentido, España cuenta hasta el momento con una extensa red de instrumentos jurídicos para intercambiar información tributaria con otros Estados que cubre un total de 99 jurisdicciones. Esta cifra incluye convenios de doble imposición, acuerdos internacionales de intercambio de información, instrumentos comunitarios y el convenio multilateral OCDE/CE. En la práctica, un tercio de estos instrumentos han sido empleados en los últimos años para obtener información tributaria de España.

Por otra parte, la Ley General Tributaria y su normativa de desarrollo han sido objeto recientemente de una sensible reforma con la finalidad no sólo de trasponer las Directivas comunitarias 2010/24/UE y 2011/16/UE, sino de establecer los principios generales y reglas comunes aplicables a todas las actuaciones relacionadas con la asistencia mutua internacional (incluido el intercambio automático de información) que la Administración tributaria española pueda solicitar o deba prestar tanto en el marco del Derecho de la UE, como en aplicación de un convenio de doble imposición, de un acuerdo de intercambio de información o cualquier otro acuerdo bilateral o multilateral. Tales instrumentos jurídicos pueden tener alcance y límites diferentes, por lo que será necesario integrar nuestra legislación doméstica con las disposiciones de estos otros instrumentos jurídicos.

Es indudable que España está fuertemente comprometida con la erradicación y prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo en nuestro territorio. El Sepblac controla la correcta aplicación de la diligencia debida, por parte de los sujetos obligados por el artículo 2 de la LPBC, en cuanto a la comprobación de la titularidad real de las personas físicas y jurídicas con los que se pretende realizarse un negocio, debiendo éstos además recabar, cuando existan indicios o certeza que los clientes no actúan por cuenta propia, la información precisa a fin de conocer la identidad de las personas por cuenta de las cuales actúan aquéllos.

Los sujetos obligados por la LPBC deberán también llevar a cabo una serie de Comunicaciones, tanto por indicios como sistemáticas, que también son controladas por el Sepblac. En cuanto a la Comunicaciones por indicios, las cifras constatan que las entidades financieras son las que registran mayor número de remisiones al Sepblac, además de las llevadas a cabo por los notarios y registradores. Quedan por debajo del umbral de lo deseado los demás colectivos obligados, registrándose notables disminuciones desde 2010 a la fecha actual.

En el apartado de solicitud de informes por parte de las autoridades nacionales, se pone de manifiesto un incrementado en la colaboración desde 2011, sobre todo con el Cuerpo Nacional de la Policía, la Guardia Civil y el departamento de Aduanas. Por lo que respecta al destino de los informes del Sepblac a otras autoridades y organismos competentes, las cifras se mantienen en valores muy significativos, destacando el número de informes emitidos al Cuerpo Nacional de Policía, la Guardia Civil y la AEAT.

En el ámbito de la colaboración internacional, las cifras acreditan una cierta estabilidad en cuanto al número de intercambios solicitados a las UIF de otros Estados miembros por parte del Sepblac, aunque no así la demanda de colaboración procedente de otros países, que ha ido incrementándose significativamente desde 2010.

Puesto que los informes del Sepblac son “informes de inteligencia” no tienen valor probatorio y no podrán ser incorporados directamente a las diligencias judiciales o administrativas. Por tanto, es preciso desarrollar diligencias de carácter policial o de carácter tributario y a partir de dicha información la AEAT podrá indagar para la regularización de la situación tributaria del contribuyente o para evaluar indicios de delito fiscal.

Es relevante tener en cuenta que la información y documentación en disposición del Sepblac tiene carácter confidencial, debiendo guardar reserva sobre los mismos toda autoridad o funcionario que acceda a su contenido. Los datos, documentos e informaciones que obren en poder del Sepblac no podrán ser divulgados salvo, entre otros supuestos, si es requerido por el Ministerio Fiscal o por las autoridades judiciales o administrativa, en el marco de un procedimiento concreto.

Sin embargo, al igual que otros países vecinos, en los últimos años España ha adoptado una estrategia dual en la lucha contra el fraude fiscal. Como ya ha sido señalado, España ha asumido un fuerte compromiso con los estándares internacionales en materia de intercambio de información tributaria e incluso con los nuevos estándares emergentes en el contexto global hacia el intercambio automático de información. No obstante, también ha adoptado iniciativas legislativas tendentes a promover un

aumento de los ingresos fiscales. De hecho, algunas de esas iniciativas legislativas tienden más hacia el aumento de los ingresos fiscales que a intensificar el intercambio de información.

España no reconoce, *stricto sensu*, la posibilidad de inspecciones conjuntas, esto es, con la intervención activa de funcionarios extranjeros en España y con referencia a un procedimiento de solución única vinculante para todas las Administraciones involucradas. No obstante la normativa española reconoce los controles simultáneos y la presencia de funcionarios en el extranjero y viceversa. Los intercambios de información que se precisen para los controles simultáneos les será aplicación lo establecido en el artículo 177 ter de la LGT, en virtud del cual la Administración tributaria podrá facilitar a otros Estados, los datos, informes o antecedentes obtenidos en el desempeño de sus funciones, siempre que la cesión tenga por objeto la aplicación de tributos de titularidad de otros Estados, con los límites establecidos en la normativa sobre asistencia mutua. La citada información tendrá carácter reservado en los términos señalados en el artículo 95.1 de la LGT, y sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos. Las pruebas o informaciones suministradas por las autoridades competentes de otros Estados podrán incorporarse con valor probatorio al procedimiento que corresponda.

La crisis financiera mundial ha facilitado el surgimiento de las acciones unilaterales de intercambio automático de información (v. gr. FATCA) e incluso de medidas legislativas unilaterales que tratan de aumentar la recaudación tributaria o de regularizar las obligaciones tributarias en situación irregular. Aunque el objetivo de estas medidas es legítimo, creemos que las estrategias unilaterales y no coordinadas no son aconsejables debido a posibles problemas de compatibilidad con otros mecanismos adoptados en la UE e incluso con los convenios de doble imposición, así como por la inseguridad jurídica generada en torno a los derechos y garantías del contribuyente.

Tales medidas deberán ser acordadas por la comunidad internacional a través de la adopción de un modelo multilateral entre la OCDE y la Unión Europea, estableciendo normas comunes de cooperación para lograr un intercambio más integral y eficaz de información, como instrumento de lucha contra la evasión fiscal.

El intercambio de información puede afectar directamente a los derechos de los contribuyentes. Este es un aspecto a menudo ignorado en la cooperación administrativa internacional. La asistencia mutua entre las autoridades fiscales no es sólo una cuestión que tiene que ver con la protección del interés recaudatorio de los Estados, sino también con la necesidad de alcanzar este objetivo garantizando una protección proporcionada de los derechos y garantías de los contribuyentes.