

---

# LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL, BUENA GOBERNANZA E INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

---

LUIS ALFONSO MARTÍNEZ GINER  
Universidad de Alicante

## 1. INTRODUCCIÓN

El contexto en el que se desarrolla la lucha contra el fraude fiscal constituye un punto de partida interesante en el que valorar el importante valor que cada vez más tiene la información tributaria. El incremento de la globalización de las actividades económicas implica cada día más transacciones e inversiones en las que están presentes operadores de varios Estados. Ello ha generado que los esquemas de evasión fiscal no sean una prerrogativa exclusiva de una pequeña elite de grandes inversores, sino que tales esquemas de actuación son cada vez más accesibles a todos los ciudadanos.

Las cifras del fraude fiscal no son siempre fáciles de conocer<sup>1</sup>. No obstante podemos decir que el nivel de impuestos dejados de recaudar por evasión fiscal constituye un elemento muy relevante que preocupa de manera constante a nuestros Gobiernos<sup>2</sup>. Esa preocupación genera respuestas de los Estados individualmente considerados dado que el funcionamiento de sus sistemas fiscales, la organización de su administración, la inspección de los sujetos pasivos y la recaudación de los tributos son competencia de

---

<sup>1</sup> Según la Organización profesional de Inspectores de Hacienda del Estado, el fraude fiscal en España supone cerca del 20%-25% del PIB, lo cual supone casi duplicar la media europea. Estos datos sitúan a España entre el segundo y tercer país de la UE con mayor nivel de fraude fiscal.

<sup>2</sup> La OCDE viene desarrollando una estrategia consolidada frente la competencia fiscal perniciosa y la lucha contra los paraísos fiscales desde el año 1998 cuando se presentó el informe *Harmful tax competition. An emerging global issue*, hasta la actualidad, mediante sus informes de progreso. El *Global Forum on transparency and Exchange of information for tax purposes* de la OCDE informa y revisa periódicamente sobre el cumplimiento de los estándares de transparencia e intercambio de información en materia tributaria entre los casi 100 Estados que forman parte de él. Por otro lado tras los atentados del 11-S en Estados Unidos de América se desencadenó una ofensiva mundial frente a los paraísos fiscales y los centros *offshore*. Igualmente el G-20 desde las primera reuniones en 2008 hasta la última destacando el relevante encuentro del 2 de abril de 2009 en Londres ha impulsado –bajo el auspicio de la OCDE– una línea de actuación más contundente en relación con las jurisdicciones que no cumplen con los estándares de transparencia e intercambio de información de la OCDE, fruto de ello fueron y siguen siendo las denominadas listas blanca, gris y negra de países que no colaboran en materia de asistencia e intercambio de información en materia tributaria.

éstos<sup>3</sup>. Estas medidas unilaterales de lucha contra el fraude fiscal sin dejar de ser útiles son insuficientes en la lucha contra el fraude fiscal.

No obstante, resulta obvio que entre los objetivos de la Unión Europea, como organización supranacional, está el de conformar un espacio económico próspero en el que los distintos Estados miembros puedan aumentar sus niveles de riqueza. Para ello el ordenamiento jurídico comunitario trata de garantizar ciertas libertades –circulación de personas, capitales, mercancías, de establecimiento– que generen un entorno jurídico proclive para tales fines. En uso de la faceta coordinadora en materia tributaria que desempeña la Unión Europea, ésta desarrolla iniciativas que traten de asegurar la legítima necesidad de los Estados de proteger sus capacidades fiscales<sup>4</sup>. Fruto de ello es la estrategia de lucha contra el fraude fiscal en la Unión Europea. Aspectos tales como el intercambio de información tributaria entre Estados, la asistencia mutua en notificaciones y recaudación de deudas tributarias, el declive del secreto bancario, el cerco a los paraísos fiscales o la consolidación de la cooperación administrativa en materia de rendimientos del ahorro conforman los pilares fundamentales sobre los que se asienta la labor que desde la Unión Europea se está llevando a cabo para luchar contra el fraude fiscal. Como ya hemos mencionado esta tarea no es exclusiva de la Unión Europea, sino que en la misma intervienen otros organismos internacionales, pero en todo caso, sí que resulta interesante analizar los instrumentos que desde el ámbito europeo existen para reforzar la cooperación administrativa en materia de fiscalidad, superando en algunos casos, o siendo en otros deudores, de las actuaciones de la OCDE.

En este sentido el primer paso en el camino hacia el cambio a una mayor transparencia en materia fiscal para una eficaz lucha contra el fraude fiscal se gestó en 2009 –en la reunión de G-20 de Londres– al plantearse el intercambio de información bajo petición como nuevo estándar internacional. Tras el seguimiento de la situación y el desarrollo de las economías en la época de crisis, es en el año 2013 en el que la OCDE<sup>5</sup>, EEUU<sup>6</sup> y Europa pretenden dar un nuevo paso hacia la consolidación y fomento del intercambio de

---

<sup>3</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento y al Comité Económico y Social europeo relativa a la necesidad de elaborar una estrategia coordinada de mejora de la lucha contra el fraude fiscal, COM (2006), 254 final, de 31 de mayo de 2006, pág. 2.

<sup>4</sup> FERNÁNDEZ AMOR (2010), págs. 596 y 597.

<sup>5</sup> El 19 de abril de 2013 los Ministros de Finanzas del G-20 y los Gobernadores de los Bancos Centrales adoptaron el intercambio automático como el nuevo estándar de transparencia tributaria sobre la base del informe presentado por la OCDE en 2012 *Automatic Exchange of information. What is, how it Works, benefits, what remains to be done*. Además hay que señalar que tras la cumbre del G8 en Lough Erne (Irlanda del norte) en Junio de 2013 se publicó el informe de la OCDE *A Step Change in Tax Transparency* donde se cifraban los pasos para conseguir un modelo de intercambio de información automático global, seguro y eficiente para el contexto actual.

<sup>6</sup> La adopción del modelo FATCA impulsado por EEUU ha supuesto un decidido avance en el intercambio de información automática. En abril de 2013 los Ministros de Finanzas de España, Francia, Alemania, Italia y Reino Unido anunciaron la intención de colaborar con el modelo de intercambio de información automático derivado de FATCA. El acuerdo intergubernamental entre EEUU y estos 5 Estados ha sido el espejo en el que otros Estados e incluso la Unión Europea se ha querido ver reflejado.

información automático como nuevo estándar de intercambio de información tributaria y transparencia, cristalizando estas iniciativas a lo largo del año 2014 y concretándose en el documento de la OCDE que recoge el nuevo estándar de intercambio automático de información financiera<sup>7</sup>.

Todo ello ha puesto de manifiesto que las medidas encaminadas a reducir el fraude fiscal no pueden limitarse a tener un alcance puramente nacional sino que se hace necesario una estrategia internacional o supranacional. Y ello porque la movilidad de los sujetos pasivos, el incremento del número de transacciones transfronterizas así como la internacionalización de los instrumentos financieros –todo lo que se ha dado en llamar la globalización económica– dificulta un adecuado control por parte de los Estados si no tienen la colaboración necesaria de otras Administraciones tributarias. Por todo ello la lucha contra el fraude fiscal internacional requiere soluciones globales que partan de una eficaz cooperación entre administraciones tributarias. En este sentido uno de los instrumentos más importantes para la consecución de tal fin es el intercambio de información tributaria entre Estados. No obstante esa herramienta es parte de una estrategia comunitaria de lucha contra el fraude fiscal que debemos analizar.

## 2. LA ESTRATEGIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL EN LA IMPOSICIÓN DIRECTA: UNA BUENA GOBERNANZA EN EL ÁMBITO FISCAL

La inquietud por la lucha contra el fraude fiscal por parte de los diferentes Estados miembros y el hecho de que el propio fraude fiscal suponga un obstáculo para el buen funcionamiento del mercado interior al provocar distorsiones de competencia entre los contribuyentes ha motivado que desde las instancias comunitarias se iniciara y desarrollara una estrategia común y coordinada en la lucha contra el fraude fiscal. Ya desde la Comunicación de la Comisión sobre «La contribución de las políticas fiscal y aduanera a la estrategia de Lisboa<sup>8</sup>», se ha planteado en la UE la necesidad de un enfoque concertado y coordinado a nivel comunitario a fin de que la lucha contra el fraude fiscal en los Estados miembros sea más eficaz. En aplicación de esta idea la Comunicación relativa a la necesidad de elaborar una estrategia coordinada de mejora de la lucha contra el fraude

<sup>7</sup> *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information*, OECD, February, 2014, donde se recoge el Modelo de acuerdo entre Autoridades competentes y los estándares de intercambio común y las obligaciones de *due diligence*. La versión completa de este estándar ha sido publicada el 21 de julio de 2014.

<sup>8</sup> COM (2005) 532 final de 25 de octubre de 2005; «...la Comisión considera que, para incentivar a los Estados miembros a que luchen contra el fraude fiscal y ayudarlos en esta tarea, serían útiles estrategias más concertadas y mejor coordinadas. A ese efecto, la Comisión está evaluando actualmente la necesidad de implantar una nueva política fiscal de lucha contra el fraude a escala europea. Existen múltiples instrumentos posibles, tales como: mejorar la cooperación entre las administraciones internas; eliminar los obstáculos al intercambio eficaz de información, por ejemplo, mejorando el acceso a la información bancaria; recurrir a negociaciones con terceros países para que introduzcan disposiciones relativas al intercambio de información; extender la utilización de los medios de cooperación administrativa intracomunitaria, y mejorar la legislación fiscal de base».

fiscal constituye el punto de partida en el reforzamiento de los instrumentos jurídicos necesarios para una mejor lucha contra el fraude fiscal<sup>9</sup>.

En este sentido y en materia de fiscalidad directa se abonó la idea de que era necesaria una mejora en términos de cooperación administrativa entre los Estados miembros e incluso con terceros países. En el informe del Grupo *ad hoc* sobre fraude fiscal de 22 de mayo de 2000 se formularon recomendaciones relevantes para potenciar los mecanismos de cooperación administrativa. Del mismo modo la Comunicación sobre la prevención y la lucha contra las prácticas irregulares empresariales y financieras de 2004 apuntó la necesidad de mejorar la cooperación administrativa proponiendo iniciativas de fomento de la colaboración entre las autoridades fiscales tanto dentro de la Unión Europea como con terceros países<sup>10</sup>. Uno de los puntos esenciales de tal estrategia era y es el de ofrecer los cauces legales y técnicos oportunos para que todos los Estados miembros estén en condiciones de prestar efectivamente una asistencia eficaz a sus homólogos.

Toda esta estrategia de fortalecimiento de la cooperación en materia de fiscalidad y del establecimiento de normas comunes multilaterales ha cristalizado en una línea de actuación comunitaria que busca el fomento de la buena gobernanza en el ámbito fiscal. Así se deriva de la Comunicación de 28 de abril de 2009 relativa precisamente al el fomento de la buena gobernanza en el ámbito fiscal<sup>11</sup>. Ésta trata de dar respuesta a los retos actuales que la creciente integración económica de los mercados impulsada por los rápidos cambios tecnológicos y la liberalización de las políticas está generando; fundamentalmente porque esta situación, además de tener muchas consecuencias positivas, puede generar algún efecto negativo en el sentido de que en este contexto los países son más vulnerables a las turbulencias económicas, a la evasión y al fraude fiscal. La existencia de paraísos fiscales y centros financieros internacionales sujetos a una regulación escasa y que generalmente se niegan a respetar los principios de transparencia e intercambio de información facilitan y fomentan el fraude y la evasión fiscal, minando así la soberanía tributaria de otros países al reducir sus ingresos<sup>12</sup>.

La UE ha definido la buena gobernanza en materia fiscal como la plasmación de los principios de transparencia, de intercambio de información y de competencia legal en materia tributaria. El reconocimiento implícito de que las medidas nacionales no son suficientes para resolver totalmente los problemas de erosión fiscal ha reforzado la idea de que es necesario cooperar a escala comunitaria y en este sentido la buena gobernanza fiscal ha supuesto adoptar medidas en los siguientes ámbitos: intercambio de información en el marco de la cooperación administrativa, competencia fiscal perniciosa y ayudas de Estado de carácter fiscal y transparencia<sup>13</sup>. Además, tal y como se ha dicho, la buena gobernanza en el ámbito fiscal no sólo constituye un instrumento fundamental

---

<sup>9</sup> COM (2006) 254 final, de 31 de mayo de 2006.

<sup>10</sup> COM (2004) 611 final de 27 de septiembre de 2004.

<sup>11</sup> COM (2009) 201 final de 28 de abril de 2009.

<sup>12</sup> Según la OCDE en 2009 los paraísos fiscales habían atraído entre 5 y 7 billones de dólares en activos.

<sup>13</sup> COM (2009) 201 final de 28 de abril de 2009, pág. 6 y 7.

para combatir el fraude y la evasión fiscal transfronterizos, sino que permite reforzar la lucha contra el blanqueo de capitales, la corrupción y la financiación del terrorismo.

En este sentido las iniciativas y compromisos a escala comunitaria han sido variados planteándose la necesidad de seguir luchando contra los riesgos financieros ilícitos surgidos en los países no dispuestos a cooperar y contra los paraísos fiscales<sup>14</sup>. Esa estrategia de cooperación no sólo se plasma en medidas tan relevantes como la aprobación de las nuevas Directivas de cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y de asistencia mutua en materia de recaudación, o en la nueva Directiva 2014/48/UE que modifica la Directiva sobre fiscalidad del ahorro, sino que en el marco de la Política Europea de Vecindad se trata de proponer acciones que profundicen en la cooperación en materia de fiscalidad con países que no forman parte de la Unión Europea en sentido estricto, siendo ora europeos ora no europeos. Fruto de ello es, entre otras declaraciones, la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación con países en desarrollo para promover la buena gobernanza en asuntos fiscales, en la que se trata de mejorar la cooperación fiscal y abordar la evasión y fraude fiscal en un área geográfica lo más amplia posible<sup>15</sup>.

### **3. EL PLAN DE ACCIÓN PARA REFORZAR LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL Y LA EVASIÓN**

El nuevo impulso en la lucha contra el fraude fiscal en la Unión Europea parte de la constante preocupación de las instituciones europeas por encontrar métodos para mejorar la lucha contra la evasión fiscal incrementando así la eficiencia y eficacia en la recaudación de impuestos por parte de los Estados. En este sentido la Comunicación de la Comisión sobre formas concretas de reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal también en relación con terceros países<sup>16</sup> plantea como una de las cuestiones claves a resolver la de mejorar la cooperación transfronteriza entre las Administraciones Tributarias de la UE.

El hecho de que exista una pluralidad de instrumentos normativos muy relevantes para la cooperación internacional<sup>17</sup> no ha garantizado que el uso de los mismos haya sido

<sup>14</sup> Documento del Consejo (ECOFIN) de 2 de diciembre de 2008, 16095/1/08 REV 1.

<sup>15</sup> COM (2010) 163 final de 21 de abril de 2010. Esta intención coincide con las Declaraciones de Monterrey y de Doha en las que las fugas de capitales y los flujos financieros ilícitos se identificaron de forma explícita como uno de los principales obstáculos para la movilización de los ingresos nacionales a favor del desarrollo. La Comunicación de la Comisión propone mejorar las sinergias entre las políticas fiscales y de desarrollo proponiendo vías mediante las que la UE podría ayudar a los países en desarrollo en la construcción de sistemas fiscales y administraciones eficaces, justas y sostenibles.

<sup>16</sup> COM (2012) 351 final de 27 de junio de 2012.

<sup>17</sup> Directiva 2003/48/CE, del Consejo, de 3 de junio de 2003 en materia de fiscalidad del ahorro en forma de pago de intereses, modificada por la Directiva 2014/48/UE, de 24 de marzo; Directiva 2012/24/UE, del Consejo, de 16 de marzo de 2010 sobre asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos; Reglamento UE nº 904/2010 del Consejo de 7 de octubre de 2010 sobre cooperación administrativa y lucha contra el fraude en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido:

el deseable, cuestionándose que los mismos garanticen una actuación contra el fraude completa y eficaz. En esta Comunicación se propone reforzar los instrumentos jurídicos existentes y mejorar el intercambio de información tributaria a la luz de la experiencia de la aplicación de la Directiva 2011/16/UE.

La necesidad de mejorar la buena gobernanza en el ámbito tributario ha llevado a la Comisión a estudiar la posibilidad de adoptar un instrumento jurídico único para la cooperación administrativa en relación con todos los tipos de impuestos a fin de garantizar una integración y coherencia plenas de los mecanismos de cooperación<sup>18</sup>. Asimismo, es patente la preocupación por conseguir extender y promover las normas de la UE en relación con terceros países en sede de cooperación en materia fiscal al objeto de que los principios de la buena gobernanza en el ámbito fiscal tengan acomodo en terceros países también.

La necesidad de actuación planteada en estos términos dio lugar a que la Comisión europea presentara un plan de acción para que desde la UE se pudiera dar una respuesta más efectiva a los problemas de la evasión fiscal. En el mencionado Plan de Acción<sup>19</sup> la mejora de la cooperación administrativa constituye un elemento nuclear en torno al cual giran buena parte de las medidas.

El giro que se produce en la percepción de la cooperación administrativa en materia fiscal parte de analizar cualitativamente y no simplemente cuantitativamente los instrumentos y las experiencias de intercambio de información y cooperación en general en materia tributaria. El uso eficaz y completo de las herramientas normativas existentes es lo que centrará los esfuerzos de las instituciones europeas. Así, la Comisión recomienda volver a los antiguos sistemas nacionales de listas negras en función de la efectividad de la cooperación administrativa en materia tributaria.<sup>20</sup>

En el mencionado Plan de acción se anuncia una medida que tiene un importante alcance y que pretende promover el intercambio automático de información como la «futura norma europea e internacional de transparencia e intercambio de información en el ámbito fiscal<sup>21</sup>». El nuevo estándar de intercambio de información se focaliza en

---

Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, de cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad; Reglamento UE nº 382/2012, del Consejo, de 2 de mayo de 2012 sobre cooperación administrativa en el ámbito de los impuestos especiales.

<sup>18</sup> COM (2012) 351 final de 27 de junio de 2012, pág. 10.

<sup>19</sup> COM (2012) 722 final, de 6 de diciembre de 2012, Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal.

<sup>20</sup> COM (2012) 722 final, de 6 de diciembre de 2012, pág. 6. La Comisión recomienda «la adopción por los Estados miembros de una serie de criterios para identificar a los terceros países que no reúnen las normas mínimas de buena gobernanza en materia fiscal y de una *batería* de medidas relativas a estos terceros países, según si cumplen o no dichas normas o se han comprometido a ello. Estas medidas abarcan la posible inclusión en una lista negra de los territorios que no cumplan las normas y la renegociación, suspensión o conclusión de los convenios de doble imposición. Para evitar la promoción de los negocios con terceros países incluidos en la lista negra, la Comisión pide a los Estados miembros que adopten acciones complementarias adicionales, si bien respetando plenamente el Derecho de la UE».

<sup>21</sup> COM (2012) 722 final, de 6 de diciembre de 2012, pág. 10.

el intercambio automático, lo cual ha dado lugar, como veremos a una propuesta de modificación de la Directiva 2011/16/UE con la intención de establecer el intercambio automático de información obligatorio en el ámbito de la fiscalidad<sup>22</sup>. En este sentido la Comisión está desarrollando nuevos formatos de intercambio automático de información sobre determinados rendimientos en aplicación de la Directiva 2011/16/UE.

El fomento de una mayor cooperación con otras instancias encargadas de hacer cumplir la ley ha motivado que la preocupación por colaborar con las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales sea cada vez mayor a la luz del incremento de la delincuencia organizada que desarrolla conductas de fraude fiscal<sup>23</sup>.

El complemento normativo de ese plan es la Recomendación de la Comisión relativa a las medidas encaminadas a fomentar la aplicación, por parte de terceros países, de normas mínimas de buena gobernanza en el ámbito fiscal<sup>24</sup>. En esta Recomendación la Comisión pretende cerrar el círculo de los Estados no cooperadores sobre la base de los estándares de la buena gobernanza en el ámbito fiscal. Para ello propone una serie de medidas que los Estados miembros podrían adoptar frente a terceros Estados que no cumplan con ese paradigma fiscal. Es importante, no obstante tener en cuenta que las recomendaciones de la Comisión no son vinculantes, tal y como señala el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Según esa Recomendación, un país no cumple las normas mínimas de buena gobernanza en el ámbito fiscal cuando no ha adoptado medidas legislativas, reglamentarias y administrativas destinadas a cumplir las normas en materia de transparencia e intercambio de información ni las aplica de forma efectiva<sup>25</sup>. En este sentido se propone una vuelta atrás en la operatoria de delimitar los países que no cumplen con los estándares exigidos. Así se propone que los Estados miembros publiquen listas negras de terceros países que no respeten las normas mínimas de intercambio de información y su efectiva aplicación. Igualmente se establece que el Estado miembro que haya suscrito un Convenio de doble imposición con un Estado que no respete tales normas deberá renegociar, suspender o poner fin al mencionado convenio, en función de lo que resulte más adecuado para mejorar el cumplimiento de las normas<sup>26</sup>.

En mi opinión la vuelta a este sistema de listas negras nacionales, ya superado con el planteamiento multilateralista de la OCDE plantea algunas sombras en torno a las estrategias coordinadas de lucha contra el fraude. Cifrar el estímulo de una buena gobernanza en el ámbito fiscal en la publicación de listas negras nacionales de jurisdicciones no cooperadoras se compadece mal con acciones comunes comunitarias en la lucha contra el fraude fiscal.

<sup>22</sup> COM (2013) 348 final, de 12 de junio de 2013.

<sup>23</sup> La Comisión europea ha anunciado la aprobación del informe de revisión sobre la aplicación de la tercera directiva contra el blanqueo de capitales 2005/60/CE.

<sup>24</sup> C (2012) 8805 final, de 6 de diciembre de 2012.

<sup>25</sup> C (2012) 8805 final, de 6 de diciembre de 2012. Pág. 5.

<sup>26</sup> Véase la crítica de AUJEAN (2013), pág. 65.

En cuanto a los estándares que la Recomendación considera deseables en un sistema aceptable de cooperación administrativa e intercambio de información, aquella centra su interés en la disponibilidad de la información tributaria, su acceso y el intercambio de la misma. En este sentido podría destacarse como aspectos dignos de mención que tales normas en materia de transparencia e intercambio de información deberán hacer compatibles los derechos y salvaguardias aplicables a las personas en el tercer país requerido con la efectividad del intercambio de información. Es precisamente la efectividad del intercambio de información el elemento que prescindiendo de la existencia de instrumentos normativos que lo posibilitan, la que se constituye como eje en el que se desarrolla toda la estrategia del Plan de acción de la Comisión. Aspectos clásicos y recurrentes tales como la confidencialidad de la información, la protección jurídica del contribuyente afectado, la disponibilidad de la información y la rapidez de su intercambio, vuelven a ser elementos esenciales que conformarían el estándar comunitario de buena gobernanza fiscal en materia de intercambio de información.

El Consejo de la Unión Europea en sus conclusiones sobre la evasión de impuestos y el fraude fiscal<sup>27</sup> muestra su decidido apoyo a las corrientes internacionales que se desarrollan en el contexto de fomento del intercambio de información automático. En este sentido se valora muy positivamente los trabajos de la Comisión que han dado lugar al Plan de acción y a su recomendación relativa a la buena gobernanza fiscal. No obstante se aporta la conveniencia de elaborar una lista europea de terceros países y territorios no cooperadores. Esta idea de una lista negra europea podría colisionar con la recomendación de la Comisión relativa a las listas negras nacionales. En todo caso, reiteramos nuestros recelos por tales listas aun cuando se elaboren sobre la base de criterios cualitativos.

En esta línea se profundizó en el Consejo Europeo de 22 de mayo de 2013 en el que se insta a dar prioridad a los esfuerzos por ampliar el intercambio automático de información tanto a nivel de la UE como a nivel mundial. La idea que se propone es la de ampliar el ámbito objetivo del intercambio automático de información. Del mismo modo se plantea comenzar las negociaciones necesarias para garantizar que países como Suiza, Liechtenstein, Mónaco, Andorra y San Marino apliquen medidas equivalentes a las previstas en la Directiva sobre fiscalidad de los rendimientos del ahorro en lo relativo al intercambio de información tras la revisión de su ámbito de aplicación propuesta en 2008.

La Comisión Europea ha plasmado su férreo compromiso en la preponderancia del intercambio automático de información como herramienta esencial de lucha contra el fraude fiscal en su documento *Combatir el fraude y la evasión fiscal*<sup>28</sup>. En este documento la Comisión considera que la UE debe desempeñar un papel de líder en el impulso de la buena gobernanza en el ámbito fiscal y en particular en la consolidación del intercambio automático de información como estándar internacional a nivel mundial.

---

<sup>27</sup> FISC 94 ECOFIN 353, 9546/13. Ecofin de 14 de mayo de 2013.

<sup>28</sup> Contribución de la Comisión al Consejo Europeo de 22 de mayo de 2013.



#### 4. EL CAMINO DE REFORMAS EN LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL: EL PARADIGMA DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA

Las líneas de actuación esenciales las vamos a centrar en dos aspectos fundamentales: el intercambio de información tributaria y la propuesta de reforma de la Directiva 2011/16/UE y la reforma de la Directiva sobre fiscalidad del ahorro.

En materia de fiscalidad directa es donde se está procurando avanzar de manera decidida en la mejora del marco jurídico de cooperación tributaria, apostando de manera clara por el intercambio de información y la transparencia fiscal. Son dos fundamentalmente las líneas de actuación y medidas adoptadas en este punto: la aprobación de la Directiva de cooperación administrativa en materia de fiscalidad<sup>29</sup>, y la reciente propuesta de modificación<sup>30</sup> en la que se aborda de manera central los mecanismos de intercambio de información así como la obligatoriedad del intercambio automático de información tributaria generalizado, y el fortalecimiento en la aplicación de la Directiva sobre fiscalidad del ahorro en lo relativo a los rendimientos del ahorro percibidos en forma de intereses sobre la base del intercambio automático de información<sup>31</sup>, fundamentalmente tras la reciente aprobación de la ansiada modificación de la Directiva 2003/48/CE<sup>32</sup>.

##### 4.1. LA DIRECTIVA 2011/16/UE DE 15 DE FEBRERO DE 2011 SOBRE COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO DE LA FISCALIDAD Y LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE 2013

La situación económica actual presidida por una mundialización difícilmente imaginable hace treinta años en la que la movilidad de los sujetos pasivos y del capital, así como el elevado número de transacciones transfronterizas y la internacionalización de los instrumentos financieros, son elementos que dificultan el ejercicio de las soberanías fiscales de los Estados y que abundan en la necesidad de reforzar el marco jurídico de la cooperación y del intercambio de información tributaria. Ello ha puesto de manifiesto la necesidad de revisar los instrumentos normativos que posibilitan el intercambio de información tributaria entre los Estados y en un sentido más amplio, la cooperación administrativa en materia tributaria. Así se ha aprobado una norma que refuerza la colaboración entre Administraciones Tributarias y permite una eficaz lucha contra el fraude fiscal. La Directiva 77/799/CE ha cumplido su función inicial, siendo en el momento presente un instrumento que no da respuesta a los problemas que en el contexto actual tiene el intercambio de información y la cooperación administrativa en la lucha contra el fraude fiscal. La Exposición de Motivos de la Directiva 2011/16/ UE manifiesta que «es necesario adoptar un enfoque totalmente innovador que confiera a los Esta

<sup>29</sup> Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011.

<sup>30</sup> COM (2013) 348 final, de 12 de junio de 2013.

<sup>31</sup> Directiva 2003/48/CE, del Consejo, de 3 de junio de 2003 en materia de fiscalidad del ahorro en forma de pago de intereses.

<sup>32</sup> Directiva 2014/48/UE, de 24 de marzo (Diario Oficial UE de 15 de abril de 2014).

miembros atribuciones para cooperar eficazmente a escala internacional a fin de superar los efectos negativos de la creciente mundialización sobre el mercado interior».

Muchas de las carencias de la Directiva 77/799/CEE fueron puestas de manifiesto ya en el año 2000 por el Grupo *ad hoc* de alto nivel sobre el Fraude Fiscal creado por el Consejo con el objetivo de intensificar la cooperación administrativa en materia de lucha contra el fraude fiscal<sup>33</sup>. Una de las cuestiones que fueron señaladas fue la de la conveniencia de apoyarse en los mecanismos de naturaleza convencional derivados de los trabajos de la OCDE. No en vano, la vigente Directiva sobre cooperación administrativa en materia de fiscalidad incorpora como novedades algunas de las modificaciones operadas en la última actualización del artículo 26 CMOCDE.

Las novedades más relevantes que esta Directiva establece son las siguientes. En relación con el ámbito de aplicación esta Directiva pretende cubrir todos los impuestos directos e indirectos que no hayan sido objeto de acto legislativo comunitario, esto es, a excepción del IVA e impuestos especiales. Como se dice en la Exposición de motivos, «se establece por primera vez un conjunto de normas para una serie de impuestos que no habrían sido cubiertos por ninguno de los marcos jurídicos comunitarios existentes». En definitiva, el ámbito de aplicación de la Directiva se plantea en términos más amplios al incluir todos los tipos de impuestos —directos e indirectos—, independientemente de las modalidades de percepción a que estén sujetos, a excepción de aquellos ya cubiertos por otra legislación comunitaria en materia de cooperación. Es importante señalar la extensión de la aplicación de la norma a otras prestaciones de carácter contributivo cuales son las cotizaciones obligatorias a la seguridad social abonables al Estado o a organismos públicos de la seguridad social. Es de destacar el esfuerzo por ampliar la aplicación de la norma a estas prestaciones de carácter impositivo.

En relación con los tipos de intercambio de información, podemos señalar que en primer lugar, el intercambio de información previa solicitud plantea pocas novedades, entre las que podemos destacar la posibilidad de incluir en la solicitud de intercambio de información una solicitud de que se realice una investigación administrativa concreta. Hasta el momento, el Estado requirente únicamente solicitaba el intercambio de información pero no estaba legitimado para pronunciarse sobre la forma de obtención de esa información. El artículo 5.2 de la Directiva 2011/16/UE permite que se solicite de manera motivada al Estado requerido que desarrolle concretas actuaciones de investigación administrativa para la obtención y posterior intercambio de información. En todo caso, la solicitud de investigaciones administrativas concretas no vincula al Estado requerido, el cual si decidiera que no procede una investigación administrativa debería informar de inmediato al Estado requirente de los motivos que le llevan a adoptar tal decisión.

Una de las cuestiones más relevantes del intercambio de información tributaria entre Estados y que puede decirse que es una de las grandes garantías para el obligado tributario es la del plazo en el que ha de atenderse un requerimiento de información tributaria. La Directiva establece como gran novedad la fijación de un plazo máximo de respuesta a la petición de información por parte de un Estado miembro. El plazo para comunicar

---

<sup>33</sup> Documento del Consejo 8668/00. FISC 67 CRIMORG 83de 22 de mayo de 2000.

la información solicitada se cifra en seis meses a partir de la fecha de recepción de la solicitud.

La regulación del artículo 7 de la Directiva sigue en buena medida la regulación que sobre este extremo se realiza en el Modelo de Acuerdo de intercambio de información de la OCDE de 2002. Así se establece que en el plazo máximo de tres meses desde la solicitud la autoridad requerida ha de informar a la requirente de los motivos que le impiden atender la solicitud de intercambio de información, señalando un plazo aproximado en el que podría cumplir con la misma. Del mismo modo si se rechaza la petición de intercambio de información, este extremo ha de comunicarse cuanto antes y como máximo en un mes al Estado requirente al objeto de que éste adopte las medidas que crea conveniente en relación a la aplicación de sus normas tributarias. En los supuestos de negativa el plazo de comunicación se reduce de tres a un mes.

Una cuestión no resuelta y que merecería alguna reflexión es las consecuencias del incumplimiento del plazo para responder a un requerimiento de información. ¿Qué ocurre si un Estado no atiende una petición de información tributaria de otro Estado? Nada se dice en los textos reguladores sobre la cuestión del incumplimiento del plazo –de seis meses en la Directiva– señalado para responder a un requerimiento de información. Las dificultades evidentes para «sancionar» ese incumplimiento quedan patentes desde el momento en el que el Estado requirente carecería de mecanismos para actuar ante tal infracción. Por otro lado no creemos que existan normas internas que regulen desde un punto de vista sancionador el incumplimiento, si existiera, del plazo de respuesta a los requerimientos de información, fundamentalmente porque resultaría complicado autoimponerse normas sancionadoras por una circunstancia que únicamente perjudica a otro Estado.

Por otro lado la regulación del intercambio de información automática trata de profundizar en los supuestos que serían objeto de este intercambio sobre la base de la implantación fructífera del intercambio automático mediante la Directiva del ahorro<sup>34</sup>. Así frente a la escasa regulación del este tipo de intercambio en la Directiva 77/799/CEE, el actual artículo 8 amplía su ámbito de aplicación y regula con mayor detalle las condiciones del mismo. Se prevé que en los años siguientes a la entrada en vigor de la nueva Directiva se determine e informen sobre una serie de aspectos esenciales referentes la operatoria del intercambio automático: el tipo de información a intercambiar; cualquier restricción o condición específica; la frecuencia y las modalidades prácticas de intercambio; el volumen de intercambios automáticos.

La norma recoge una serie de supuestos en los que los Estados miembros estarían obligados a intercambiar de manera automática información tributaria. Así, los Estados de manera automática a partir de 2015 deberán intercambiar información en relación con las personas con domicilio en ese Estado sobre las siguientes categorías específicas de renta y de patrimonio: a) rendimientos del trabajo dependiente, b) honorarios de director, c) productos de seguro de vida, no cubiertos por otros instrumentos jurídicos de la Unión, sobre el intercambio de información y otras medidas similares, d) pensiones, y e) propiedad de bienes inmuebles y rendimientos inmobiliarios.

<sup>34</sup> SÁNCHEZ PINO (2010), pág. 79.

En este punto uno de los elementos esenciales que la Comisión planteó fue el de revisar y proponer modificaciones de la Directiva sobre cooperación administrativa orientadas a ampliar el ámbito objetivo del intercambio de información automático antes de que la Directiva fuera objeto de reexamen en 2017<sup>35</sup>. Fruto de ese planteamiento y teniendo en cuenta que la Directiva sobre cooperación administrativa garantiza que a partir de 2015 los Estados miembros intercambiarán automáticamente información siempre que esté disponible acerca de las cinco siguientes categorías de renta: rendimientos del trabajo, remuneración de consejeros, productos de seguro de vida no cubiertos por otras directivas, pensiones y propiedad de bienes inmuebles y rentas procedentes de tales bienes, lo cierto es que el Consejo de la UE ha propuesto una modificación de la Directiva 2011/16/UE para plantear la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad para un mayor número de rendimientos<sup>36</sup>.

La propuesta de modificación de la Directiva se centra en tres modificaciones en esencia: en primer lugar se modifica el artículo 8.3 para eliminar la posibilidad de que un Estado pueda manifestar su decisión de no recibir información procedente de otro Estado cuando no se supere un determinado umbral. En todo caso, un Estado sigue pudiendo optar por no recibir información alguna sobre una determinada categoría de renta.

En segundo lugar, se propone introducir un nuevo apartado 3 *bis* del artículo 8 de la Directiva para extender el intercambio automático de información en lo que respecta determinados rentas o ingresos vinculados al capital mobiliario abonado o garantizado por una entidad financiera en relación con un beneficiario efectivo que sea persona física residente en otro Estado miembro<sup>37</sup>.

Esta medida es fruto del nuevo impulso que el intercambio automático de información como instrumento eficaz de lucha contra el fraude fiscal ha supuesto tras los acuerdos que algunos Estados miembros (Reino Unido, Italia, Alemania, España, Francia) han firmado con Estados Unidos fruto de la implementación de la norma FATCA

<sup>35</sup> Artículo 8.5 Directiva 2011/16/UE: «Antes del 1 de julio de 2017, la Comisión presentará un informe de evaluación en el que se exponga un panorama general y una evaluación de las estadísticas y la información recibida en cuanto a temas como los gastos administrativos y otros que sean pertinentes y las ventajas del intercambio automático de información y aspectos prácticos relacionados. Si procede, la Comisión presentará una propuesta al Consejo en relación con las categorías de renta y de patrimonio o las condiciones establecidas mencionadas en el apartado 1, incluida la condición de que debe disponerse de la información relativa a los residentes en otros Estados miembros.

<sup>36</sup> COM (2013) 348 final de 12 de junio de 2013.

<sup>37</sup> Art. 3 bis propuesta Directiva 2011/16/UE: «La autoridad competente de cada Estado miembro comunicará mediante intercambio automático, a la autoridad competente de otro Estado miembro la información correspondiente a los períodos impositivos a partir del 1 de enero de 2013 y referente a los siguientes elementos que una entidad financiera abone, garantice o mantenga en beneficio directo o indirecto de un beneficiario efectivo que sea una persona física en ese otro Estado miembro: a) dividendos, b) ganancias plusvalías, c) cualquier ingreso generado en relación con los activos mantenidos en una cuenta financiera, d) cualquier importe respecto del cual la entidad financiera sea el obligado o deudor, incluidas las amortizaciones; e) saldos en cuentas.

El párrafo primero no se aplicará en la medida en que el intercambio de información en cuestión esté garantizado por el apartado 1 o por cualquier otro instrumentos jurídico de la Unión».

(*Foreign Account Tax Compliance Act*). En el caso de España el acuerdo con los Estados Unidos para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la aplicación de la ley estadounidense de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras se produjo el 14 de mayo de 2013. El procedimiento para su definitiva adopción requiere de una última autorización de las Cortes Generales, autorización que, en su última fase, dio el pleno del Senado el 20 de noviembre de 2013<sup>38</sup>.

El 9 de abril de 2013 los mencionados cinco Estados acordaron llevar a cabo una acción piloto en materia de intercambio de información tomando como base el modelo FATCA. Los ministros de Hacienda de los cinco países, enviaron una carta al comisario europeo de Fiscalidad, Aduanas, Lucha contra el Fraude y Auditoría en la que le anunciaron la decisión de trabajar conjuntamente en un instrumento piloto para el intercambio multilateral de información tributaria entre estos cinco países, inspirado por el modelo FATCA, e invitaron a los demás países miembros de la Unión Europea, algunos de los cuales han manifestado su interés en este proyecto piloto.

Por todo ello, resulta necesario, o al menos así lo entiende la Comisión europea, ampliar el ámbito del intercambio automático de información a través de la modificación de la Directiva para evitar tener que invocar la cláusula de nación más favorecida del artículo 19 Directiva 2011/26/UE, dado el ámbito más amplio de intercambio de información que se está gestando y desarrollando en algunos Estados. Por todo ello se insiste en la validez de una actuación de la UE para evitar distorsiones: la igualdad de condiciones entre los Estados miembros podría verse cuestionada si éstos adoptaran decisiones relativas al intercambio automático de información tributaria de manera bilateral.

Un aspecto destacable del artículo 3 bis propuesto es que la información que se intercambiará es una información que por su naturaleza estará disponible para los órganos encargados de su intercambio dado que los intermediarios financieros tendrán obligación de informar a sus administraciones tributarias en virtud de los acuerdos celebrados o a celebrar con EE.UU en aplicación de la norma FACTA.

Finalmente se proponen otras modificaciones que son consecuencia de la ampliación de los supuestos de intercambio de información tributaria automática. En particular se propone modificar el artículo 8.5.b) para que la revisión que se produzca en el año 2017 valore la inclusión en la Directiva de nuevas categorías de intercambio de automático de información<sup>39</sup>. Además hay que señalar que la adopción de tal propuesta de modificación de Directiva obligará a los Estados a adoptar las disposiciones legales y administrativas necesarias para dar cumplimiento a esta Directiva al objeto de que las disposiciones relativas al intercambio automático de información se apliquen a partir del 1 de enero de 2015.

Una primera aproximación a la propuesta de modificación de la Directiva 2011/16/UE nos permitiría afirmar que la misma supone un pequeño pero relevante paso en el

<sup>38</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales, nº 271, de 22 de noviembre de 2013.

<sup>39</sup> Según el artículo 8.5 b) de la propuesta de modificación de la Directiva 2011/16/UE, deberá revisarse la Directiva para que: «las listas de categorías y elementos establecidas en los apartados 1 y 3 bis se amplíen, haciéndose extensivas a otras categorías y elementos, incluidos los cánones».

liderazgo comunitario por consolidar el intercambio automático de información tributaria. Quizás la solución multilateral que propone la Directiva es el resultado de iniciativas previas de los Estados miembros, pero la solución por la que apuesta el legislador comunitario garantiza mayor eficacia en la lucha contra el fraude fiscal y mayor coherencia con las libertades comunitarias y el mercado interior. Obviamente esta propuesta debe enmarcarse en las nuevas tendencias internacionales auspiciadas por la OCDE, el G8 y el G20 que buscan consolidar el estándar de intercambio automático de información tributaria para conseguir una lucha contra el fraude fiscal más eficaz cuantitativa y cualitativamente.

La Directiva analizada hace desaparecer expresamente alguna de las limitaciones que tradicionalmente venían impidiendo el intercambio de información, introduciendo además la regulación el principio de proporcionalidad como posible obstáculo al intercambio de información. Así, las solicitudes de información no han de imponer una carga administrativa desproporcionada a la autoridad requerida por el número y naturaleza de las mismas. Razones de hecho, por lo tanto, podrían disminuir la eficacia del intercambio de información cuando suponga una carga desproporcionada para el Estado requerido, pudiendo, según entendemos, negarse el Estado en tales casos a facilitar la información solicitada.

Otra de las novedades introducidas en la Directiva que ha estado influenciada por el artículo 26 CMOCDE es la relativa a la exclusión de los propios fines fiscales y el interés tributario nacional como argumentos que impidan el intercambio de información. La medida que se regula en Directiva trae su causa del artículo 26.4 CMOCDE e impide que las autoridades fiscales del Estado requerido se opongan a intercambiar información tributaria con el único argumento de que esa información carece de relevancia para ese Estado requerido, aunque la tenga obviamente para el Estado requirente. El artículo 18 de la Directiva sobre cooperación administrativa en materia de fiscalidad, señala que la obligación de intercambio de información tributaria ha de compaginarse con los supuestos en los que un Estado puede denegar la información, pero éstos en ningún caso podrán interpretarse en el sentido de que autorizan a un Estado a negar la información exclusivamente por el hecho de que ésta no reviste interés nacional.

La segunda de las grandes influencias del artículo 26 CMOCDE es la regulada en el artículo 18.2 de la Directiva que impide negarse a facilitar la información tributario alegando que la misma se encuentre en poder de un banco u otra entidad financiera, un representante o una persona que actúa en calidad de intermediario agente fiduciario o porque esté relacionada con la participación en el capital de una persona. La versión 2005 del CMOCDE introdujo un nuevo párrafo 5 en el artículo 26 en el sentido de evitar que los Estados, al amparo de los límites del artículo 26.3 CMOCDE, puedan negarse a intercambiar información que se encuentre en poder de bancos e instituciones financieras, representantes, agentes, fiduciarios, o que limite la información relativa a la titularidad de ciertos activos<sup>40</sup>. El tenor literal de ambos preceptos es muy similar y la influencia es clara.

---

<sup>40</sup> Art. 26.5 CMOCDE: «Por lo que respecta al fraude fiscal, en ningún caso se interpretarán las disposiciones del apartado 3 en el sentido de impedir a un Estado contratante proporcionar información únicamente porque ésta obre en poder de bancos, otras instituciones financieras o de cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria, incluidos los agentes designados, o porque esté relacionada con acciones o participaciones de una persona».

#### 4.2. LA DIRECTIVA 2003/48/CE DE 3 DE JUNIO EN MATERIA DE FISCALIDAD DE LOS RENDIMIENTOS DEL AHORRO EN FORMA DE PAGO DE INTERESES Y SU MODIFICACIÓN

Otro de los aspectos fundamentales que permite profundizar en la lucha contra el fraude fiscal y consolidar la cooperación administrativa en materia tributaria, tiene que ver con el mecanismo de intercambio de información automático previsto en la Directiva 2003/48/CE de 3 de junio en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses. En el ámbito comunitario, la lucha contra los paraísos fiscales y el fraude se planteó con especial intensidad cuando se liberalizaron los movimientos de capitales; y ello porque la falta de armonización fiscal y la existencia de secreto bancario en algunos Estados podían generar cuentas opacas con las consiguientes pérdidas recaudatorias. La citada Directiva establece un sistema de suministro automático de información del Estado de la fuente del rendimiento al Estado de residencia del beneficiario de los intereses. Este sistema aplicable en todos los Estados miembros tenía una excepción: Bélgica, Austria y Luxemburgo disfrutarían de un período transitorio durante el cual en lugar de intercambiar información, gravarían el rendimiento del capital mediante una retención en la fuente. Este período transitorio dura hasta que Suiza, Andorra, Liechtenstein, Mónaco y San Marino garantice intercambio de información efectivo previa petición respecto del pago de intereses<sup>41</sup> y el Consejo convenga que EEUU se ha comprometido a intercambiar información según el modelo de la OCDE respecto al pago de intereses. En este sentido hay que recordar que Austria, Bélgica y Luxemburgo han levantado en el año 2009 las reservas que tenían planteadas al artículo 26.5 CMOCDE que pretendían no aplicar en sus Convenios al hacer primar el secreto bancario sobre el intercambio eficaz de información tributaria. La presión que supuso aparecer en la lista gris de paraísos fiscales de la OCDE tras la reunión del G-20 de 2 de abril de 2009 provocó que Austria, Bélgica y Luxemburgo iniciaran contactos para incluir la nueva redacción del artículo 26 CMOCDE incluyendo la cláusula del

<sup>41</sup> Esta circunstancia se ha producido a través de los Acuerdos que establecen medidas equivalentes a las establecidas en la Directiva 2003/48/CE, entre la UE y Suiza (DOUE L 385, de 29 de diciembre de 2004), Andorra (DOUE L 359 de 4 de diciembre de 2004), Liechtenstein (DOUE L 379, de 24 de diciembre de 2004), Mónaco (DOUE L 19 de 21 de enero de 2005) y San Marino (DOUE L 381, de 28 de diciembre de 2004) en los que se establecen obligaciones de intercambio de información previo requerimiento de los Estados miembros en relación con los casos de fraude fiscal y similares relacionados con los pagos de intereses cubiertos por la Directiva de fiscalidad del ahorro. Por otro lado el ECOFIN en octubre de 2009 examinó un proyecto de acuerdo de lucha contra el fraude entre la UE y Liechtenstein en el que se hacía especial hincapié en la cooperación administrativa en el ámbito tributario de acuerdo con los estándares del Modelo OCDE para intercambio de información en materia tributaria. Esa propuesta de acuerdo (COM (2008) 839 final), plantea un ámbito amplio de cooperación en la lucha contra el fraude fiscal pero también contra cualquier tipo de actividad ilegal o delictiva que pueda afectar a los intereses comunitarios. Esa propuesta de acuerdo fue modificada expresamente un año después (COM (2009) 644 final de 21 de noviembre de 2009) para incorporar la cooperación fiscal sobre la base del intercambio de información tal y como Liechtenstein reconoció al aceptar el estándar de intercambio de información del artículo 26 Convenio Modelo OCDE. Del mismo modo, se incorpora un mandato para concluir acuerdos similares con Suiza, Andorra, San Marino y Mónaco. La necesidad de revitalizar el proyecto de acuerdo de lucha contra el fraude fiscal de Liechtenstein y de ampliar el mismo a otros Estados late como una verdadera preocupación de las autoridades comunitarias.

apartado 5 que hace primar el intercambio de información sobre el secreto bancario. Así, Bélgica ha pasado desde el 1 de enero de 2010 al sistema de intercambio automático de información previsto en la Directiva de fiscalidad del ahorro; Austria ya manifestó su voluntad de abandonar el sistema transitorio cuando la retención llegó al 35 por 100 (a partir del 1 de julio de 2011) y Luxemburgo ha modificado su Convenio de doble imposición, entre otros, con España para incluir un nuevo artículo 27 relativo al intercambio de información siguiendo los estándares de la OCDE<sup>42</sup>. Además hay que destacar que Luxemburgo anunció el 10 de abril de 2013 que modificaría su legislación nacional en la línea de los estándares internacionales y comunitarios de intercambio de información. Ello ha llevado a que Luxemburgo aplique a partir del 1 de enero de 2015 el sistema de intercambio automático de información sobre los intereses en la línea de la Directiva 2003/48 poniendo fin su sistema transitorio de retención en la fuente.

Por otra parte, hay que destacar que la aprobación de esta Directiva 2003/48/CE se hizo depender de la adopción de medidas equivalentes por parte de una serie de territorios dependientes y asociados del Reino Unido y de Países Bajos, puesto que se entendió que el ahorro privado podría desplazarse rápidamente a esos centros financieros en cuanto se adoptara la Directiva sobre fiscalidad del ahorro en la Unión Europea si no se hacía lo mismo en tales territorios<sup>43</sup>. A raíz de todo ello España ha firmado acuerdos que permiten aplicar el régimen de la Directiva en tales territorios dependientes o asociados, ya sea sobre la base del intercambio automático de información o de la retención en la fuente. Así, sólo los acuerdos firmados por España con Anguila, Aruba, Islas Caimán y Montserrat prevén el intercambio automático de información de este tipo de rendimientos del capital, mientras que los acuerdos de España con los restantes territorios –Antillas Holandesas, Guernesey, Jersey, Isla de Mann, Islas Vírgenes Británicas e Islas Turcas y Caicos– se basan en el mecanismo de la retención en la fuente, aunque se prevé la posibilidad de que el beneficiario efectivo pueda evitar la retención autorizando a su agente pagador la comunicación de la información referente al pago de intereses a la autoridad de su Estado de residencia.

En cuanto al funcionamiento del sistema hay que decir que la Directiva constituye un mecanismo que opera en su conjunto al servicio de la obtención y suministro de información relevante para el control de la imposición de las rentas sobre el ahorro en

---

<sup>42</sup> Protocolo que modifica el CDI entre el Reino de España y el Gran Ducado de Luxemburgo, de 10 de noviembre de 2009, siendo el canje de notas el 19 de mayo de 2010.

<sup>43</sup> El documento del Consejo 10038/05 FISC 69 de 21 de junio de 2005 confirma la luz verde para la aplicación de las disposiciones previstas en la Directiva sobre fiscalidad del ahorro a los 10 territorios dependientes siguientes: Anguila, Aruba, Islas Caimán, Antillas Holandesas, Montserrat, Guernesey, Jersey, Isla de Mann, Islas Vírgenes Británicas, Islas Turcas y Caicos. En relación con ello hay que precisar que 4 de esos territorios (Aruba, Anguila, Islas Caimán y Montserrat) decidieron aplicar el intercambio de información automático desde la aplicación de los acuerdos el 1 de julio de 2005. Posteriormente otros territorios dependientes británicos han optado por la aplicación del intercambio automático de información tributaria: Guernesey y la Isla de Mann desde el 1 de julio de 2011, las Islas Vírgenes Británicas desde el 1 de enero de 2012 y las Islas Turcas y Caicos desde el 1 de julio de 2012. Por su parte las Antillas holandesas, disueltas en 2010 y de las que surgieron dos territorios Curaçao y Sint Maarten, continúan aplicando el sistema de retención en la fuente en lugar del intercambio automático de información tributaria.



forma de pago de intereses. La Directiva sobre fiscalidad del ahorro articula un auténtico sistema de obtención de información de manera automática armonizando determinadas potestades de obtención de información a efectos tributarios. La regulación de esta norma delimita los datos e información que el agente pagador ha de suministrar a la autoridad competente del Estado en que se obtenga el rendimiento así como el procedimiento de intercambio de información entre los Estados miembros<sup>44</sup>. La aplicación de la Directiva ha arrojado algunos datos interesantes entre los que podemos destacar que en 2010 el total de pagos que ha sido objeto de intercambio automático de información a la luz de la Directiva 2003/48 ha sido de 11.4 billones €, mientras que se pagaron a los Estados miembros de residencia del beneficiario efectivo en virtud de la misma 504.8 millones<sup>45</sup>.

Hay que señalar que la opinión generalizada tras el informe del Comité expertos creado en el año 2007 por la Comisión para recabar la opinión de los sectores afectados por la Directiva, era que aún teniendo aspectos positivos su ámbito de aplicación no resultaba suficiente para los fines planteados. «Todos los especialistas han considerado que la Directiva no ha satisfecho las expectativas previstas, ya que ni se abarcan ciertos instrumentos, que generan intereses que deberían estar dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, con lo que se provoca una ventaja comparativa a favor de esos instrumentos financieros al contar con una protección fiscal especial, al no ser objeto de información automática, ni se aplica a las personas jurídicas, por lo que resulta sencillo eludir su aplicación<sup>46</sup>».

La reforma de la Directiva 2003/48 presentada por la Comisión en el año 2008 y concretada en la reciente Directiva 2014/48/UE de 24 de marzo, trata de ampliar la definición de rendimientos del ahorro, reflejando las innovaciones que se han producido en los últimos años en los diferentes instrumentos del ahorro que ya no son únicamente intereses sino rendimientos de novedosos productos financieros o de seguros de vida equiparables a créditos. Igualmente se propone redefinir el concepto de agente pagador en el momento de la percepción del pago de intereses con la finalidad de incrementar la eficacia y la seguridad jurídica de los operadores económicos<sup>47</sup>. La razón para que se adoptara la decisión de aprobar esta modificación viene en buena medida motivada por los últimos avances a nivel internacional en materia de intercambio automático; en particular, el desarrollo de un nuevo estándar global de intercambio automático en el marco de la OCDE y el compromiso decidido de los Estados miembros por avanzar en esa línea, junto con el influjo de la norma FATCA y de los Acuerdos intergubernamentales

<sup>44</sup> CARMONA FERNÁNDEZ (2010), pág. 1225.

<sup>45</sup> COM (2012) 65 final, de 2 de marzo de 2012. Informe de la Comisión al Consejo de conformidad con el artículo 18 de la Directiva 2003/48 en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses. En general los Estados miembros se muestran satisfechos con los datos recibidos en virtud de la Directiva para garantizar que sus residentes declaren los rendimientos en concepto de intereses.

<sup>46</sup> DELMÁS GONZÁLEZ, F. J.: (2010), pág. 88. Tal y como dice este autor, desde la entrada en vigor de la directiva se ha apreciado una evaluación en la existencia creciente de entidades que se han constituido con la finalidad de soslayar la aplicación de los efectos de la Directiva y que están controladas total o parcialmente por una persona física».

<sup>47</sup> COM (2008) 727 final, de 13 de noviembre de 2008: Propuesta por la que se modifica la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses.

firmados por muchos Estados miembros, ha hecho perentoria e ineludible la aprobación de la modificación de la Directiva 2003/48<sup>48</sup> el 24 de marzo de 2014.

En este sentido el Consejo Europeo en su reunión de 14 de mayo de 2013 ya recomendó a la Comisión Europea la negociación de modificaciones en los Acuerdos entre la UE y Suiza, Liechtenstein, Mónaco, Andorra y San Marino relativos a la tributación de los rendimientos del ahorro con el objetivo de asegurar que en esos cinco Estados se apliquen medidas equivalentes a las de la modificación de la Directiva 2003/48 operada mediante la Directiva 2014/48/UE.

#### 4.3. NUEVOS PASOS HACIA EL NUEVO ESTÁNDAR DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN AUTOMÁTICO

A la luz de todo ello, se ha abierto camino el nuevo estándar de intercambio de información tributaria de carácter automático. El G20 en su reunión de San Petersburgo en abril de 2013 tras alabar el progreso que en el ámbito de la transparencia y buena gobernanza se había realizado, plantó la necesidad de adoptar un modelo multilateral o bilateral de intercambio de información automático. La nueva era del nuevo estándar global de intercambio automático de información se ha abierto bajo los auspicios del G20 y con la encomienda a la OCDE y a los diferentes Estados para que presenten un nuevo estándar global de intercambio automático en febrero de 2014. Éste se ha concretado en el documento presentado *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information*, donde se recoge el Modelo de acuerdo entre Autoridades competentes y los estándares de intercambio común y las obligaciones de *due diligence* y que ha sido presentado por la OCDE. Las expectativas que se marcaron los líderes del G20 fueron las de conseguir efectivo intercambio automático de información entre los Estados miembros del G20 para finales del año 2015. El 21 de julio se ha publicado la versión completa del estándar global de intercambio automático.

Ese estándar que aparece en la actualidad a la sombra del actual estándar de intercambio de información –que posiblemente había sufrido una ralentización a la espera de una mayor efectividad–, ha tenido ya reflejo en dos foros de primer nivel. Por un lado la OCDE a través del *Global Forum on Transparency and Exchange of information for tax purposes* en reconocimiento a este nuevo clima y al impulso emergente del intercambio automático de información tributaria como nuevo estándar, ha creado un Grupo de Intercambio de información automática (*Automatic Exchange of Information (AEOI) Group*)<sup>49</sup>. Este grupo que incluye a los Estados que desean trabajar coordinadamente en la consecución de ese objetivo global de intercambio automático, tratará de proponer metodologías y bases de funcionamiento para desarrollar ese nuevo estándar y para determinar en qué momento será adecuado implementarlo a la luz de las capacidades y recursos de cada jurisdicción, asegurándose del respeto a la confidencialidad y al adecuado uso de esa información.

---

<sup>48</sup> Documento 7797/14, FISC 55, de 21 de marzo de 2014.

<sup>49</sup> Global Forum on Transparency and Exchange of information for tax purposes, Jakarta, Indonesia, 21-22 November 2013, pág. 3.

Además hay que destacar el decidido compromiso que 65 Estados han manifestado en la adopción del *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information*, como «herramienta poderosa en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal transfronteriza». La implementación de este estándar de intercambio automático de información tributaria constituye un compromiso ineludible que estos Estados han manifestado en la *Declaration on Automatic Exchange of Information in Tax Matters*<sup>50</sup>.

Por otro lado debe destacarse la creación en el ámbito de la Comisión Europea de la Plataforma para la Buena Gobernanza en el ámbito Tributario. Esta plataforma ha sido constituida por Decisión de la Comisión<sup>51</sup> y la forman además de los 28 Estados miembros de la UE, 15 organizaciones, entre las que se encuentran miembros de la comunidad empresarial de la UE, profesionales de la fiscalidad y organizaciones sin ánimo de lucro, de manera que favorezcan un diálogo estructurado entre todos los agentes de la sociedad, que permita un intercambio de ideas y experiencias que pueda traducirse en una aproximación más coordinada y efectiva contra la evasión fiscal. Entre las funciones de esta Plataforma está la colaboración con la Comisión Europea para verificar la aplicación de las Recomendaciones sobre Buena Gobernanza y Planificación Fiscal Agresiva y en lo que a nuestros efectos nos interesa, en valorar la transparencia, el intercambio de información y la competencia fiscal leal<sup>52</sup>.

En la primera reunión de esta Plataforma de Buena Gobernanza, se discutió sobre la conveniencia de asegurar el establecimiento y seguimiento de las llamadas listas negras de acuerdo con la Recomendación inicial de la Comisión Europea. En este sentido se ha manifestado que la explicitación de un listado de países no cumplidores a efectos e intercambio de información y transparencia es un elemento nuevo en el nivel comunitario. No obstante la referida Plataforma se compromete a trabajar en este sentido<sup>53</sup>. Recientemente se ha manifestado que los estándares de intercambio de información tributaria comunitarios deben ser útiles para promocionar esa forma de cooperación con terceros Estados, al tiempo que revisarlos supone un compromiso ineludible para poder adaptarlos a los recientes desarrollos en el contexto internacional en lo referente al intercambio de información tributaria<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> *Declaration on Automatic Exchange of Information in Tax Matters*, adopted on 6 May 2014, Meeting of the OECD Council at Ministerial Level.

<sup>51</sup> Decisión C(2013) de 23 de abril de 2013 para la creación de un grupo de expertos conocido como Plataforma para la Buena Gobernanza en el ámbito tributario, la planificación fiscal agresiva y la doble imposición.

<sup>52</sup> En palabras del Comisario Algirdas Šemeta, Commissioner for Taxation, Customs, Statistics, Audit and Anti-Fraud: «In battling tax evasion, we are battling to protect the fairness of our tax systems, the competitiveness of our economies and the solidarity of our Member States. There is too much at stake for this battle to be lost. The renewed vigour amongst Member States to take up this fight is more than welcome. It must now be channelled into action. The Platform I am launching today will keep Member States on their toes. It will ensure results mirror expectations when it comes to fighting tax evasion.»

<sup>53</sup> DOC: Platform/003/2013/EN, 30 de septiembre de 2013, Taxud/D1/JT. Draft Discussion Paper on the *Tax Havens Recommendation*.

<sup>54</sup> DOC: Platform/005/2014/EN, 22 de enero de 2014, Taxud/D1; Discussion paper on the follow-up of the Commission Recommendation regarding measures intended to encourage third countries to apply minimum standards of good governance in tax matters.

## Bibliografía

- AUJEAN, M. (2013): «Fighting Tax Fraud and Evasión: in Search of a Tax Strategy?», *EC Tax*, 2013/2.
- CARMONA FERNÁNDEZ, N. (2010): (coordinador): *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, Ciss, Valencia, 2010.
- DELMÁS GONZÁLEZ, F. J. (2010): «Análisis de la propuesta de modificación de la Directiva del Ahorro», *Crónica Tributaria*, nº 135.
- FERNÁNDEZ AMOR, J. A. (2010): «La relación instrumental entre el intercambio de información tributaria y las libertades comunitarias», en J. M. LABEAGA AZCONA; P. CHICO DE LA CÁMARA y M. RUIZ GARIJO (coordinadores): *Repercusiones tributarias de la ampliación de la Unión Europea*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- MARTÍNEZ GINER, L. A. (2008): *La protección jurídica del contribuyente en el intercambio de información entre Estados*, Iustel.
- (2009): «Nuevos horizontes en el intercambio de información tributaria. A propósito de la nueva propuesta de Directiva sobre cooperación administrativa en materia de fiscalidad», *Quincena Fiscal*, nº 12.
- MARTÍNEZ GINER, L. A. (2012a): «El fortalecimiento de la obtención de información tributaria en el ámbito internacional: FATCA versus RUBIK», *Quincena Fiscal*, nº 19.
- (2012b): «El intercambio de información tributaria en la Unión Europea a la luz de la Directiva 2011/16/UE sobre cooperación en el ámbito de la fiscalidad: aspectos novedosos», en M.A. COLLADO YURRITA y S. MORENO GONZÁLEZ (coordinadores): *Estudios sobre fraude fiscal e intercambio internacional de información tributaria*, Atelier, Barcelona.
- (2012c): «La multilateralización de la cooperación administrativa en materia fiscal: avances en el Convenio OCDE-Consejo de Europa sobre asistencia administrativa», *Boletín Crónica Tributaria*, nº 2.
- SÁNCHEZ PINO, A. J. (2010): «El intercambio de información tributaria en la imposición directa en la Unión Europea y su propuesta de reforma», *Quincena Fiscal*, nº 19.