

Miguel Cruz Amorós*

EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y EL FRAUDE FISCAL

El artículo trata de analizar la situación y evolución de los principales instrumentos de información disponibles para la lucha contra el fraude fiscal en el ámbito de los Convenios para evitar la doble imposición y de los acuerdos entre los países miembros de la Comunidad Europea, así como su incorporación al sistema español. En particular, es objeto de análisis el marco de información resultante de la entrada en vigor de la Directiva 2003/48/CE, sobre gravamen del ahorro y la relación entre sistema de información contra el fraude fiscal y medidas de control del blanqueo de capitales.

Palabras clave: fiscalidad internacional, política fiscal, fraude fiscal, convenios de doble imposición, Directiva CE, UE.

Clasificación JEL: H87, K34.

1. Introducción

La información es la clave de una actuación eficiente en muchos aspectos de la vida, en la política, en la gestión empresarial en general, en la toma de decisiones y, por supuesto, en la aplicación de los tributos y en la lucha contra el fraude fiscal y contra el delito en general¹.

Hace 30 años, en España no existía apenas información de trascendencia tributaria al servicio de la aplicación de los tributos. A un inspector de Barcelona, por ejemplo, le resultaba imposible saber si un contribuyente tenía una segunda residencia en Girona, aunque pagase religiosamente la Contribución Te-

rritorial Urbana, salvo, claro está, que desarrollase personalmente una actuación de corte policial, y sobre el terreno, lo que evidentemente no era posible por razones prácticas y posiblemente competenciales. El resultado era un incumplimiento generalizado de las obligaciones tributarias, que no cabe llamar fraude, por la tolerancia política del mismo, y una recaudación mediocre, apoyada principalmente en los impuestos indirectos (Aduanas, IGTE, Impuestos Especiales y las retenciones del trabajo personal), o sea notablemente injusta y regresiva. De hecho, los únicos elementos de control cruzado sobre las empresas de que disponía la Administración en aquel entonces eran los que arrojaban las relaciones anuales de proveedores y clientes establecidas en el ámbito reglamentario del Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas, que adolecían de notables insuficiencias y limitaciones técnicas.

La Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal, inició un cambio fundamen-

* Socio de Landwell-PwC.

¹ En su libro sobre Procedimiento de la Inspección Tributaria, *Escuela de Inspección Financiera y Tributaria*, 2.ª ed., 1981, decía Alfonso MANTERO, con su aguda prosa que «si las guerras se ganan, al decir del gran corso, con tres cosas: dinero, dinero y dinero, la que puede denominarse guerra inspectora contra el fraude, sólo puede ganarse con otras tres: información, información e información» (página 231).

tal en materia de información tributaria, sometiendo al deber de colaboración que se regulaba en el desaparecido artículo 111 de la Ley General Tributaria de 1963, a las entidades financieras (toda persona natural o jurídica, privada o pública, por simple deber de colaboración con la Administración, está obligada, a requerimiento de ésta, a proporcionar toda clase de datos, informes o antecedentes con trascendencia tributaria y deducidos de sus relaciones económicas con otras personas). No obstante, su aplicación práctica planteó numerosos problemas que llegan hasta nuestros días a pesar de los cambios normativos producidos con posterioridad, lo mismo que ocurrió con los sucesivos intentos de regulación de las obligaciones de información de los denominados profesionales públicos.

Como ha señalado Jacobo Burguillo² el panorama cambia totalmente con la aparición de la Ley 10/1985, de modificación parcial de la Ley General Tributaria, la Ley 14/1985, de 29 de mayo, de Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros, el Real Decreto 2027/1985, de 23 de octubre, de desarrollo de la misma, y el Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, que aprueba el Reglamento General de la Inspección de los Tributos, normas todas ellas de gran repercusión en materia de información tributaria. En particular, la Ley 10/1985, dio nueva redacción al artículo 111 de la Ley General Tributaria eliminando las limitaciones existentes en el mismo en cuanto a la obtención de información mediante requerimientos de carácter general.

A partir de aquí puede decirse que se inicia en España el desarrollo de un sistema de información tributaria capaz de asegurar eficientemente el cumplimiento de las obligaciones tributarias establecidas. Para ello, el desarrollo del tratamiento automatizado de datos que posibilitó el «nuevo procedimiento de gestión» fue igual-

mente decisivo, ya que una información masiva, tratada manualmente, carece de utilidad práctica³ para la Administración tributaria.

No obstante, el problema de la información a nivel interno se convierte en un problema de intercambio de información, en la medida en que el fraude fiscal no se mantiene en las fronteras internas de los Estados, sino que tiende a apoyarse en las dificultades de obtención de información que resultan de la limitación territorial del poder financiero y en las facilidades de ocultación que proporcionan determinados países y territorios, principalmente por el mantenimiento del secreto bancario o simplemente por su negativa a facilitar información sobre bienes y activos financieros situados en sus territorios. Ahora bien, no cabe plantearse seriamente la participación en sistemas de intercambio de información internacionales sin disponer, previamente, de un sólido sistema de información interno, por lo que es importante aclarar que a comienzos de 1986 España había superado el umbral de eficiencia en esta cuestión y estaba en condiciones de plantearse el completar los resultados del sistema interno con los que es posible obtener información a través de los procedimientos internacionales desarrollados a tal efecto. Téngase en cuenta, además, que en 1986 España se incorpora a la Unión Europea, lo que le obliga a implantar el IVA, en cuyo cumplimiento juega un papel decisivo el intercambio de información. De aquí que la disposición final vigésima octava de la Ley de Presupuestos para 1987 estableciera que

«... el Ministerio de Economía y Hacienda procederá, en los términos que reglamentariamente se establezcan, al intercambio de información con trascendencia tributaria, en materia de los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y Sociedades, extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas y sobre el Valor Añadido, con las autoridades competentes de

² *La Información Tributaria en España*, Ministerio de Economía y Hacienda, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1987.

³ Véase MANTERO, obra citada, páginas 294 y ss.

los otros Estados miembros de la Comunidad Económica Europea conforme a las Directivas del Consejo número 77/799 CEE y 79/1070 CEE, de 19 de diciembre de 1977, y 6 de diciembre de 1979, respectivamente».

Posteriormente, una serie de acontecimientos han reforzado la importancia del intercambio de información no sólo en la lucha contra el fraude fiscal (paraísos fiscales y competencia fiscal dañina), sino como plataforma de la armonización fiscal en la Unión Europea con proyección extraterritorial (armonización fiscal del ahorro) y elemento también imprescindible en la lucha contra el blanqueo de capitales (11 septiembre).

No podía ser de otra manera en un mundo globalizado y tecnificado, donde la libre circulación de personas y capitales, combinadas con la facilidad de comunicaciones y el relajamiento de controles fronterizos, permiten la deslocalización fiscal artificial de las personas y el desplazamiento de activos financieros a localizaciones opacas con relativa facilidad⁴.

Nos ocuparemos, pues, a continuación, de los instrumentos existentes en la actualidad para posibilitar los intercambios de información con otras Administraciones tributarias, pues como ha señalado Bustamante Esquivias⁵

«... el recurso de solicitar información de otros países se está convirtiendo en una técnica abso-

lutamente normal, o al menos, muy habitual en la instrucción de expedientes de comprobación tributaria...»,

sin perjuicio de analizar igualmente el papel de la OCDE en esta cuestión, dada su trascendencia e influencia.

2. El intercambio de información en los Convenios para evitar la doble imposición

En España el intercambio de información tiene lugar habitualmente al amparo de las previsiones de los Convenios de doble imposición sobre asistencia mutua y por el procedimiento de la Directiva comunitaria 77/799/CEE y los reglamentos comunitarios en materia de IVA⁶. A ellos habrá que añadir ahora los acuerdos de intercambio de información con determinados países o territorios que garantizaban la opacidad de las inversiones o depósitos efectuados en los mismos, surgidos de los trabajos de la OCDE sobre competencia fiscal perjudicial y del proceso de armonización de la fiscalidad sobre el ahorro en la Unión Europea.

Los convenios españoles para evitar la doble imposición siguen el modelo OCDE y, salvo en el Convenio con Suiza, incorporan un artículo que regula el intercambio de información de acuerdo con las orientaciones del artículo 26 del Modelo de Convenio de la OCDE. La importancia del procedimiento deriva de que hay más de 2.000 Convenios en el mundo basados en el Modelo OCDE.

El artículo 26 del Modelo fue objeto de las últimas modificaciones en 2004 para hacerle consistente con el

⁴ Véase sobre estas tendencias CALDERÓN CARRERO, «La cláusula de intercambio de información articulada en los Convenios de Doble Imposición», capítulo 25 de la obra colectiva *Fiscalidad Internacional*, dirigida por F. Serrano Antón, 2.ª ed., CEF, 2005, páginas 989 a 994 y «Tendencias actuales en materia de intercambio de información entre administraciones tributarias», *Crónica Tributaria*, número 99/2001. También GÓMEZ-POMAR RODRÍGUEZ, «Presente y futuro del intercambio de información y la asistencia mutua en las relaciones fiscales internacionales», *Crónica Tributaria*, número 71/1994.

⁵ Instrumentos de asistencia mutua en materia de intercambios de información (Impuestos Directos e IVA), Ponencia en la XLVIII Semana de Estudios de Derecho Financiero, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 2004.

⁶ De acuerdo con los datos suministrados por la Administración Tributaria, en dicho año se tramitaron 1.483 expedientes de intercambio de información con las autoridades fiscales de otros Estados, al amparo de Convenios o Directivas comunitarias, y 5.243 consultas de intercambio de información en el marco de las tareas de enlace en la gestión del sistema de cooperación intracomunitaria para el control del IVA. Memoria 2003 de la Administración Tributaria, Ministerio de Economía y Hacienda, Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos, página web de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Modelo de Acuerdo sobre intercambio de información aprobado por la OCDE en 2002⁷, así como para incorporar los últimos desarrollos de las prácticas internacionales en materia de intercambio de información.

De acuerdo con el texto del artículo 26 y los comentarios de la OCDE sobre el mismo, el procedimiento de intercambio de información podría alcanzar a sujetos pasivos no residentes fiscalmente en los Estados contratantes y utilizarse en relación con impuestos no cubiertos por el Convenio para evitar la doble imposición. No obstante, el procedimiento es compatible con otros Acuerdos o Convenios entre los Estados contratantes relativos a materias fiscales específicas: Aduanas, IVA, o similares, lo que tiene importancia práctica en el ámbito de la Unión Europea como veremos más adelante.

Como modalidades de intercambio de información según el artículo 26 del Convenio, caben las siguientes, de acuerdo con los comentarios:

a) Mediante requerimiento, habiendo agotado previamente las fuentes ordinarias de información disponibles internamente, restricción ésta verdaderamente importante, que conviene analizar cuidadosamente para validar la regularidad del procedimiento.

- b) Automático.
- c) Espontáneo.

Las tres modalidades pueden combinarse entre sí o con otras técnicas para obtener información, como comprobaciones paralelas y simultáneas en los dos Estados, comprobaciones en el otro Estado contratante o intercambios de información sectoriales sin referencia a contribuyentes individualizados. En definitiva, la forma en la cual el intercambio de información será finalmente efectuado, se decidirá por las Autoridades Competentes de los Estados contratantes.

Cada Administración debe garantizar el secreto de la información recibida en los mismos términos que la in-

formación obtenida de acuerdo con la normativa interna. La información sólo puede ser comunicada a las personas y autoridades relacionadas con la liquidación o recaudación, ejecución o procesamiento o resolución de recursos, en relación con los impuestos objeto del intercambio de información. Esto significa que la información puede ser comunicada al contribuyente, su representante o sus herederos. La información puede ser también comunicada a los órganos supervisores, o sea los que controlan la Administración tributaria y las autoridades ejecutivas.

El apartado 3 del artículo 26 contiene ciertas limitaciones al principio general de intercambio de información:

— En primer lugar, si la obtención de información supusiera adoptar medidas contrarias a las leyes o prácticas administrativas nacionales.

— En segundo lugar, si la información solicitada no puede obtenerse de acuerdo con las leyes del Estado requerido.

— En tercer lugar, si proporcionando la información se revelasen secretos comerciales, financieros, industriales o profesionales o procesos industriales, o si el suministro de la información fuese contrario al orden público.

En general, se presume que el Estado solicitante podría obtener la información que pide de acuerdo con sus normas internas, ya que un Estado podría negarse a suministrar información cuando el Estado que la pide tuviera prohibido legalmente su obtención o suministro.

Los cambios en el texto del artículo 26 aprobados por el Comité de Asuntos Fiscales el 1 de junio de 2004, supusieron, en primer lugar, la incorporación de un apartado 4 aclarando el alcance de la obligación de suministrar información en el sentido de que el Estado requerido debe atender el requerimiento, incluso en aquellos casos en que no necesite la información para sus propios fines de aplicación de los tributos, sin perjuicio de las limitaciones que acabamos de examinar.

En segundo lugar, se incorpora un apartado 5 para aclarar que un Estado contratante no podría denegar el intercambio de información por el hecho de que ésta estuviera en poder de bancos u otras instituciones finan-

⁷ Véase GYONGYI VEGH, *Towards a better exchange of information, European taxation*, septiembre 2002.

cieras, agentes o fiduciarios o bajo una titularidad patrimonial (*partnerships*, fundaciones o estructuras similares). Austria, Bélgica y Luxemburgo se reservaron el derecho a no incluir este apartado en sus Convenios.

Hay que tener en cuenta que estas novedades no pueden ser interpretadas como expresión de que la previa versión del artículo 26 posibilitaba denegar el intercambio de información si concurrían las mencionadas circunstancias, ya que las prácticas de muchos Estados miembros evidenciaban precisamente lo contrario. De todas maneras, ya han quedado anotadas las reservas que siguen manteniendo determinados Estados.

Desde el punto de vista práctico y procedimental los Convenios suscritos por España designan como autoridad competente al Ministerio de Economía y Hacienda, si bien las normas de delegación interna⁸ atribuyen estas competencias al Director General de la AEAT, donde se desarrollan por el Equipo Central de Información de la Oficina Nacional de Investigación del Fraude, tanto para la Administración Central del Estado como para las Administraciones tributarias autonómicas, que deben recurrir en esta materia a la autoridad competente.

Como reconoce Bustamante Esquivias⁹ las peticiones mediante previa solicitud, son hoy por hoy el instrumento que tiene una mayor incidencia en el normal funcionamiento de las relaciones de Asistencia Mutua. El problema, sin embargo, son los plazos de cumplimiento de los requerimientos, poco previsibles en general. De aquí que el Reglamento de la Inspección de los Tributos haya configurado, como circunstancia de interrupción justificada del plazo de duración de las actuaciones inspectoras, la petición de datos o informes a otros Estados, sin que la interrupción por este concepto pueda exceder de doce meses. Nuestra experiencia profesional pone de manifiesto, sin embargo, que muchas veces esos datos no llegan o lo

hacen en condiciones operativas muy pobres o, incluso, que llegan una vez cerradas las actuaciones inspectoras, lo cual genera interesantes cuestiones procesales. Los expertos¹⁰ entienden que el principal problema de la Administración es esa «inevitable tardanza», por la inexistencia en el ámbito de los Convenios de un plazo máximo para obtener las peticiones o, al menos, informar a la Administración requirente sobre las circunstancias que afectan a la obtención y envío de la información solicitada.

3. El intercambio de información en la Unión Europea

El interés común de los países de la Comunidad Económica Europea en detectar y prevenir la evasión y el fraude fiscal, les llevó prontamente a una regulación de las bases de intercambio de información con esa finalidad, incorporadas a la Directiva 77/799/CEE, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos, primero, para luego extenderse a la imposición indirecta, como consecuencia de sucesivas modificaciones. En la actualidad, después de las modificaciones efectuadas por la Directiva 2003/93/CE, que excluye de su ámbito de aplicación al IVA y la Directiva 2004/106/CE que excluye los impuestos especiales¹¹, la Directiva 77/799 regula la asistencia mutua en el ámbito de los impuestos directos y de los impuestos sobre las primas de seguros, aparte de las medidas, exacciones, cánones, derechos, impuestos y demás créditos recogidos en el artículo 2.º del Real Decreto 704/2002, de 19 de julio¹².

¹⁰ BUSTAMANTE ESQUIVIAS, XLVIII Semana de Estudios de Derecho Financiero, Ponencia citada.

¹¹ Hay que advertir que la nueva regulación en materia de impuestos especiales entrará en vigor el 1 de julio de 2005, de forma que las referencias a la Directiva 77/799/CEE en lo relativo a los impuestos especiales, se entenderán realizadas al Reglamento (CE) número 2073/2004, de 16 de noviembre, sobre cooperación administrativa en el ámbito de los impuestos especiales.

¹² Incorpora las modificaciones de determinadas directivas comunitarias sobre asistencia mutua en materia de recaudación.

⁸ Disposición adicional del Real Decreto 1326/1987 y Orden de 9 de febrero de 1988.

⁹ La colaboración entre Administraciones Tributarias: «El intercambio de información», *Manual de Fiscalidad Internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 2004.

Intercambio de información

No hace falta aclarar que el *régimen de intercambio de información* en la Unión Europea tiene sus antecedentes en la práctica asociada a la aplicación del artículo 26 del Modelo de Convenio para evitar la Doble Imposición, que acabamos de examinar, lo cual no quiere decir que sean regímenes absolutamente idénticos, ya que existen diferencias importantes que:

«... estriban fundamentalmente en una mayor amplitud en cuanto a posibilidades y unas menores limitaciones a las posibilidades de intercambio y al uso posterior de los datos por parte de la Directiva»¹³,

lo que justificaría la preferencia de la Administración por el uso de esta modalidad de intercambio de información¹⁴.

La Directiva comunitaria ha sido incorporada al ordenamiento interno mediante el Real Decreto 1326/1987, de 11 de septiembre, completado por la Orden Ministerial de 9 de febrero de 1988. El Real Decreto 1326/1987, ha sufrido diferentes modificaciones, las últimas mediante el Real Decreto 1408/2004, de 11 de junio, para incorporar novedades resultantes de la Directiva 2003/93, de 7 de octubre y el Real Decreto 161/2005, de 11 de febrero, para las resultantes de la Directiva 2004/56, de 21 de abril.

De acuerdo con todo ello, el Real Decreto 1326/1987 realiza la adaptación de las normas comunitarias y las normas sobre tramitación de la información, sin perjui-

cio, según su artículo 1.º, de otras obligaciones más amplias en materia de intercambio de información con trascendencia tributaria, previstas en convenios para evitar la doble imposición internacional o en otros convenios internacionales suscritos por España.

Otras cuestiones reguladas en el Real Decreto 1326/1987, afectan a las siguientes cuestiones:

1) *Modalidades del intercambio de información*

El intercambio de información podrá realizarse previa solicitud, o bien de una manera regular sin solicitud previa, de forma automática, o, finalmente, de manera espontánea si se entiende que las informaciones en cuestión son trascendentes para el otro Estado miembro.

2) *Limitaciones del intercambio de información*

En principio, el Ministerio de Economía y Hacienda facilitará a los demás Estados miembros cualesquiera datos, informes o antecedentes que posea o pueda obtener, en particular de acuerdo con la Ley General Tributaria. Se podrá negar la información cuando facilitarla condujese a divulgar un secreto comercial, industrial o profesional, o un procedimiento comercial, o fuese contrario al orden público. También cuando el Estado solicitante no pudiera facilitar información de naturaleza análoga conforme a su ordenamiento interno o por razones de hecho.

En cuanto a las informaciones obtenidas, sólo serán accesibles a las autoridades y funcionarios encargados directamente de la gestión o inspección del impuesto y sólo podrán ser reveladas con motivo de un procedimiento judicial o administrativo iniciado en relación con su liquidación, la imposición de una sanción o la revisión administrativa o judicial de una u otra.

El Real Decreto señala que estos datos podrán ser revelados para la denuncia o persecución de delitos de contrabando de blanqueo de capitales, o contra la Hacienda Pública y en el curso de juicios orales o vistas

¹³ BUSTAMANTE ESQUIVIAS, *Manual de Fiscalidad Internacional*, artículo citado.

¹⁴ «Estos Convenios o Tratados bilaterales son manifiestamente insuficientes y esta insuficiencia se acrecienta en zonas económicas especialmente integradas. Por esta razón, la Comunidad Económica Europea ha establecido un marco común de asistencia mutua... y sus órganos han mostrado una especial preocupación por intensificar y favorecer la colaboración entre las Administraciones fiscales de los Estados miembros...» (Exposición de Motivos del Real Decreto 1326/1987, de 11 de septiembre).

públicas o en las sentencias, si la autoridad competente del Estado miembro que la suministra no se ha opuesto a ello. Asimismo, se prevé solicitar de la autoridad competente del Estado miembro que haya facilitado la información, su autorización para utilizarla en la denuncia o persecución de otros delitos públicos, cuando la legislación nacional de ese Estado lo permitiera en las mismas circunstancias.

Las novedades incorporadas por la Directiva 2004/56, de 21 de abril, respecto a la Directiva 77/799, aclaran determinados aspectos del proceso de intercambio de información, que identificamos a continuación:

a) En el proceso de obtención de información, ha de entenderse que la autoridad requerida actúa por cuenta propia, sometida a un único conjunto de disposiciones (nuevo apartado 3 del artículo 2 del RD 1326/1987).

b) El Estado que recibe la información no necesita solicitar autorización para hacerla pública en audiencias públicas o sentencias (artículo 8.2).

c) Los Estados no están obligados a atender una solicitud de asistencia, si su legislación o su práctica administrativa no permite a la autoridad competente realizar tales investigaciones o reunir la información solicitada (artículo 9.2).

d) La autoridad competente podrá negarse a facilitar información si el Estado que la solicita no puede, por razones de hecho o de derecho, proporcionar información de naturaleza análoga (nuestro artículo 9.3).

e) Obligación de asistencia de las autoridades tributarias en las notificaciones a los contribuyentes trasladados del Estado requirente (artículo 10).

f) Posibilidad de controles simultáneos en dos o más Estados miembros, por acuerdo mutuo y con carácter simultáneo, siempre que se juzgue que resultarán más eficaces que los realizados por un único Estado miembro (artículo 11).

IVA

En cuanto al IVA, como ya hemos avanzado, la Directiva 2003/93, excluyó del ámbito de la Directiva 77/799 a

este Impuesto, regulándose la cooperación administrativa en este ámbito, en el Reglamento 1798/2003, del Consejo, de 7 de octubre, que ha derogado el Reglamento 218/92. Hay que tener en cuenta que la cooperación administrativa en materia de IVA no se reduce al mero intercambio de información, sino que comporta programas de cooperación administrativa más ambiciosa, tendentes a la difusión de las mejores experiencias y prácticas administrativas: los programas FISCALIS¹⁵.

En lo que afecta al intercambio de información *strictu sensu*, el Reglamento 1798/2003, contiene las siguientes previsiones principales:

- Define normas y procedimientos que permiten:

a) Cooperar e intercambiar a las autoridades competentes de los Estados miembros toda la información que pueda ser útil para calcular correctamente el IVA.

b) El intercambio de información por vía electrónica, en particular por lo que se refiere al IVA correspondiente a las transacciones intracomunitarias.

c) El intercambio electrónico de información relativa al IVA aplicable a los servicios prestados por vía electrónica.

- A partir de aquí, el Reglamento contiene normas detalladas sobre solicitud de información y de investigaciones administrativas y, en particular, sobre presencia de funcionarios debidamente autorizados por la autoridad requirente en las oficinas administrativas de las autoridades requeridas o en las investigaciones administrativas.

- Como la regulación general ya estudiada, el Reglamento prevé controles simultáneos, solicitudes de notificaciones administrativas e intercambio de información sin solicitud previa.

- Son normas específicas del IVA las correspondientes al almacenamiento e intercambio de información específica relativa a las transacciones intracomunitarias y

¹⁵ Ver GARCÍA SOBRINO, *La cooperación administrativa en la Unión Europea: el programa Fiscalis 2007*, Documento número 23/04, Instituto de Estudios Fiscales, y también Informe de la Comisión sobre la ejecución del programa Fiscalis (1998-2002). Bruselas, 12.11.2003 COM (2003) 678 final.

las relacionadas con el régimen especial contemplado en el artículo 26 quáter de la Directiva 77/388/CE, para los suministradores no establecidos.

- Las condiciones aplicables al intercambio de información en el IVA reproducen en gran parte las examinadas en el régimen general. No obstante, subrayamos lo siguiente:

- Los organismos competentes del Estado miembro de la autoridad requirente podrán utilizar como elementos de prueba los documentos, informes y declaraciones transmitidos por la autoridad requerida.

- La obligación de proporcionar asistencia no incluye la comunicación de información o de documentos obtenidos por las autoridades administrativas cuando éstas actúan con la autorización o a petición de la autoridad judicial.

Impuestos especiales

En términos muy similares a los del IVA, el Reglamento 2073/2004, del Consejo, de 16 de noviembre de 2004, regula la cooperación administrativa comunitaria en el ámbito de los impuestos especiales, con las lógicas diferencias derivadas de las características de cada tipo de impuesto.

Se prevé la instauración de un sistema electrónico de alerta rápida que permita advertir al Estado miembro de destino, cuando se tenga la información del documento de acompañamiento y a más tardar en el momento de la partida de los productos objeto de transacciones intracomunitarias.

Gravamen del ahorro

La aprobación, el 21 de enero de 2003, en el ECOFIN, del denominado *tax package*, que incluía la Directiva 2003/48/CE sobre gravamen del ahorro, abrió una nueva etapa en la Unión Europea en materia de intercambio de información, ya que la aplicación de la Directiva se apoya principalmente en el intercambio de información automático entre los Estados miembros, so-

bre las cuentas de los particulares, y en períodos transitorios para determinados Estados, con tradición de secreto bancario, en que el intercambio de información se sustituye por retenciones crecientes sobre los rendimientos, a compartir con el país de residencia de los contribuyentes.

No obstante, la entrada en vigor definitiva de la Directiva se condicionaba a la consecución de acuerdos con terceros países sobre la aplicación de medidas equivalentes (Suiza, Liechtenstein, Mónaco, Andorra y San Marino), así como con ciertos territorios dependientes o asociados (Islas del Canal, Isla de Man, territorios dependientes o asociados del Caribe, etcétera), así como al compromiso de Estados Unidos de intercambiar información para los propósitos de la Directiva en los términos del Convenio OCDE de 2002.

En parte, las sucesivas modificaciones que hemos examinado de la Directiva 77/799/EEC durante 2003 y 2004, representan contribuciones a la configuración del sistema de información exigido por la Directiva sobre el ahorro.

Por otra parte, la Comunidad Europea ha debido iniciar negociaciones con los países y territorios indicados en orden a conseguir compromisos para la aplicación de medidas equivalentes a las acordadas por los Estados miembros. El problema principal ha sido Suiza que ha ligado la negociación y el acuerdo sobre intercambio de información a la aprobación de acuerdos en áreas no fiscales, como la agricultura, el derecho de asilo o la emigración.

De aquí que la fecha definitiva de aplicación de la Directiva se haya ido difiriendo hasta el 1 de julio de 2005.

A partir de las negociaciones celebradas por la Comunidad Europea, se han conseguido Acuerdos con la Confederación Suiza, el Principado de Andorra, la República de San Marino, el Principado de Mónaco y el Principado de Liechtenstein, para el establecimiento de medidas equivalentes a las previstas en la Directiva 2003/48/CE del Consejo en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, a partir del 1 de julio de 2005.

En cuanto a los territorios dependientes y asociados de los Estados miembros, España ha procedido a la firma de diez Acuerdos: cinco con el Reino Unido, actuando en nombre de sus dependencias del Caribe (Anguila, Islas Vírgenes Británicas, Islas Caimán, Montserrat e Islas Turcas y Caicos), tres con las Islas del Canal (Man, Jersey y Guernsey) que tienen personalidad jurídica suficiente para firmar Acuerdos de esta naturaleza y dos con el Reino de los Países Bajos, actuando en nombre de sus dos dependencias del Caribe (Aruba y Antillas Holandesas). El Consejo de Ministros de 3 de junio de 2005 determinó la fecha de 1 de julio siguiente como fecha de aplicación de todos los Acuerdos anteriores, aclarando las dudas existentes al respecto.

La incorporación al ordenamiento interno de las disposiciones de la Directiva en materia de obligaciones de suministro de información a la Administración Tributaria, se ha producido a través del Real Decreto 1778/2004, de 30 de julio, que también establece obligaciones de información respecto de la emisión de participaciones preferentes y otros instrumentos de deuda¹⁶.

El apartado tres del artículo único del Real Decreto añade un Capítulo VI al Real Decreto 2281/1998, de 23 de octubre, por el que se desarrollan las disposiciones aplicables a determinadas obligaciones de suministro de información a la Administración Tributaria, para incorporar al ordenamiento interno la Directiva. En el artículo 13, en particular, se concreta el ámbito de aplicación de las obligaciones a las personas jurídicas y demás entidades, incluidas las entidades en régimen de atribución de rentas, y a las personas físicas que, en el ejercicio de su actividad económica, abonen o medien en el pago de las rentas a que se refiere el artículo 14 a personas físicas residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea.

¹⁶ Ver DELMAS GONZÁLEZ, F. J., *Comentarios al Reglamento de obligaciones de información respecto de participaciones preferentes y otros instrumentos de deuda y de determinadas rentas obtenidas por personas físicas residentes en la Unión Europea*, DOC número 2/05, Instituto de Estudios Fiscales.

El artículo 17 regula el procedimiento de identificación y determinación del lugar de residencia de los perceptores distinguiendo entre contratos formalizados antes y después de 1 de enero de 2004. Los primeros seguirán los criterios de la normativa en vigor en su fecha de formalización. Los segundos requieren la presentación del pasaporte o documento nacional de identidad del perceptor para determinar la dirección consignada y si se alega residencia en un tercer país habrá que aportar un certificado de residencia fiscal, expedido por la autoridad competente de ese tercer país.

Se ha estimado¹⁷ que el efecto más evidente del intercambio de información en materia de ahorro, es una significativa reducción de la evasión fiscal, lo que puede proporcionar a los Estados miembros mayor margen de maniobra en el ámbito de la imposición personal sobre la renta, haciendo menos difícil una eventual armonización de los Impuestos sobre Sociedades.

La conclusión, después de este rápido recorrido por los distintos instrumentos comunitarios de intercambio de información, lleva a cierta confusión por la diversidad de reglas con contenidos similares, que puede provocar inseguridad jurídica en su aplicación a situaciones particulares y, posiblemente, afectar a la eficacia global del sistema de intercambio, lo que exigirá retoques futuros.

4. El papel de la OCDE

En nuestra economía globalizada, necesitada de intercambios de información para garantizar la aplicación efectiva de los sistemas tributarios, la OCDE ha jugado un papel sustancial tomando iniciativas para facilitar el intercambio de información, posibilitando contactos entre Estados miembros y terceros países y territorios y ofreciendo instrumentos para conseguir intercambios efectivos de información. En tiempos recientes, ade-

¹⁷ *Economic effects of tax cooperation in an enlarged European Union*, Copenhagen Economics, DG Taxation and Customs Union, octubre 2004.

más, ha trabajado estrechamente con la Unión Europea en la mejora de los sistemas de cooperación existentes y en el establecimiento de relaciones entre las autoridades fiscales y las administraciones responsables de evitar el lavado de dinero ilegal.

Los trabajos desarrollados por la OCDE se han traducido en una amplísima documentación, de la que citamos aquí los siguientes elementos:

— Artículo 26 del Modelo de Convenio, ya comentado ampliamente más arriba.

— El modelo bilateral y multilateral de intercambio de información, y

— El Convenio Consejo de Europa/OCDE, sobre asistencia administrativa mutua en materias fiscales.

A continuación, nos referiremos brevemente a estos dos últimos:

Modelo de Acuerdo sobre intercambio de información en materias fiscales

El Modelo de Acuerdo sobre intercambio de información en materias fiscales, constituye el patrón sobre intercambio efectivo de información a los efectos de las iniciativas de la OCDE sobre competencia fiscal perjudicial, ya que surgió de los trabajos desarrollados para atajar las prácticas fiscales perjudiciales. En concreto, el acuerdo fue desarrollado por el *OECD Global Forum Working Group on Effective Exchange of Information*, siendo interesante reseñar que en el Grupo de Trabajo no sólo estuvieron los países miembros, sino también Aruba, Bermudas, Bahrain, Islas Caimán, Chipre, Isla de Man, Malta, Mauricio, Antillas Holandesas, Seychelles y San Marino, muchos de ellos notorios paraísos fiscales. El Modelo, hecho público en abril de 2002, ha permitido que algunas de las jurisdicciones comprometidas hayan negociado, o lo estén haciendo, Acuerdos de Intercambio de Información en materia tributaria¹⁸.

¹⁸ *Mejora del acceso a la información bancaria con fines tributarios*, Informe de progreso 2003, OCDE.

Convenio Consejo de Europa-OCDE sobre Asistencia Administrativa Mutua en materias fiscales

El Convenio Consejo de Europa-OCDE sobre Asistencia Administrativa Mutua en materias fiscales, fue desarrollado conjuntamente por ambas instituciones y abierto a la firma de los Estados miembros el 25 de enero de 1988. Hasta ahora han firmado Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Holanda, Noruega, Polonia, Suecia y Estados Unidos. El Convenio entró en vigor el 1 de abril de 1995 respecto de Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia y Estados Unidos.

Destaca el Convenio por su aplicación a un amplísimo repertorio de impuestos y contribuciones, estatales, regionales y locales, incluidas las contribuciones a la Seguridad Social, aparte de los impuestos directos e indirectos ordinarios. Asimismo, porque contempla la práctica totalidad de modalidades de intercambio de información conocidas: a solicitud (artículo 5), automática (artículo 6), espontánea (artículo 7), inspecciones simultáneas (artículo 8), inspecciones en otros Estados (artículo 9), así como la asistencia en materia de recaudación (Sección II).

Son de destacar, además, los trabajos de la OCDE en materia de mejora del acceso a la información bancaria con fines tributarios, que se han traducido en avances efectivos de aplicación¹⁹, de forma que ya no se pueden abrir cuentas anónimas en ningún Estado de la OCDE, todos aplican el requisito de identificación de clientes y ya no existe ningún Estado en la OCDE que exija un interés tributario nacional para obtener información destinada a un Estado cosignatario de un Convenio.

Finalmente, hay que referirse a los esfuerzos de la OCDE para mejorar el intercambio de información mediante el uso de nuevas tecnologías en la transmisión de información.

¹⁹ *Mejora del acceso a la información bancaria con fines tributarios*, 2000, OCDE; ver también nota anterior.

5. El intercambio de información y los regímenes fiscales por razón del territorio en España

«La existencia de Comunidades Autónomas con una regulación tributaria distinta, crea un clima de incertidumbre en cuanto a las competencias para obtener la información necesaria para la Administración Tributaria del Estado²⁰».

Desde 1987, año en que se escribieron estas líneas, las cosas no han cambiado sustancialmente, a pesar de las reformas legales que se han ido sucediendo, por lo que la afirmación transcrita sigue siendo válida. El problema, sin embargo, afecta principalmente a las relaciones informativas con Navarra y País Vasco

«... donde los sistemas tradicionales de Convenio y Concierto, respectivamente, dificultan la aprehensión del alcance de las facultades de la Administración Tributaria del Estado en materia de obtención de información²¹».

Las demás Comunidades Autónomas nunca supusieron un problema efectivo en este ámbito, ni siquiera cuando vieron incrementadas sus competencias normativas y gestoras en materia de tributos cedidos, con posterioridad a la Ley 30/1983, de 28 de diciembre, reguladora de la Cesión de Tributos del Estado a las Comunidades Autónomas. Su integración, además, con las ciudades con Estatuto de Autonomía, en los órganos de participación, colaboración y coordinación de la gestión tributaria²² con que cuenta la Agencia Estatal de Administración Tributaria, garantiza la colaboración y coordinación entre ésta y las Administraciones tributarias de

las Comunidades Autónomas y Ciudades²³. A la Comisión Mixta le corresponden entre otras funciones fijar los intercambios de información e implantar sistemas de intercambio telemático, y a los Consejos Territoriales la adopción de acuerdos en materia de intercambio de información. De este modo, alcanza plena efectividad lo previsto en el artículo 53 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, en el sentido de que estas Administraciones y la del Estado se facilitarán toda la información que mutuamente se soliciten, estableciéndose los procedimientos de intercomunicación técnica precisos.

Así, en 2003²⁴ puede comprobarse la existencia de ese intercambio regular de información entre Comunidades Autónomas y Agencia Tributaria, con algunas lagunas, principalmente en el ámbito del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. La Agencia Tributaria remite a las Comunidades Autónomas información del Impuesto sobre el Patrimonio y del IAE anualmente e información censal mensualmente y recibe información del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Volviendo sobre Navarra y País Vasco, el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra, aprobado por la Ley 28/1990, de 26 de diciembre y modificado por la Ley 25/2003, de 15 de julio, contiene escasas disposiciones relacionadas con el intercambio de información con la Administración del Estado. Sólo el artículo 5.1.º del Convenio establece que el Estado y la Comuni-

²⁰ J. BURGUILLO, obra citada, páginas 197 y ss.

²¹ J. BURGUILLO, obra citada.

²² Consejo Superior de Dirección de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, Comisión Mixta de Coordinación de la Gestión Tributaria y los Consejos Territoriales de Dirección para la Gestión Tributaria.

²³ Ver Documento de 22 de octubre de 2004 sobre relaciones de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos y la Agencia Estatal de Administración Tributaria con las Administraciones Tributarias de las Comunidades Autónomas y las ciudades con Estatuto de Autonomía, aprobado en el Pleno de la Comisión Mixta de Coordinación de la Gestión Tributaria, página *web* de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, Comunidades Autónomas.

²⁴ *Memoria 2003 de la Administración Tributaria*, citada.

dad Foral colaborarán en la aplicación de sus respectivos regímenes tributarios y, a tal fin, se facilitarán mutuamente las informaciones y ayudas necesarias, aunque nada garantiza la efectividad práctica de este mandato ni, desde luego, la capacidad de la Administración del Estado para obtener directamente información de contribuyentes sometidos íntegramente a la potestad tributaria de Navarra. Igual ocurre con el artículo 45.2 del Convenio que establece que cuando la inspección tributaria del Estado o de la Comunidad Foral conociesen, con ocasión de sus actuaciones comprobadoras e investigadoras, hechos con trascendencia tributaria para la otra Administración, lo comunicarán a ésta en la forma que se determine.

Un poco más explícito es el Concierto Económico con el País Vasco, aprobado por la Ley 12/2002, de 23 de mayo. De acuerdo con él, las instituciones competentes de los Territorios Históricos podrán mantener, establecer y regular, dentro de su territorio, su régimen tributario y según el artículo 4.3, el Estado y los Territorios Históricos, en el ejercicio de las funciones que les competen en orden a la gestión, inspección y recaudación de sus tributos, se facilitarán mutuamente, en tiempo y forma adecuados, cuantos datos y antecedentes estimen precisos para su mejor exacción. En particular, deberían facilitarse a través de sus centros de proceso de datos, toda la información que precisen, estableciendo, a tal efecto, la intercomunicación técnica necesaria. Previsiones, por tanto, suficientes para posibilitar intercambios fluidos de información a solicitud de la Administración interesada, de forma automática o espontáneamente. Otra cosa es como opere el sistema en la práctica, dado el bloqueo, en muchos aspectos, de relaciones tributarias entre ambas Administraciones. En cualquier caso, el Convenio no parece dejar espacio tampoco a la obtención directa de información de contribuyentes exclusivamente forales, por parte de la Administración del Estado.

No obstante, esta capacidad de obtener información de trascendencia tributaria directamente, encuentra apoyo directo en la Ley General Tributaria en la que los deberes de información se imponen a todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, así como a

las entidades mencionadas en el apartado 4 del artículo 35 de la Ley, tanto cuando estén relacionados con el cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias, como cuando deriven de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas (artículo 93 LGT). Esto es, los deberes de información tributaria se imponen a todos los miembros de la colectividad interesada en la aplicación del tributo o, lo que es igual, se basan en la generalidad y efectividad del deber de contribuir²⁵. Y al menos formalmente, tanto el Convenio como el Concierto declaran su adecuación a la Ley General Tributaria en cuanto a terminología y conceptos.

Si los mecanismos de colaboración y acceso a la información descritos, resultasen inoperantes en la práctica, llegaríamos a la paradoja de que, a partir de 1 de julio, existirían mayores potencialidades de obtención de información para la lucha contra el fraude fiscal, de países y territorios extranjeros que de algunas Administraciones tributarias españolas. No obstante, la citada Memoria 2003 de la Administración tributaria afirma que:

«La colaboración con las Comunidades Autónomas de régimen foral en este ámbito se plasmó en la consolidación de los intercambios de información necesaria... a efectos de la gestión e inspección de los tributos»,

lo que parece certificar que tampoco en este ámbito existen fisuras en materia de obtención de información.

6. Blanqueo de capitales y fraude fiscal

Cuando, a primeros de los años noventa, se implantó la libre circulación de capitales en la Comunidad Europea, el blanqueo de capitales era un concepto conectado sólo con los delitos relacionados con los estupefa-

²⁵ MARTÍN QUERALT, LOZANO SERRANO, TEJERIZO LÓPEZ, CASADO OLLERO, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 15.ª ed., Tecnos, Madrid, 2004.

cientes. Posteriormente, las concepciones imperantes han variado notablemente y se toman en consideración una gama mucho más extensa de delitos subyacentes, como reconoce la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE, del Consejo, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, que amplía su ámbito de aplicación tanto en lo que respecta a los delitos, como al conjunto de profesiones y actividades implícables en el blanqueo de capitales.

La Directiva de 2001, adolecía, también, de ambigüedades en cuanto a los delitos incluidos en su ámbito de aplicación, por lo que ha sido nuevamente modificada, según comunicación de la Comisión Europea de 7 de junio de 2005. La Comisión propuso la nueva Directiva el 30 de junio de 2004 y fue aprobada por el Parlamento Europeo en mayo de 2005. Debe entrar en vigor a los dos años de su publicación, que se estima para finales de este año. La nueva Directiva incorpora la revisión de las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) sobre el blanqueo de capitales, contemplando de manera específica la financiación del terrorismo.

De momento, la normativa vigente en España está constituida por la Ley 19/2993, de 28 de diciembre, reformada por la Ley 19/2003, de 4 de julio, conforme a la Directiva 2001/97/CE y por el Reglamento de la Ley, aprobado por Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, modificado parcialmente por el Real Decreto 54/2005, de 21 de enero.

Lo que queremos poner de manifiesto en materia de fraude fiscal es que después de estas adaptaciones y como consecuencia del nuevo ámbito de aplicación de la norma (esta Ley regula las obligaciones, las actuaciones y los procedimientos para prevenir e impedir la utilización del sistema financiero, así como de otros sectores de actividad económica, para el blanqueo de capitales procedentes de cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito castigado con pena de prisión superior a tres años) ha quedado establecida

la conexión informativa entre el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias y la Administración tributaria, en cuanto a datos de trascendencia tributaria. Para ello se modificaron los artículos 112 y 113 de la Ley General Tributaria de 1963, normas que han pasado a la nueva Ley General Tributaria de la siguiente forma:

— El artículo 93.4 de la LGT incluye expresamente al Servicio Ejecutivo, a la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo y a la Secretaría de ambas Comisiones, entre los órganos obligados a facilitar a la Administración datos con trascendencia tributaria que obtengan en el ejercicio de sus funciones, de oficio, con carácter general, o mediante requerimiento individualizado.

— El deber de reserva impuesto a la Administración tributaria por el artículo 95 de la LGT, sobre los datos de que dispone, se exceptúa, entre otros casos, por razones de colaboración con el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, con la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo y con las Secretarías de ambas instituciones.

7. Conclusiones

Los avances en materia de intercambio internacional de información para combatir el fraude fiscal, han sido espectaculares en los últimos 15 años. De un sistema prácticamente inoperante, se ha pasado a un modelo muy activo y de gran potencialidad, que involucra no sólo a los Estados, sino también a Instituciones técnicas y políticas internacionales, principalmente la Comunidad Europea y la OCDE. El compromiso de ciertos Estados, como Estados Unidos, con el nuevo modelo ha sido determinante, aunque hayan influido en su actitud acontecimientos ajenos al fraude fiscal en sentido estricto, como los atentados terroristas padecidos.

El 1 de julio de 2005 entran en vigor los instrumentos de información necesarios para la aplicación efectiva de la Directiva sobre fiscalidad del ahorro, con lo que termi-

MIGUEL CRUZ AMORÓS

nará una época en materia de secreto y reserva de datos personales con trascendencia tributaria.

En este escenario, España se encuentra en una situación óptima, ya que dispone de uno de los sistemas internos de información tributaria más permisivos para la

Administración y contará con la colaboración ampliada de numerosos países y territorios, además de los países miembros de la Unión Europea. El argumento de la información pierde, así, importancia para explicar la pervivencia del fraude fiscal.