

17 JAN 2023

# **Estudios sobre resolución bancaria. 1<sup>a</sup> ed., enero 2020**

**ARANZADI**

---

**Este PDF contiene**

**2. La resolución bancaria desde la perspectiva del intercambio automático de información en el marco europeo de la lucha contra el fraude y la evasión fiscal (DANIEL CORONAS VALLE), p.RB-28.1**

## Estudios sobre resolución bancaria. 1ª ed., enero 2020

### VII. Aspectos fiscales y presupuestarios

2. La resolución bancaria desde la perspectiva del intercambio automático de información en el marco europeo de la lucha contra el fraude y la evasión fiscal (DANIEL CORONAS VALLE)

---

## 2 La resolución bancaria desde la perspectiva del intercambio automático de información en el marco europeo de la lucha contra el fraude y la evasión fiscal

DANIEL CORONAS VALLE

---

### Sumario:

- I. Introducción y contexto
- II. Ámbito internacional y europeo: La interacción entre intercambio, información prudencial y el blanqueo de capitales. El nuevo rol de la Autoridad Bancaria Europea (EBA)
  1. COM (2018) 109 final y COM (2018) 645 final
  2. La Directiva UE 2018/822 (LCEur 2018, 806)
  3. El nuevo Manual OCDE para la implantación de CRS
  4. El Convenio Multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los Tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios
- III. Ámbito nacional: El Anteproyecto de Ley contra el fraude fiscal para combatir las nuevas formas de evasión
  1. Paraísos Fiscales
  2. Entorno digital y criptodivisas
  3. Normas anti elusión: empresas multinacionales
- IV. Conclusiones

## I. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTO

Si hay un aspecto no discutido en la compleja resolución del Banco Popular es precisamente la información financiera sobre los datos que configuran la situación real de esa institución financiera a una fecha determinada<sup>1)</sup>.

Parece plausible pensar que de la certeza y veracidad de estos datos (en su mayoría información financiera y contable, es decir “prudencial” tal y como la denominan los

supervisores y reguladores internacionales) depende, en gran medida, el curso que tomaron los acontecimientos y la solución final de lo que se ha llamado “el problema del Popular”.

Resulta cuanto menos paradójico que en plena era tecnológica puedan discutirse los balances de las instituciones financieras como si nada se hubiese aprendido de las dolorosas lecciones derivadas de la crisis financiera de 2007 originada en Estados Unidos. El caso Banco Popular es una muestra de ello, que permite ilustrar la tesis que se expondrá en el presente trabajo.

Partiendo pues de la base que determina el valor esencial de la información prudencial, pretendemos esbozar las novedades legislativas, que en el marco europeo, prevén el intercambio automático de información tributaria como mecanismo de supervisión y salvaguarda por el Banco Central Europeo (BCE) y de manera significativa por la Autoridad Bancaria Europea (ABE).

Sostenemos que mecanismos rigurosos que conecten de forma automática entre supervisores y autoridades tributarias la información de clientes y sociedades (y por ende bancos) ha de ser crucial para dotar de transparencia al sistema financiero europeo e internacional. De haber existido tales mecanismos la discusión sobre el “problema del Popular” hubiese resultado fútil, en tanto hubiese sido una información conocida por el regulador en tiempo real y con menos factores de “intrusión” u opinión sobre la validez contable de la institución financiera. Por otra parte, el marco regulatorio nacional se centra en la Ley 11/2015<sup>2)</sup>, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión<sup>3)</sup>.

Empero, las asimetrías no solo son contables sino políticas, y así lo constatamos en el caso de la liquidación de instituciones financieras durante 2019, donde el foco se centra en la liquidez si bien algunas instituciones financieras en peor situación objetiva y contable que el Banco Popular cuentan con el respaldo y la defensa de su Gobierno y las instituciones públicas (Italia y Banco Carnige, por ejemplo).

A lo largo de este trabajo analizaremos aquellas normas emanadas por diversos organismos (nacionales e internacionales) y ámbitos que aportan y concretan una regulación tan exigente como la existente en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal. En nuestra opinión, los avances europeos en esta materia son mayores y más veloces que los de otras jurisdicciones, a la par que integradores. Por el contrario, en Estados Unidos la revisión operada sobre la Ley Dodd-Frank<sup>4)</sup> implica una relajación sobre los bancos pequeños o de carácter regional (con menos de 250.000 millones de dólares en activos frente a los 50.000 millones previos a la reforma legal) y una elevación del umbral para las pruebas de estrés en el caso de entidades grandes<sup>5)</sup>. Esta “desregulación” es la manera de impulsar la economía a juicio del presidente Trump. Sin embargo, la actividad supervisora de los reguladores estadounidenses se mantiene intacta<sup>6)</sup> así como su capacidad para cerrar bancos en situaciones de dificultad.

La UE, por su parte, tiene previsto establecer límites de apalancamiento equivalentes al 3% del capital de mejor calidad de cada entidad financiera (conocido como Tier 1) para de esta manera evitar situaciones previas en las que los activos excedían su base de capital.

En los últimos meses se ha producido en nuestro país un elevado número de publicaciones legislativas para adaptar nuestro ordenamiento a los estándares internacionales y, significativamente, a las exigencias comunitarias<sup>7)</sup>. Del nutrido ecosistema jurídico más reciente destaca por su trascendencia y su enfoque global el Anteproyecto de Ley contra el Fraude Fiscal para combatir las nuevas formas de evasión<sup>8)</sup>.

Así mismo resulta relevante considerar la publicación por la OCDE de la segunda edición

del Manual para implementar por parte de las instituciones financieras el estándar común de comunicación de cuentas y posiciones de los clientes bancarios, conocido internacionalmente como CRS<sup>9)</sup>.

Por último, traemos a colación la Directiva UE 2018/822, que podría acarrear un notable impacto para instituciones financieras, así como para los ciudadanos, al resultar un instrumento jurídico que viene a aglutinar todos los avances sobre transparencia financiera y comunicación de información producidos en los últimos cinco años. Todos ellos tendentes a sellar las grietas del sistema financiero internacional y reducir el impacto de fraude fiscal a través de sus manifestaciones de la evasión y la elusión fiscal<sup>10)</sup>.

## **II. ÁMBITO INTERNACIONAL Y EUROPEO: LA INTERACCIÓN ENTRE INTERCAMBIO, INFORMACIÓN PRUDENCIAL Y EL BLANQUEO DE CAPITALES. EL NUEVO ROL DE LA AUTORIDAD BANCARIA EUROPEA (EBA)**

### **1. COM (2018) 109 FINAL Y COM (2018) 645 FINAL**

La COM (2018) 109 final<sup>11)</sup>, publicada en Bruselas el 8 de marzo de 2018, aborda de manera decidida un análisis del sector financiero europeo y las implicaciones de los avances tecnológicos que le atañen o pueden afectar.

El documento pretende ser una reflexión dirigida a todas las altas instancias europeas y a los ciudadanos en general sobre el papel y los retos al que se enfrenta el sector financiero y el impacto de las nuevas tecnologías en el mismo.

La Comisión comienza definiendo el término “tecnofinanzas” como una noción a medio camino entre los servicios financieros y el mercado único digital (europeo) dadas las evidentes implicaciones y uso creciente de la tecnología por el sector financiero. De ese uso intensivo deducimos contribuciones e impulsos a la transformación digital de la economía y la sociedad. Las sinergias entre estas materias han sido puestas de relieve en la Estrategia para el Mercado Único Digital de la Comisión<sup>12)</sup> así como la Estrategia de Ciberseguridad de la Unión Europea<sup>13)</sup>, el Reglamento eIDAS<sup>14)</sup>, y las iniciativas en materia de servicios financieros como el Plan de acción de servicios financieros destinados a los consumidores<sup>15)</sup>.

Este profuso marco de actuación no supone nada nuevo si bien la tecnología en la materia se ha incrementado notablemente, lo que se traduce en una preocupación de las autoridades comunitarias por la situación de los consumidores como usuarios finales del sector financiero y bancario. Una vez más se pone de manifiesto el objetivo de una mayor transparencia en la regulación de un sector de tal importancia.

Tradicionalmente, con especial énfasis desde la década de los 80 del pasado siglo, la banca y el sector financiero han invertido en tecnología y han sido catalizadores de la innovación<sup>16)</sup>. De hecho, la forma de relación entre banca y cliente (consumidor) está en pleno eje del cambio actuando como resorte de las llamadas tecnofinanzas. No hay que olvidar, al tiempo, el importante papel que esas tecnofinanzas coadyuvan en pos de la Unidad del Mercado de Capitales como objetivo de la UE. Otro de los aspectos donde la banca y la tecnología contribuyen a generar valor es en la digitalización de los modelos y plataformas de negocio, con soluciones basadas en datos, intermediación y distribución de productos de inversión<sup>17)</sup>.

Dentro del ámbito de las tecnofinanzas, y fuera del ámbito europeo, los reguladores internacionales se han decantado por intervenir, entre otras, en la regulación de

instrumentos y servicios de pago y en formas alternativas de financiación como el *crowdfunding* y los préstamos entre particulares.

Lógicamente, el reto de las tecnofinanzas confiere la oportunidad de facilitar, dentro del correspondiente entorno, el cumplimiento normativo y la preceptiva supervisión del mismo; por lo tanto, la información podrá y será más fácil de aglutinar, controlar y revisar, y lo que es más trascendente, podrá ser auditada en tiempo real de manera constante (y no se trata de una profecía distópica “orwelliana”).

A medio plazo, la Comisión considera que existen motivos para adoptar iniciativas específicas que integren plenamente la digitalización del sector financiero.

El documento estudiado recalca que el Reglamento General de Protección de Datos 2016/679 (RGPD) así como la conocida como Cuarta Directiva 2015/849 contra el Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo, aportan garantías fundamentales en los derechos de las personas frente al tratamiento de sus datos personales. Se entiende que el riesgo cibernético de fallos de seguridad supone un ataque a la estabilidad, que en todo caso, debe ser contemplado y asumido como un riesgo inherente a la evolución de los sistemas. Estos contarán con medidas robustas de seguridad cuya valoración periódica corresponde al supervisor en la materia.

Hemos de considerar el RGPD como creador de un verdadero mercado único para la libre circulación de datos personales con alto nivel de protección de los mismos. En este sentido las tecnofinanzas cumplirán plenamente con el marco normativo europeo y nacional.

La unificación de criterios y las facilidades en el ámbito de aplicación de la legislación europea e internacional hacen que predomine el interés en ambas materias, conjugando el mismo con los avances tecnológicos precisos.

Entre otros ejemplos, imbuidos del mismo espíritu legislativo, pueden citarse la Directiva 2015/2366/UE sobre servicios de pago en el mercado interior o la Directiva 2014/65/UE relativa a los mercados de instrumentos financieros y su Reglamento 600/2014. En esa misma línea de intentos armonizadores europeos en el ámbito de los mercados financieros cabe mencionar la Directiva 2013/50/UE<sup>18)</sup>.

En el plano evolutivo no todo son ventajas, pues al mismo tiempo surgen problemas que denotan vulnerabilidades y debilidades de las infraestructuras financieras. No solo los ciberataques sino los problemas que de la citada tecnología en cadena (*blockchain*) o de los criptoactivos (criptomonedas o criptodivisas) y su evidente opacidad no solo fiscal sino legal que ofrecen, son muestras manifiestas, que veremos cómo posteriormente, nuestra legislación nacional también aborda y pretende atajar, en línea con la regulación europea<sup>19)</sup>. Nos estamos refiriendo esencialmente al fraude fiscal y al blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Se ha detectado en los últimos dos años un volumen de inversión especulativa a través de ciertas plataformas *on line*. Las autoridades comunitarias temen que se trate, en gran medida, de operaciones que generen un riesgo alto de fraude y brechas a la ciberseguridad. La situación ya fue tratada en 2017 en sendas declaraciones de la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA) que informaban a los inversores sobre los riesgos potenciales de determinadas criptomonedas, considerando además que China y Corea del Sur las han prohibido por su escaso control y altísima volatilidad.

Sin embargo, la razón con más peso para su control y revisión radica en la capacidad que estas divisas presentan a la hora de eludir la regulación y los objetivos de transparencia y gobernanza sin olvidar la protección de los inversores. Esto ha motivado, entre otras medidas, modificaciones en la Cuarta Directiva sobre Blanqueo tendentes a reducir el

anonimato de las criptomonedas y mejorar la trazabilidad de sus transacciones. Ciertamente es que en esa consideración de nueva moneda ha de procederse, simultáneamente, a revisar el marco normativo completo de la UE al respecto ya que los criptoactivos han llegado para quedarse, más allá de coyunturas o modas.

Partiendo del Reglamento UE 1025/2012 sobre normalización, la Comunicación nos recuerda los principios rectores de la estandarización normativa en Europa<sup>20)</sup>: apertura, transparencia y consenso (en este último caso pese a las dificultades en su obtención y ralentizaciones que pueda conllevar). Simultáneamente se fomenta la participación libre de las partes interesadas, lo que nos recuerda sobremanera a los mecanismos de producción legislativa de inspiración anglosajona pese a hallarnos frente a mecanismos continentales<sup>21)</sup>. Entre esas partes interesadas la industria y los operadores del mercado deben ocupar un rol relevante, participando en el desarrollo y mejora de estándares globales (p. ej. CRS o los Acuerdos Intergubernamentales en el caso de FATCA).

La Comisión es favorable a esta participación sobre mejores prácticas a escala en la UE y se declara dispuesta a fijar criterios comunes incluso en polos de innovación y entornos de prueba normativos.

La pretensión de la Comisión es la neutralidad tecnológica que permite, entre otras circunstancias, que los bancos identifiquen digitalmente a los consumidores, cumpliendo las exigencias en materia de blanqueo de capitales y protección de datos.

Otros puntos a considerar por el avance tecnológico son:

- Problemas de jurisdicción relativos a *blockchain* en cuanto a leyes aplicables;
- Indefinición sobre la validez legal de los contratos inteligentes;
- Computación en nube en los servicios financieros: problemas de jurisdicción entre empresa titular y lugar de ubicación de servidores.

Como se ha adelantado, la Comunicación sostiene la necesidad de vertebrar y fortalecer la seguridad e integridad del sector financiero. En tal sentido la actuación política de la UE promoverá una mayor resiliencia ante los ciberataques. La Comisión es consciente de la potencial amenaza sobre el sector financiero europeo y otorga prioridad a las acciones tendientes a dotar de mayor seguridad a este sector. Por ello los Estados miembros deben trasponer (y aplicar) a la mayor brevedad la regulación contenida en la Directiva 2016/1148 sobre seguridad de las redes y de los sistemas de información<sup>22)</sup>.

En este punto vuelven a confrontarse los tradicionales debates entre libertad y seguridad, en otras palabras, el acceso a la información por parte de los servicios de inteligencia ante las amenazas y la puesta en común de información para reforzar la ciberseguridad. Para ello es deseable una mayor cooperación y coordinación en todo el sector financiero de la UE y los servicios de inteligencia respecto a las ciberamenazas<sup>23)</sup>. No descarta la Comisión, en su labor en este campo, acudir a Planes de Acción de Educación Digital y pensamos que podrían incluirse como apartados específicos en los hoy muy desarrollados planes de educación financiera de numerosas instituciones financieras europeas. Esta acción serviría, al tiempo que propia la colaboración, para remarcar el carácter ético y la actuación socialmente responsable de las empresas participantes.

Otro gran eje programático de actuación en nuestro campo de estudio viene protagonizado por la publicación de la COM (2018) 645 FINAL<sup>24)</sup>.

En este documento la Comisión refuerza los marcos de supervisión prudencial y de supervisión en materia de lucha contra el blanqueo de capitales en la UE en las entidades

financieras. Por lo tanto, se trata de un documento dirigido esencialmente a las instituciones financieras de la UE para recordar, unificar y clarificar sus deberes y su marco de actuación a la luz de los últimos avances habidos en regulación, sintetizando los mismos.

Se cita una pretensión cual es reducir los riesgos derivados del incumplimiento de la legislación relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales en el sector bancario. Una primera medida es iniciar “una reflexión colectiva” sobre actuaciones de mejora en la cooperación entre supervisores prudenciales y supervisores en materia de lucha contra el blanqueo y la financiación del terrorismo (lo que nos ubica en el ámbito de la conducta en el sector bancario y el cumplimiento de unas directrices nítidas al respecto). Se centra por consiguiente el documento en los dos grandes bloques regulatorios que afectan a una institución financiera: contable/prudencial/información financiera frente a información no financiera o conductual.

Se argumenta que además una actuación coordinada de ambos bloques propiciaría un reforzamiento de la supervisión de las instituciones financieras al tiempo que contribuiría a fomentar la estabilidad del sistema financiero europeo. Sabemos que, desde la entrada en vigor del Mecanismo Único de Supervisión<sup>25)</sup>, los bancos se encuentran supervisados, de forma compartida, por el Banco Central Europeo (BCE) y por las autoridades nacionales competentes (Banco de España, en nuestro país).

Han de tenerse presentes, entre otros, una serie de instrumentos legislativos prudenciales (de carácter fundacional o post crisis 2007-08) entre los que cabe mencionar la Directiva 2013/36/UE sobre acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y empresas de inversión, la Directiva 2014/65 relativa a los mercados de instrumentos financieros (MIFID) y la Directiva 2009/138/CE sobre el acceso a la actividad de seguro y reaseguro y su ejercicio (Solvencia II).

Este corpus ha de ponerse en conexión con la llamada Quinta Directiva<sup>26)</sup> contra el Blanqueo de Capitales cuyo objeto es eliminar los obstáculos y mejorar el intercambio de información y la cooperación entre los supervisores prudenciales y sus homónimos en materia de blanqueo. De hecho, impone una nueva exigencia a las Unidades de Inteligencia Financiera, encargadas en cada país del análisis de información y detección de operaciones sospechosas, debiendo comunicar, entre otros, a los supervisores prudenciales tales hallazgos.

Por tanto, constatamos, desde la publicación de la Quinta Directiva, la interacción decidida de ambas legislaciones con la finalidad de robustecer el sistema financiero europeo y la libre circulación de capitales (consolidación del marco normativo). Con carácter expansivo (y previsible) la información a compartir atañe (o se encuentra en vías de serlo) a la obtenida de las iniciativas FATCA y CRS que supusieron en su día un peldaño evolutivo superior sobre la legislación anti blanqueo<sup>27)</sup>.

Existe un campo de mejora en lo tocante a la inexistencia de mecanismo obligatorio que abogue por esta cooperación que se desarrolla bajo parámetros de legislación nacional. De hecho se recuerda oportunamente que el BCE no tiene entre sus funciones garantizar el cumplimiento de las Directivas contra el blanqueo de capitales siendo preciso que las legislaciones nacionales, que trasponen estas Directivas, presenten rasgos comunes.

Las autoridades europeas de supervisión (y significativamente la Autoridad Bancaria Europea, ABE) tienen un mandato constitutivo de velar por el establecimiento de sinergias entre las normas prudenciales y las normas anti blanqueo. Esa labor de aplicación de las normas debe regirse por criterios de coherencia y eficacia.

Se trata, *in fine*, de actuar de manera coordinada entre todas las autoridades y poderes para

un intercambio fluido de la información pertinente.

El texto aventura un papel predominante de la ABE a la hora de coordinar las dos materias objeto de supervisión, dotando a su mandato de un carácter más explícito en detrimento de las autoridades nacionales que ahora se responsabilizan de la lucha contra blanqueo de capitales. Un argumento a favor de esta medida es la reutilización del conocimiento que sobre las propias entidades financieras y su situación prudencial ya tiene la propia ABE.

Las herramientas para medir el grado de adecuación en materia de implantación de normas anti blanqueo incluyen las evaluaciones periódicas independientes, los ejercicios (a similitud de los test de estrés) de valoración de riesgos sobre estrategias y recursos en la materia, los informes al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión o la capacidad de que la ABE pueda solicitar a los supervisores nacionales la investigación de ciertos casos y/o la adopción en consecuencia de medidas para los operadores financieros. Estas medidas legislativas han de distribuirse a lo largo del tiempo si bien a corto plazo hemos reseñado aquellas de mayor relieve.

En el plano no legislativo se trabaja en unas orientaciones y evaluaciones por parte de la ABE que permitan detectar el punto de partida en la supervisión de los dos riesgos en pos de una metodología y procedimientos comunes.

Finalmente, la Comunicación establece un horizonte temporal (“principios de 2019”) para la adopción de medidas legislativas ya citadas que permitan armonizar e impulsen sin excusa ni demora la transposición de las normas comunitarias en los ordenamientos nacionales. Por tanto, el gran protagonista será, en los próximas regulaciones, la ABE.

## 2. LA DIRECTIVA UE 2018/822

Hasta cierto punto la Directiva 2018/822 de 25 de mayo de 2018<sup>28)</sup> supone un colofón tajante, un pronunciamiento comunitario en pos del intercambio como mecanismo transfronterizo para la comunicación de información. Viene a retocar y revisar algunos aspectos de la Directiva 2011/16 y 2014/107 sin olvidar las menciones a BEPS<sup>29)</sup>, los informes “País por País” de empresas (Directiva 2016/881) y los acuerdos transfronterizos de la Directiva (UE) 2015/2376 del Consejo, de 8 de diciembre de 2015, que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad.

La constatación por parte de las Autoridades comunitarias del carácter transnacional del fraude y la evasión fiscal subyace en todo el texto y las actualizaciones que propone en la búsqueda de una transparencia y la equidad tributaria a lo largo del territorio de la UE. Se constata igualmente el carácter complejo del fenómeno de la planificación fiscal agresiva, la dificultad para conocer y aprehender sus entresijos y sus “señas distintivas” o indicios de elusión fiscal.

Ciertamente, la UE, utilizando la experiencia y los conocimientos adquiridos en la gestión de los Papeles de Panamá y los *Paradise Papers*, desarrolla la llamada Acción 12 de BEPS conocida como *Mandatory Disclosure Scheme*.

Pero si algo nos llama la atención en esta norma es la conciencia de la UE en conectar, en imbricar un uso eficiente de la información intercambiada entre jurisdicciones. Tenemos la sensación de que el texto supone un aldabonazo por el cual la UE ha comprendido, al fin, que todos los medios, y en especial la fiscalidad de empresas y el fraude que pueda darse en ellas, son elementos decisivos para atajar sólidamente el fraude fiscal. Todas las vertientes son caras de un mismo fenómeno.

En el plano objetivo, la Directiva muestra un alcance inusualmente profundo al abarcar impuestos directos tales como renta, sociedades, sucesiones y donaciones excluyendo los indirectos. Un rasgo muy resaltable es el carácter internacional o “transfronterizo” de las transacciones (p. ej. un préstamo<sup>30</sup>, un contrato, etc.) bajo la regulación de esta norma.

Otro requisito viene a completar al mencionado: debe cumplirse con una seña distintiva (*hallmarks*) incluida en la Directiva<sup>31</sup>.

En el plano subjetivo, el texto considera intermediario (y por tanto obligado a declarar)<sup>32</sup> a cualquier persona que diseñe, comercialice o ejecute un mecanismo transfronterizo<sup>33</sup> sujeto a comunicación de información y presente algún vínculo con un Estado miembro (residencia fiscal, establecimiento permanente, lugar de constitución, lugar de prestación de servicios e inscripción profesional). Resulta relevante señalar que toda persona con conocimientos en la materia financiera (asesores financieros y bancos) queda bajo el paraguas de la definición legal siéndole de aplicación la presente norma.

Continuando con las personas obligadas podría colegirse que las autoridades comunitarias muestran, por fin, interés en incluir en su enfoque los mecanismos de planificación fiscal como un parámetro más a considerar en la lucha contra la elusión. Probablemente aquí radique la dificultad y el reto para que la Directiva resulte un éxito.

De igual manera no se debe sobrecargar a las Administraciones (ni a los administrados) con costes y deberes superfluos por lo que se valida el trabajo realizado por la OCDE y sus normas de comunicación obligatoria de información respecto a estructuras extraterritoriales opacas.

Dos notas completan nuestra valoración de la Directiva de 2018:

- De una parte, se recuerda como, pese a ser competencia directa de los Estados, una fiscalidad cero o casi cero del impuesto de sociedades crea una seña distintiva o indicio para la aplicación de mecanismos transfronterizos de información y por ende de intercambio de información al respecto.

- De otra, resulta muy sorprendente la mención al Reglamento Europeo de Protección de Datos 45/2001, que se encuentra expresamente derogado por el nuevo Reglamento 2016/679. Una incongruencia y un desconocimiento difícil de explicar en el legislador europeo.

Dentro del art. 3 de la Directiva 2011/16<sup>34</sup> se añade un punto 18 para definir el mecanismo transfronterizo como aquel que afecte a más de un Estado miembro o a un Estado miembro y a un tercer país siempre que no todos los participantes residan a efectos fiscales en la misma jurisdicción, entre otros.

Llamativa es la mención al porcentaje de control de una sociedad: se fija en un 25% cuando en la Propuesta de esta Directiva 2017/0138 [COM (2017) 335 final]<sup>35</sup> se establecía en un 20%.

El nuevo art. 8 bis ter (denominado bis, bis, bis en la Propuesta) otorga un plazo de treinta días para la comunicación de información sobre mecanismos transfronterizos sobre los cinco días planteados en la Propuesta.

Son así mismo novedosas en las Directivas citadas las menciones a los datos a comunicar que incluyen lugar y fecha de nacimiento además del NIF, nombre y residencia fiscal.

Respecto del mecanismo en cuestión la información debe contener las señas distintivas o identificativas, un compendio de su forma de funcionamiento así como fechas de entrada en

vigor y legislación nacional a la que se acoge para obtener ventaja fiscal legítima. Adicionalmente, se han de identificar todos los países o jurisdicciones que puedan verse afectados por el citado mecanismo sujeto a comunicación.

En cuanto a fechas efectivas para el primer intercambio, se pasa de la Propuesta (primer trimestre de 2019) a 31 de octubre de 2020. Esto da idea de la complejidad del reto al que se enfrentan las Autoridades Tributarias para lograr que el sistema prospere y funcione sin vacilaciones. Se introduce un párrafo en el art. 23.3 para asegurar que los Estados miembros comunicarán a la Comisión una evaluación anual de la eficacia del intercambio automático de información. Ello permitirá, indefectiblemente, valorar resultados para proponer mejoras.

Al hilo de estas mejoras se alude a las sanciones (eficaces y disuasorias) dándose nueva redacción al art. 25 bis optando por la coerción para el cumplimiento lo que en el entorno comunitario, tradicionalmente reacio a las mismas, da idea de la importancia concedida al asunto. Las sanciones previstas quedan a la consideración del Estado afectado si bien en el caso español aún no existe una regla específica. En otras ocasiones similares se han adoptado regulaciones del ámbito fiscal y administrativo.

Finalmente se producirá una valoración de la Comisión: una revisión permanente del sistema para proponer e implantar posibles mejoras y actualizaciones evolutivas.

El plazo final de transposición de la norma a los ordenamientos internos es el 31 de diciembre de 2019.

Podemos concluir, por lo tanto, que la Directiva se articula en torno a tres grandes ejes relativos a la transparencia fiscal:

- Establece decididamente el intercambio de información entre Autoridades Tributarias en su modalidad automática como medio de comunicación entre las mismas.
- Obliga a los contribuyentes e intermediarios a presentar de forma obligatoria una declaración ante las Autoridades Tributarias nacionales. Esta declaración tiene un contenido muy similar a la que impone el CRS desde su promulgación. En cualquier caso, se trata de concienciar y solicitar al cliente ciudadano a que declare su estatus bajo su única y estricta responsabilidad.
- Supone un hito evolutivo en calidad y profundidad en la capacidad inspectora de las Administraciones Tributarias y de los Estados con el objeto de sellar en lo posible grietas<sup>36)</sup> del sistema financiero internacional llegando a un grado de detalle hasta ahora desconocido en los instrumentos jurídicos habidos contra el fraude y la evasión fiscal.

### **3. EL NUEVO MANUAL OCDE PARA LA IMPLANTACIÓN DE CRS**

En abril de 2018 vio la luz la segunda edición del Manual para la implementación del Estándar para el intercambio automático de información (*Implementation Handbook*).

El documento aporta una guía para los Gobiernos en la implantación normativa de CRS tratando de aportar soluciones técnicas y resolución de dudas legislativas y operativas insertas en los procedimientos *ad hoc*.

En relación a la primera edición incorpora acciones relativas a los *trusts*<sup>37)</sup> como vehículos de inversión (en cuanto a identificación y *reporting* de los mismos).

En relación con el conocimiento y descubrimiento de los titulares reales de las sociedades (de todo tipo y naturaleza) en España y en la UE, debe tenerse muy presente la legislación contra el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo y en concreto las citadas Cuarta Directiva (Directiva 2015/849) y Quinta Directiva (2018/843).

Las implicaciones de estas tienen su reflejo en nuestro BOE cuando publica las Órdenes JUS/318 y 319 de 21 de marzo<sup>38)</sup>.

De su codificación concluimos que titular real es la(s) persona(s) física(s) que controle, directa o indirectamente un porcentaje superior al 25%<sup>39)</sup> del capital social o derecho de voto de una sociedad. Se derogan las Órdenes anteriores adaptando las nuevas al Real Decreto-Ley 18/2017 de 24 de noviembre, que atañen a obligaciones de información no financiera por parte de grandes empresas y grupos multinacionales.

Se incluye un nuevo formulario que las personas jurídicas con domicilio en España y depositen cuentas han de presentar siempre que cumplan ciertos requisitos como no cotizar en un mercado regulado. En tal circunstancia deben identificar al titular real de la sociedad. Resulta reseñable que el modelo distingue nacionalidad y residencia y utiliza el concepto “Código de identificación extranjero” que no estamos plenamente convencidos de ser asimilable al *Tax Identification Number* (TIN) o identificador fiscal que las normativas FATCA y CRS suelen emplear y han popularizado. Podemos afirmar esto ya, que lo compara con el Documento Nacional de Identidad y no con nuestro Número de Identificación Fiscal, y posiblemente aquí se ha malogrado una gran ocasión de haber asimilado los avances de normas más perfeccionadas en la lucha contra el fraude fiscal en todas sus vertientes.

Corroborando lo anterior consideramos muy significativa la Corrección de errores publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el 25 de mayo de 2018 sobre ciertos epígrafes de la citada Directiva 2015/849.

En concreto podríamos destacar lo siguiente:

- Introducción de la mención a los fiduciarios y los fideicomisos tipo *trust* en el Considerando 17 entre otros.
- Sustitución en varios apartados el término “fideicomisario” por “fiduciario”.

La mención al fideicomiso tipo *trust* o asimilado al *trust* es vital para evitar resquicios legales por donde los defraudadores y evasores pueden eludir sus responsabilidades legales: financiera y penal.

En todo caso y por debajo de tales porcentajes se considera que el administrador -o administradores- de la persona jurídica es su titular real (se le denomina titular real asimilado).

Ambas Órdenes han suscitado las críticas de sectores diversos desde empresarios hasta del propio Consejo General del Notariado pero, sin embargo, pese a la carga burocrática (que es posible aliviar mediante la presentación telemática de estos impresos) no alcanzamos a comprender una oposición a una norma que solo pretende aportar transparencia y claridad en el negocio jurídico y viene respaldada por exigencias europeas armonizadoras.

#### **4. EL CONVENIO MULTILATERAL PARA APLICAR LAS MEDIDAS RELACIONADAS CON LOS TRATADOS FISCALES PARA PREVENIR LA EROSIÓN DE LAS BASES IMPONIBLES Y EL TRASLADO DE BENEFICIOS**

España suscribió en julio de 2018 el citado Convenio Multilateral que fue desarrollado en el

seno de la OCDE y el G20. La firma del mismo permite de manera simultánea aplicar medidas de la iniciativa BEPS (lucha contra el fraude fiscal de las multinacionales en ámbito transfronterizo) al tiempo que actualiza el casi centenar de cien Convenios de Doble Imposición (CDI) firmados por nuestro país con diversas jurisdicciones.

Se trata de un instrumento flexible en su aplicación dado que los Estados firmantes (como España) pueden elegir los artículos y CDIs que van a ser modificados. Esta técnica jurídica permite mediante reservas y notificaciones optar sobre los aspectos que cada país desee excluyendo el resto<sup>40)</sup>.

En línea con otras publicaciones de la OCDE (véase el Manual CRS), el Convenio acompaña unos comentarios para interpretar y aclarar dudas y lagunas operativas. Por consiguiente, el Convenio permite que las Autoridades Tributarias de diversos miembros firmantes actúen coordinadamente y compartan información que impida a las multinacionales usar las fronteras para eludir el cumplimiento de las obligaciones fiscales.

No hay que olvidar el Convenio contiene, por otra parte, disposiciones encaminadas a resolver controversias que puedan surgir en la interpretación de los tratados<sup>41)</sup> e incluso arbitraje obligatorio y vinculantes de forma que se reduce el riesgo de doble imposición y se incrementa la seguridad jurídica en materia tributaria.

De esta manera el sistema tributario internacional mejora su funcionamiento, redundando en beneficio de los ciudadanos, al evitar una pérdida recaudatoria que recae en la esfera del Impuesto de Sociedades.

### III. ÁMBITO NACIONAL: EL ANTEPROYECTO DE LEY CONTRA EL FRAUDE FISCAL PARA COMBATIR LAS NUEVAS FORMAS DE EVASIÓN

Este texto contempla la actualización de la lista de paraísos fiscales en España, reforzando el control sobre las criptodivisas y prohibiendo por Ley las amnistías fiscales.

Al mismo tiempo se presentaron por parte del Consejo de Ministros los anteproyectos de Ley sobre impuestos de servicios digitales y de transacciones financieras.

El Gobierno asume como pilar fundamental de su política tributaria la lucha contra el fraude fiscal, encontrando aquí su última ratio este Anteproyecto que pretende adicionalmente mantenerse en línea con las regulaciones europeas en la materia.

Dado que aborda más de cincuenta novedades de diversos ámbitos tributarios<sup>42)</sup>, nos vamos a centrar en tres aspectos que nos han llamado la atención de manera especial:

#### 1. PARAÍOS FISCALES

El nuevo texto propone modificar la Disposición Adicional primera de la Ley 36/2006 para la prevención del fraude fiscal que permite mantener actualizada la lista nacional de jurisdicciones calificadas como paraísos fiscales. Hasta el momento tal lista se mantiene a través del Real Decreto 1080/1991 de 5 de julio.

Se introduce, como en el resto de la legislación internacional, la nueva categoría de regímenes fiscales perjudiciales pero sin duda la asunción de los criterios siguientes podemos considerarla como el elemento de mayor relieve en este campo:

- Criterio de transparencia fiscal (existencia en la jurisdicción en cuestión de normativa sobre asistencia mutua que propicie el intercambio de información

tributaria asumiendo indicaciones del Foro Global de Transparencia con fines fiscales de la OCDE).

- Criterio de baja o nula tributación<sup>43)</sup> para un territorio, definiéndose por primera vez ambos de manera expresa.
- Criterio para vincular la generación de beneficios respecto a la actividad económica real.

Para consolidar el criterio de intercambio efectivo de información tributaria se acude a la aplicación de la normativa sobre asistencia mutua en los términos previstos en el art. 1.2 de la Ley General Tributaria (LGT).

## **2. ENTORNO DIGITAL Y CRIPTODIVISAS**

Buscando una coordinación con los textos comentados en apartados previos este Anteproyecto incluye la nueva obligación de comunicar información sobre tenencia y operaciones con monedas virtuales situadas tanto en España como en el extranjero si afectan a un contribuyente español.

De manera idéntica se identificarán saldos y titulares de monedas en custodia suministrando información de las operaciones generadas con criptodivisas. Al mismo tiempo habrá que informar en el modelo 720 que recoge la información de bienes y derechos en el extranjero del contribuyente español.

## **3. NORMAS ANTI ELUSIÓN: EMPRESAS MULTINACIONALES**

Al objeto de transponer la Directiva 2016/1164 sobre la elusión fiscal de las empresas en el mercado interior, el Anteproyecto incluye un apartado específico.

España asume la conocida como Imposición de Salida (*Exit Tax*) que busca la tributación en España de rentas localizadas en territorios de baja fiscalidad evitando de tal suerte la deslocalización asegurando tributación por la base imponible correspondiente en territorio nacional. Mediante este mecanismo se intenta garantizar, en caso de traslado de los activos de una empresa o su residencia fiscal fuera de España, que dicho Estado grave el valor económico de una plusvalía creada en su territorio aun cuando la misma no se haya realizado en el momento de dicho traslado de activos. De tal manera las plusvalías generadas cuando una sociedad traslada su residencia fiscal al extranjero tributan en España.

## **IV. CONCLUSIONES**

1. Por su extensión e importancia el sector financiero debe ser mejor regulado, diferenciando a los contribuyentes de los accionistas y acreedores bancarios, siendo estos últimos los que han de afrontar posibles crisis bancarias individuales. Solo de esta manera la confianza puede ser restaurada en el sector financiero y en la economía en líneas generales. En este sentido la regulación europea parece ser proactiva y haber aprendido mejor la lección de crisis pasadas respecto a la norteamericana que opta por relajar la regulación financiera.

2. Se pone de manifiesto que en la UE, con una misma supervisión, se han adoptado soluciones (de carácter político) para un mismo problema de (falta de) liquidez en una institución financiera. Los casos de España (Popular) e Italia (Carige) son ilustrativos al

respecto. Las interferencias políticas han de ser descartadas y se debe actuar en un mismo terreno de juego (*level playing field*) para todos los ciudadanos e instituciones financieras si pretendemos una Europa unida.

3. Los avances europeos en materia de lucha contra el fraude y la evasión fiscal son mayores que en otras jurisdicciones del resto del mundo.

4. En nuestro país, durante 2018, se han promulgado y anunciado un número considerable de iniciativas legislativas que adaptarán nuestro ordenamiento jurídico a los mayores estándares internacionales.

5. Los raudos avances en el campo de las tecnofinanzas provocan cambios estructurales en el sector financiero europeo. El objetivo es aunar la estabilidad económica con la innovación sin disociar en ningún momento ambos conceptos ni dejar de fomentar los avances tecnológicos que, por otra parte, coadyuvan a implantar modelos de estandarización y homogeneización más fáciles de revisar y controlar y propiciadores de mayor garantía y transparencia al ciudadano-consumidor.

6. Las autoridades europeas de supervisión tienen un mandato constitutivo cual es velar por el establecimiento de sinergias entre la normativa prudencial y las normas anti-blanqueo de capitales. Las últimas propuestas comunitarias propugnan, en tal sentido, un papel predominante de la Autoridad Bancaria Europea.

7. La Directiva 2018/822 sobre intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos supone una apuesta definitiva por el intercambio automático como mecanismo internacional de comunicación (y cooperación) de información. Simultáneamente pone de relieve la toma de razón por las autoridades comunitarias respecto al carácter transnacional del fraude y la evasión fiscal así como el redoblado esfuerzo en la búsqueda de mayor transparencia y equidad tributaria en la Unión Europea.

---

## NOTAS AL PIE DE PÁGINA

---

1

Se estima que el Banco Popular perdió 18.000 millones de euros en depósitos entre el cierre de marzo de 2017 y su intervención el 7 de junio de 2018. La situación provocó la intervención de la Junta Única de Resolución y su posterior venta al Banco de Santander.

2

BOE núm. 146 de 19 de junio de 2015.

3

Esta Ley acomete la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y

que modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) nº 1093/2010 y (UE) nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, que es, a su vez, una de las normas que contribuyen a la constitución del Mecanismo Único de Resolución, creado mediante el Reglamento (UE) nº 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) nº 1093/2010, siendo este uno de los pilares de la llamada Unión Bancaria.

---

4

La Ley Dodd-Frank (2010) es una regulación norteamericana diseñada para reducir el riesgo asumido por el sistema financiero y evitar la caída del mismo tras la experiencia de Lehman Brothers en septiembre de 2008.

---

5

Estas instituciones financieras sistémicas son conocidas como “*too big to fail*” o demasiado grandes para dejarlas quebrar.

---

6

Esta modificación legislativa no impide que el supervisor bancario norteamericano pueda en todo caso someter a pruebas de estrés a entidades con volumen superior a los 100.000 millones de dólares en activos.

---

7

Ténganse en cuenta, entre otras, las iniciativas legislativas finalizadas y en curso sobre Prevención del Blanqueo de Capitales (PBC), Protección de datos, implantación de la Directiva de Seguros (IDD) o las relacionadas con las actuaciones en el mercado de capitales MIFID II.

---

8

[http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/documents/2018/refc20181019e\\_1.pdf](http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/documents/2018/refc20181019e_1.pdf).

---

9

El Manual pretende ser una ayuda para los Gobiernos a la hora de aplicar el estándar OCDE de intercambio de información; aporta una perspectiva legislativa, técnica y operativa conteniendo definiciones y aclaraciones terminológicas. En esta segunda edición se ha profundizado en el análisis de los *trusts* y la identificación de personas de control en las sociedades.

---

10

Una definición que se considera hasta cierto punto “clásica” es la que realiza MURPHY cuando señala que la evasión implica el no pago de impuestos o reducción en el pago de los mismos frente a la conducta elusiva donde el hecho impositivo se declara al límite de la legalidad utilizando los resquicios legales e interpretativos que la propia normativa ofrece. MURPHY, R.: “The Courageous State”, Ed. Searching Finance, Londres, 2011.

---

11

COM (2018) 109 final: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité Europeo de las Regiones, Plan de Acción en materia de tecnología financiera: por un sector financiero europeo más competitivo e innovador. <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-109-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>.

---

12

COM (2015) 192 final.

---

13

JOIN (2017) 0450 final, “Resiliencia, disuasión y defensa: fortalecer la ciberseguridad de la UE”.

---

14

Reglamento UE 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE.

---

15

COM /2017/0139 final, “Plan de acción de servicios financieros destinados a los consumidores: mejores productos y una oferta más variada”.

---

16

Sin ir más lejos, hoy el sector financiero lidera los trabajos sobre *blockchain* (cadena de bloques) y la inversión realizada por este será capital en el devenir de la misma y su ulterior implantación. Esta tecnología permite avances en la manera de validar, compartir y acceder a la información a través de las redes digitales. Se trata de una gran base de datos compartida que registra la propiedad de cualquier tipo de activo y permite a los usuarios realizar transacciones. La unión de los bloques forma una cadena y una vez realizada una transacción esta se inscribe con el común

acuerdo de los intervinientes almacenándose de manera inmutable. El sector financiero considera (y por tanto lidera) que la cadena de bloques representa un alto potencial a la hora de simplificar los procesos ante clientes haciendo aumentando la eficacia u eficiencia de los mismos. En tal sentido se ha creado en febrero de 2018 el Observatorio y Foro de la Cadena de Bloques de la UE.

---

17

Para la comprensión de esta idea véanse entre otros documentos, nuestras explicaciones expuestas respecto de ciertas exigencias normativas y regulatorias en CORONAS VALLE, D.: “Los nuevos estándares sobre transparencia tributaria entre las jurisdicciones. Hacia una cooperación internacional más eficaz”. Revista Carta Tributaria (Ed. Wolters Kluwer), núm. 43, octubre, 2018.

---

18

Directiva 2013/50/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, por la que se modifican la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado, la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores, y la Directiva 2007/14/CE de la Comisión por la que se establecen disposiciones de aplicación de determinadas prescripciones de la Directiva 2004/109/CE, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32013L0050>.

---

19

La Directiva 2015/849 señala que la Autoridades competentes y las entidades obligadas deben tomar una actitud anticipatoria en la lucha contra las formas nuevas e innovadoras de blanqueo de dinero.

---

20

No se olvide el carácter transversal que *blockchain* tiene en su razón de ser y que trasciende al propio sector financieros para reflejo de la economía y la sociedad donde se percibe en última instancia.

---

21

Quizás este enfoque híbrido que se desliza por el panorama legislativo europeo no haya sido debidamente percibido en aras de su eficacia final si bien no toda norma puede juzgarse y consagrarse por los resultados y las garantías que el ordenamiento jurídico ha de mantener siempre.

---

22

Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32016L1148>.

---

23

Téngase en consideración la evolución en la postura de la UE al respecto desde 2013 a la fecha siendo uno de sus exponentes el Comunicado de Prensa de 27 de noviembre de 2013, emitido por la Comisión en relación con las divergencias en el tratamiento de datos entre EE. UU. y la propia Unión. Disponible en [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-1160\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1160_es.htm).

---

24

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2018:0645:FIN:ES:PDF>.

---

25

En este Mecanismo Único se percibe la necesidad de aclarar la división de tareas (una búsqueda de espacios) entre el BCE y las Autoridades nacionales competentes que le ayudan en la supervisión prudencial (tanto de las significativas como de las que lo son menos). Por el momento se actúa de forma conjunta mediante los *Joint Supervisory Teams* (JST) o equipos de supervisión conjunta.

---

26

Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32018L0843>, (último acceso 7-11-18).

---

27

CORONAS VALLE, D.: “Consideraciones sobre los avances europeos en cooperación internacional e intercambio automático de información tributaria: Presente y futuro de FATCA y CRS”, en Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 11/2018, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, diciembre, 2018.

---

28

Directiva (UE) 2018/822 del Consejo de 25 de mayo de 2018 que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información, <http://www.boe.es/doue/2018/139/L00001-00013.pdf>.

---

La planificación fiscal internacional agresiva (*Base Erosion and Profit Shifting*, BEPS), es propia de algunas empresas multinacionales. Frente a la misma, la UE y la OCDE han elaborado planes de acción para frenar estos abusos que ciertas grandes multinacionales realizan en territorio europeo especialmente. El Intercambio de Información “País por País” se encuentra incluido en el Plan de Acción BEPS. A tal fin se presentará en el país de la matriz del grupo multinacional en cuestión los informes “País por País” que serán compartidos de manera automática con los otros países firmantes mediante el intercambio de información intergubernamental.

---

Téngase presente, tal y como hemos advertido en alguna publicación previa, que tanto la normativa FATCA como CRS, antecesoras claras de esta, ponían sus miras en conocer los productos de pasivo o ahorro de los contribuyentes siendo solo esta información la que se intercambia entre las Autoridades Tributarias de las jurisdicciones participantes en ambas iniciativas contra la evasión y elusión fiscal. Por lo tanto, el requerimiento de esta Directiva es notablemente más amplio y ambicioso y obligará a las instituciones financieras europeas a invertir y cumplir con mayores requisitos legales y las cargas administrativas que esto supone sin lograr contraprestación alguna en un entorno castigado por la híper regulación normativa y la baja rentabilidad del sector con tipos de interés bajo mínimos. Se debe imponer, a nuestro juicio, la proporcionalidad en la aplicación de la norma y la búsqueda de sinergias sobre la información de que ya se dispone, evitando incurrir en trabajos reiterados e improductivos.

---

Adicionalmente a estos en ciertas situaciones debe cumplirse con el llamado Test de beneficiario principal que persigue conocer la identidad real de los titulares (personas físicas) de sociedades que operan. Las *hallmarks* siguen la tendencia iniciada en la legislación internacional contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo así como en la de FATCA, de dar a conocer unos “indicios” para los operadores jurídicos y reguladores de forma que puedan tener guías sobre conductas o actuaciones que puedan ser a priori consideradas comunicables o reportadas previa revisión y estudio así como consulta con el afectado. En tal sentido podemos mencionar en esta Directiva actuaciones como la inclusión de cláusulas de confidencialidad, la adquisición de entidades con pérdidas, mecanismos que incluyen sociedades interpuestas sin motivo económico, mecanismos para evitar la doble imposición aplicados en más de una jurisdicción a la misma renta, transmisión de cuentas o activos financieros o uso de jurisdicciones no sujetas a intercambio (actualmente 103 países del mundo ya intercambian información según la OCDE), uso de estructuras que impidan o dificulten el reporte de la persona de control o titular de la cuenta en el intercambio automático o la deslocalización transfronteriza de activos o riesgos.

---

La norma prevé excepciones donde opera el secreto profesional, que obligan a no declarar en ciertos casos (p.ej., abogados o personas que no se ubican en territorio comunitario) si bien en

estos el intermediario debe comunicarlo al contribuyente para que el final se cumpla por otra vía la obligación genérica de comunicación de información.

---

33

Se define el mecanismo como aquel donde interviene un Estado miembro donde, entre otras circunstancias, no todos los participantes sean residentes fiscales en la misma jurisdicción, o uno de ellos resida en más de una jurisdicción o le mecanismo tenga impacto sobre el intercambio automático de información o identificación de beneficiarios.

---

34

Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32011L0016>.

---

35

Propuesta de Directiva del Consejo que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación. Disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-335-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>.

---

36

Algunos autores gráficamente definen estos agujeros como “termitas fiscales”; véase en tal sentido TANZI, V.: *Globalization, tax systems and the architecture of the global economics system*. Taxation an Latin American Integration, Tanzi, V., Barreix, A., Villela, L. (Eds.), capítulo 13, IDB, Harvard University, 2008.

---

37

La figura anglosajona del *trust* no se halla reconocida por el ordenamiento jurídico español por lo que no existen normas fiscales directas y suele considerarse al fiduciario como verdadero titular olvidando la identificación de los beneficiarios. Suelen, así mismo, causar problemas en la aplicación de los Convenio de Doble Imposición (CDI) ya que son frecuentes en el marco jurídico del *common law* y despiertan la desconfianza en los Estados que se regulan por el Derecho civil. Mantiene origen similar a la fiducia romana y a las sustituciones fideicomisarias tradicionales del derecho hereditario español. La utilización del *trust* está muy relacionada con los servicios profesionales de gestión de carteras y patrimonios en la banca privada. Ténganse en cuenta, respecto de su naturaleza legal y tributaria, las contestaciones a las consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos (DGT) V0817-18 de 26-3-18 y V0864-18 de 28-3-18. En ellas se viene a concluir que ningún derecho civil aplicable en España recoge específicamente la figura del *trust* habiéndose negado, como señala PEREZ-FADON MARTÍNEZ, el Estado español a reconocer este contrato al no firmar el Convenio de la Haya sobre Ley aplicable al *trust* y a su

reconocimiento de 1 de julio de 1985. En consecuencia, la DGT considera las relaciones de los intervinientes en el mismo como “realizadas directamente entre sus aportantes y beneficiarios con las repercusiones fiscales” correspondientes lo que deja sin efecto fiscal alguno el uso de esta figura.

---

38

BOE núm.75 de 27 de marzo de 2018: <https://www.boe.es/boe/dias/2018/03/27/pdfs/BOE-A-2018-4242.pdf>.

---

39

Resulta oportuno recordar que las normas FATCA y CRS fueron más allá de la legislación anti blanqueo al apostar por incluir en la diligencia debida o revisión sociedades con 25% y no solo aquellas que superaban ese porcentaje. Hoy ya hay propuestas en la OCDE de 20% e incluso 10% para monitorizar y dificultar el fraude.

---

40

Nuestro país ha realizado una declaración sobre Gibraltar y la consideración que le produce ese territorio británico.

---

41

Según la OCDE una cifra superior a los 1.100 Convenios de Doble Imposición se verán afectados por este ambicioso Tratado.

---

42

Tendrá en su momento gran repercusión mediática la medida que endurece el uso y pago con efectivo entre particulares pasando de los 2.500 euros actuales a los 1.000 que la norma propone sin olvidar la bajada del límite de 15.000 a 10.000 euros para el pago en efectivo de particulares con domicilio fiscal fuera de España.

---

43

La norma asevera que existe nula tributación cuando en la jurisdicción en cuestión no se aplique un impuesto idéntico o análogo al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al Impuesto de Sociedades o al Impuesto sobre la Renta de no Residentes, según corresponda. Por otra parte considera que existe baja tributación cuando la jurisdicción aplique un nivel impositivo efectivo considerablemente inferior, incluido el tipo cero, al exigido en España en un impuesto idéntico o análogo al IRPF, el IS o IRNR.

© 2020 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Alberto Ruiz Ojeda y José María López Jiménez (Dirs.) y otros]© Portada:

Thomson Reuters (Legal) Limited