

# Intercambio automático de información tributaria: avances e incertidumbres

Saturnina Moreno González

Universidad de Castilla-La Mancha

12 de diciembre de 2017, Málaga

# SUMARIO

- IDEAS INTRODUCTORIAS: COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA, COORDINACIÓN Y TRANSPARENCIA
- HACIA UN NUEVO ESTÁNDAR BASADO EN LA GENERALIZACIÓN DEL INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMACIÓN
- EL INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMACIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA PROTECCIÓN DEL OBLIGADO TRIBUTARIO
  - Protección de datos de carácter personal
  - Confidencialidad vs. Transparencia
- CONCLUSIONES

# IDEAS INTRODUCTORIAS: COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA, COORDINACIÓN Y TRANSPARENCIA

- La lucha contra la “planificación fiscal agresiva”, la elusión y la evasión fiscal se han convertido en una **prioridad política** a nivel internacional, supranacional y nacional:
  - *Crisis financiera y económica global*: reducción del déficit presupuestario por medio del incremento de la recaudación.
  - *Escándalos financieros*, medios de comunicación y opinión pública: *MNEs must pay its fair share of taxes.*
  - *Globalización y digitalización de la economía* dificultan el control del cumplimiento de las obligaciones tributarias derivadas de actividades transnacionales.

## IDEAS INTRODUCTORIAS: COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA, COORDINACIÓN Y TRANSPARENCIA

- La cooperación administrativa y asistencia mutua se han convertido en **factores clave** en la lucha contra esos fenómenos:
  - *Mejora de la eficacia* de los instrumentos normativos que posibilitan la obtención de datos e información tributaria de origen extranjero *previa solicitud*.
  - Tendencia hacia la implantación de un **nuevo modelo basado en la generalización del intercambio automático de información tributaria**: FATCA, MAC, MCAA/CRS, MCAA/CbC Reports, Directiva 2011/16/UE.

## IDEAS INTRODUCTORIAS: COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA, COORDINACIÓN Y TRANSPARENCIA

- **Buena gobernanza en el ámbito fiscal:** principios de transparencia, *intercambio de información* y competencia leal en materia tributaria [COM (2009) 201 final]
  - El ***reforzamiento de la cooperación administrativa*** en materia tributaria: pieza esencial en la puesta en marcha de una nueva política tributaria basada en la **coordinación** y la **transparencia**, para facilitar el control y gravamen efectivo de las rentas transfronterizas.
  - Ideas presentes en el **Plan BEPS**. Aunque el EOI no constituye una acción específica del Plan, el IAI se emplea en las Acciones 5, 12 y 13, relativas a la aportación e intercambio de información automático de información sobre *tax rulings*, mecanismos de planificación fiscal agresiva y CbC Reports.
  - Intensificación de las ***medidas de naturaleza preventiva*** frente a la adopción de medidas únicamente represivas: herramientas que permitan luchar en tiempo real contra las nuevas formas de elusión y evasión fiscal.

## IDEAS INTRODUCTORIAS: COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA, COORDINACIÓN Y TRANSPARENCIA

- ¿Hacia un nuevo estándar de intercambio automático de información tributaria? Tres sistemas de IAI: FATCA, Iniciativas OCDE, Derecho de la UE: interrelación.
- Modelo que se está construyendo de espaldas a los derechos de los sujetos afectados por el mismo.
- Necesidad de reconciliar el interés público con una protección adecuada del contribuyente.

## HACIA UN NUEVO ESTÁNDAR BASADO EN EL IAI: ESPECIAL REFERENCIA A LA DIRECTIVA 2011/16/UE

- En línea con las iniciativas de la OCDE, La Directiva 2011/16/UE potencia el intercambio automático de información al considerarse el medio más eficaz de mejorar la evaluación correcta de los impuestos en situaciones transfronterizas y la lucha contra el fraude fiscal.
- Esa potenciación ha supuesto la modificación de la Directiva, hasta el momento, en cuatro ocasiones, más una quinta proyectada.

# HACIA UN NUEVO ESTÁNDAR BASADO EN EL IAI: ESPECIAL REFERENCIA A LA DIRECTIVA 2011/16/UE

- **DAC (versión original):**
  - Respecto a los períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2014, exige que los Estados miembros se comuniquen automáticamente la información disponible sobre determinadas categorías de renta obtenidas por personas (físicas y entidades) con domicilio en otro Estado miembro: rendimientos del trabajo dependiente, remuneraciones de administradores y consejeros, productos de seguro de vida no cubiertos por otras directivas, pensiones, propiedad de bienes inmuebles y rendimientos inmobiliarios.



# HACIA UN NUEVO ESTÁNDAR BASADO EN EL IAI: ESPECIAL REFERENCIA A LA DIRECTIVA 2011/16/UE

- **DAC 1 (Directiva 2014/107/UE):**

- Extensión del ámbito de aplicación del IAI más allá de las cinco categorías de renta previstas inicialmente, abarcando también intereses, dividendos, plusvalías derivadas de la venta de activos financieros, cualquier otra renta generada en relación con los activos mantenidos en una cuenta financiera, cualquier importe respecto del cual la entidad financiera sea el obligado o deudor, y los saldos en cuentas.
- Períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2016. Austria a partir del 1 de enero de 2017.
- Nuevos acuerdos bilaterales de transparencia e intercambio de información financiera con terceros países europeos: Suiza, Liechtenstein, San Marino, Andorra, Mónaco, San Bartolomé.
- Relación con FATCA Y MCAA/CRS

# HACIA UN NUEVO ESTÁNDAR BASADO EN EL IAI: ESPECIAL REFERENCIA A LA DIRECTIVA 2011/16/UE

- **DAC 2 (Directiva 2015/2376):**

- Intercambio automático de información sobre acuerdos previos y acuerdos previos sobre precios de transferencia relativos a operaciones transfronterizas.
- Directorio central.
- Aplicable a partir del 1 de enero de 2017.
- Relación con la Acción 5 del Plan BEPS.

# HACIA UN NUEVO ESTÁNDAR BASADO EN EL IAI: ESPECIAL REFERENCIA A LA DIRECTIVA 2011/16/UE

- **DAC 3 (Directiva 2016/881):**

- Aportación e intercambio automático obligatorio de los CbC Reports.
- La información será exigible a los contribuyentes afectados para los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2016. La información deberá ser completada en los 12 meses posteriores a la finalización del período impositivo.
- Comunicación entre AATT del CbC R mediante intercambio automático: 15 meses a partir del último día del ejercicio fiscal del grupo de empresas multinacionales. El primer informe se comunicará en el plazo de 18 meses.
- Consonancia con la Acción 13 del Plan BEPS.

# HACIA UN NUEVO ESTÁNDAR BASADO EN EL IAI: ESPECIAL REFERENCIA A LA DIRECTIVA 2011/16/UE

- **DAC 4 (Directiva 2016/2258):**
  - Permitir el acceso a las autoridades tributarias a información sobre la lucha contra el blanqueo de capitales con arreglo a la **Directiva 2015/849/UE (Cuarta Directiva Blanqueo de Capitales)**, para posibilitar la identificación de los beneficiarios efectivos de las cuentas financieras.
  - Períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2018.

## HACIA UN NUEVO ESTÁNDAR BASADO EN EL IAI: ESPECIAL REFERENCIA A LA DIRECTIVA 2011/16/UE

- **Propuesta de Directiva de 21 de junio de 2017** sobre obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación [COM(2017) 335 final]:
  - A partir del 1 de enero de 2019.
  - Relación con la Acción 12 Plan BEPS.
  - Mecanismo de información temprana: obligación de los intermediarios (y, subsidiariamente, del contribuyente) de comunicar ***mecanismos de planificación fiscal potencialmente agresiva y de carácter transfronterizo***, si participan en ellos en el ejercicio de su actividad profesional. Plazo de cinco días a contar desde el día siguiente a su puesta a disposición.
  - Intercambio automático de información con otras autoridades tributarias de la UE (directorio central) en el plazo de un mes a contar desde el final del trimestre en que esta se haya presentado (primera información primer trimestre 2019).

# IAI DESDE LA ÓPTICA DE LA PROTECCIÓN DEL OBLIGADO TRIBUTARIO

- **PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL**

- Art. 7 CEDH, Art. 8 CDFUE, Art. 16 TFUE.

- Directiva 95/46/CE de 24 de octubre de 1995. Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, *aplicable a partir del 25 de mayo de 2018*.

- LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo.

# IAI DESDE LA ÓPTICA DE LA PROTECCIÓN DEL OBLIGADO TRIBUTARIO

- Principios de tratamiento leal y lícito de la información, finalidad, legitimidad y proporcionalidad.
- Derechos individuales de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación.
  - Límites: art. 13.1 e) Directiva 95/46/CE: los Estados pueden limitar el alcance de los derechos y las obligaciones establecidas en ella cuando tal limitación constituya una medida necesaria para la salvaguardia de un interés financiero importante de un Estado miembro, incluidos los asuntos presupuestarios y fiscales.
  - Art. 52 CDFUE: principio de proporcionalidad.
- Garantías de confidencialidad, seguridad del tratamiento, transparencia de los tratamientos y protección reforzada del tratamiento de categorías especiales de datos.

# IAI DESDE LA ÓPTICA DE LA PROTECCIÓN DEL OBLIGADO TRIBUTARIO

- ¿Los datos fiscales de las personas físicas constituyen tratamiento de datos personales a los efectos del art. 2.1. a) de la Directiva 95/46/UE?
  - STJUE de 1 de octubre de 2015, *Smaranda Bara y otros*, C-201/14.
  - STJUE de 27 de septiembre de 2017, *Peter Puskar*, C-73/16.
- La protección de datos personales en la Directiva 2011/16/UE:
  - Escasa atención en DAC (considerandos nº 27 y nº 28): El SEPD no fue consultado por la Comisión al adoptar la propuesta de Directiva.
  - Art. 25 DAC: permite a los EEMM limitar los derechos de información, de acceso y de publicidad de los tratamientos.
  - DAC 1: Nuevo art. 8.3 bis: intercambio automático de información financiera de personas físicas:
    - Opinión del SEPD de 5 de noviembre de 2013: posible vulneración del principio de transparencia, parte del tratamiento leal y lícito de los datos personales (art. 6.1. a Directiva 95/46/CE). Modificación de arts. 20, 21 y 55 Directiva 2011/16/UE: **derecho de información de los titulares de los datos**.



# IAI DESDE LA ÓPTICA DE LA PROTECCIÓN DEL OBLIGADO TRIBUTARIO

- Algunas cuestiones quedan sin respuesta:
  - Necesidad de una mejor definición del alcance del IAI: identificar con claridad los fines para los que se recopilan y utilizan los datos, para evitar transferencias sucesivas para diferentes fines sin garantías adecuadas y sin un fundamento legal específico.
  - ¿Bajo qué condiciones los derechos de acceso, rectificación y cancelación pueden limitarse por los EEMM? Principios de necesidad y proporcionalidad.
  - ¿Durante cuánto tiempo y bajo qué condiciones pueden limitarse los derechos de acceso, rectificación y cancelación?
  - Riesgos desde la óptica de la seguridad de los datos y responsabilidad de las autoridades públicas.
  - Inexistencia de mecanismos efectivos para proteger los datos de los titulares de las cuentas transferidos fuera de la UE.

# IAI DESDE LA ÓPTICA DE LA PROTECCIÓN DEL OBLIGADO TRIBUTARIO

- **STJUE de 8 de abril de 2014, as. Ac. C-293/12 y C-594/12, *Digital Rights Ireland***
  - Declara inválida la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas:
    - Objetivo: garantizar disponibilidad de los datos generados o tratados por los proveedores con fines de prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves.
  - Injerencia ilegítima en los derechos fundamentales a la protección de la vida privada y de los datos de carácter personal: arts. 7 y 8 CDFUE.
  - Vulneración del principio de proporcionalidad (art. 52 CDFUE)

## IAI DESDE LA ÓPTICA DE LA PROTECCIÓN DEL OBLIGADO TRIBUTARIO

- 53 “...la protección de los datos de carácter personal (...) tiene una importancia especial para el derecho al respeto de la vida privada (...)”
- 54 “Por ello, la normativa de la Unión de que se trate debe establecer reglas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de la medida en cuestión y establezcan unas exigencias mínimas de modo que las personas cuyos datos se hayan conservado dispongan de garantías suficientes que permitan proteger de manera eficaz sus datos de carácter personal contra los riesgos de abuso y contra cualquier acceso o utilización ilícitos respecto de tales datos (...)”.
- 55 “**La necesidad de disponer de tales garantías es especialmente importante cuando los datos personales se someten a un tratamiento automático y existe un elevado riesgo de acceso ilícito a dichos datos (...)**”

## IAI DESDE LA ÓPTICA DE LA PROTECCIÓN DEL OBLIGADO TRIBUTARIO

- **STJUE de 6 de octubre de 2015 (Gran Sala), *Schrems vs. Data protection commissioner*:**
  - Invalida la Decisión de la Comisión 2000/520/CE de 26 de julio, por la que se declaró que EE.UU. era un territorio seguro para la transferencia de datos personales, por vulneración de los arts. 7, 8 y 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.
  - EE.UU. no cuenta con unos estándares de protección de datos equivalentes a los europeos, porque cualquier autoridad pública puede acceder a la información intercambiada sin ningún tipo de límite o control, y los ciudadanos europeos no cuentan con ninguna vía de recurso ante las autoridades norteamericanas en defensa de sus derechos.

## IAI DESDE LA ÓPTICA DE LA PROTECCIÓN DEL OBLIGADO TRIBUTARIO

- **Confidencialidad vs. Transparencia de la información tributaria**
  - DAC 3 y DAC 4: polémica suscitada en torno a la conveniencia de permitir el acceso público a determinada información con trascendencia tributaria en el marco del cumplimiento de determinadas obligaciones legales.
  - DAC 3: No prevé la publicación de los CbC R, pero...
  - La **propuesta de Directiva presentada por la Comisión el 12 de abril de 2016, por la que se reforma la Directiva 2013/34/UE, de 26 de junio** (aprobada por el pleno del Parlamento europeo el 4 de julio de 2017), obliga a la **publicación de una información similar por las grandes multinacionales en registro mercantil y web.**
  - DAC 4: Relación con la propuesta de la Comisión de julio de 2016 de modificación de la Cuarta Directiva sobre Blanqueo de Capitales, en la que se prevé el **acceso público a la información contenida en los registros de titularidad real** que deben crear los Estados miembros.

## IAI DESDE LA ÓPTICA DE LA PROTECCIÓN DEL OBLIGADO TRIBUTARIO

- ¿La divulgación pública del informe referido a la tributación del impuesto sobre sociedades o de la titularidad real de cuentas y entidades contribuye de forma efectiva a la consecución de los objetivos marcados (v.gr. la lucha contra el fraude fiscal), dotando de mayor eficiencia al trabajo de las autoridades fiscales o va más allá de lo necesario?

## IAI DESDE LA ÓPTICA DE LA PROTECCIÓN DEL OBLIGADO TRIBUTARIO

- **Sentencia de la Corte Constitucional francesa de 8 de diciembre de 2016:** inconstitucionalidad del art. 137 de la Ley 1691/2016, sobre transparencia, lucha contra la corrupción y modernización de la vida económica (Sapin 2), que obligaba a los grupos franceses con una cifra de negocio superior a 750 millones de euros a hacer públicos sus informes país por país sobre datos financieros y económicos del grupo. Atenta de forma desproporcionada contra el *derecho a la libertad de empresa*.
- **STJUE de 20 de mayo de 2003, *Osterreichischer Rundfunk*:** necesidad de analizar si la divulgación pública de determinada información es necesaria y apropiada para lograr el objetivo (de buena gestión de los recursos públicos) perseguido, o si ese objetivo podría haberse alcanzado con la misma eficacia con medidas menos lesivas del derecho de las personas afectadas a la protección de sus datos de carácter personal (ap. 88).
- **Supervisor Europeo de Protección de Datos:** Opinión de 2 de febrero de 2017 sobre propuesta de reforma de la Cuarta Directiva Blanqueo de Capitales: critica la medida en términos de proporcionalidad.

# CONCLUSIONES

- La potenciación de la cooperación administrativa, en especial el IAI, **no debe suponer una restricción desproporcionada de los derechos de los obligados tributarios afectados.**
- Necesidad de abordar, por parte de la UE, de **forma decidida y clara el contenido mínimo de protección del obligado tributario en sus relaciones jurídico-tributarias de alcance transnacional:**
  - **STJUE (Gran Sala) de 16 de mayo de 2017, *Berlioz*:** reconoce expresamente la posibilidad de que las autoridades administrativas y judiciales del Estado requerido realicen el control de legalidad del requerimiento de información procedente de otros Estados. Realiza el esfuerzo de concretar los derechos de los obligados tributarios a los que se exige aportar información tributaria relevante sobre terceros.
  - **Exposición de motivos Reglamento 2016/679/UE:** “aunque los objetivos y principios de la Directiva 95/46/CE siguen siendo válidos, ello no ha impedido que la protección de los datos en el territorio de la Unión se aplique de manera fragmentada (...) Las diferencias en el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas físicas, en particular del derecho a la protección de datos de carácter personal, en lo que respecta al tratamiento de dichos datos en los Estados miembros pueden impedir la libre circulación de los datos de carácter personal en la Unión”. Por tanto, tanto “para garantizar un nivel uniforme y adecuado de protección de las personas físicas”, como para “eliminar los obstáculos a la circulación de datos personales dentro de la Unión, el nivel de protección (...) debe ser equivalente en todos los Estados miembros”.