

Obtención e intercambio de información tributaria: derechos y garantías de los ciudadanos

Juan José Nieto Montero

Universidad de Santiago de Compostela

23 de noviembre de 2017



Sumario

- El contexto.
- Los derechos de los ciudadanos como límites a la obtención e intercambio de información:
 - En el derecho español
 - Internacionales
 - Europeos
- Reflexiones finales

EL CONTEXTO

Obtención de información: fundamento

- La información en el ámbito tributario.
Fundamento de la obtención de información:
 - El deber de contribuir
 - La prevención del fraude fiscal
 - El Estado social

La obtención de información y los deberes de colaboración

- Colaboración social en la aplicación de los tributos
- Obligación formal: prestación de carácter público
- Generalización del suministro de información:
 - Deslegalización
 - ¿Vulneración de la CE?

La obtención de información: modalidades

- Ámbitos interno e internacional:
 - Obtención vs. intercambio
- Captación vs. suministro
- Modalidades: automática, por solicitud, espontánea

Regulación normativa

- **Ámbito interno:**
 - LGT: art. 93 a 95
 - Concordantes:
 - NF 2/2005, de 8 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Gipuzkoa (art. 90 y ss).
 - NF 6/2005, de 28 de febrero, General Tributaria de Álava (art. 90 y ss)
 - NF 2/2005, de 10 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Bizkaia (art. 92 y ss)
 - RGGIT: art. 30 a 58
- **Ámbito internacional:**
 - CDI: modelos y convenios
 - UE

La obtención de información en la normativa española

- Art. 93 LGT: obligación de información sobre particulares y límites
- Art. 94 LGT: obligación de información de Administraciones
- Art. 95 LGT: confidencialidad de la información
- Art. 177 ter LGT: intercambio de información en la asistencia mutua
- DA 22ª LGT: Obligaciones de información y de diligencia debida relativas a cuentas financieras en el ámbito de la asistencia mutua
- Generalización del intercambio automático relativo a cuentas financieras:
 - Real Decreto 1021/2015, de 13 de noviembre, por el que se establece la obligación de identificar la residencia fiscal de las personas que ostenten la titularidad o el control de determinadas cuentas financieras y de informar acerca de las mismas en el ámbito de la asistencia mutua

El intercambio de información: “normativa” internacional

- MCOCDE / MCNU: art. 26
- Convención OCDE-CdE sobre Asistencia Administrativa Mutua en materia fiscal
- Modelo OCDE de Acuerdo sobre intercambio de información en materia tributaria
- Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes sobre intercambio automático de información de cuentas financieras, hecho en Berlín el 29 de octubre de 2014:
 - FATCA
 - “Global standard for Automatic Exchange of Financial Account information in tax matters”, OCDE, 21/07/2014

El intercambio de información: regulación en la UE

- **DIRECTIVA 2003/48/CE DEL CONSEJO** de 3 de junio de 2003 en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses
 - Derogada por Directiva (UE) 2015/2060 del Consejo de 10 de noviembre de 2015, por la que se deroga la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses
- **DIRECTIVA 2010/24/UE DEL CONSEJO** de 16 de marzo de 2010 sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas
- **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. Modificada por:
 - **DIRECTIVA 2014/107/UE DEL CONSEJO** de 9 de diciembre de 2014: ¿FATCA Europeo?
 - **DIRECTIVA (UE) 2015/2376 DEL CONSEJO** de 8 de diciembre de 2015
 - **DIRECTIVA (UE) 2016/881 DEL CONSEJO** de 25 de mayo de 2016
 - Proyecto de modificación presentado el 21 de junio de 2017
- **Reglamento de Ejecución (UE) 2015/2378** de la Comisión, de 15 de diciembre de 2015, por el que se establecen disposiciones de ejecución de determinadas normas de la Directiva 2011/16/UE del Consejo
- **REGLAMENTO (UE) Nº 904/2010 DEL CONSEJO** de 7 de octubre de 2010 relativo a la cooperación administrativa y la lucha contra el fraude en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido
- **REGLAMENTO (UE) Nº 389/2012 DEL CONSEJO** de 2 de mayo de 2012 sobre cooperación administrativa en el ámbito de los impuestos especiales y por el que se deroga el Reglamento (CE) n o 2073/2004

Diversos estándares

- En relaciones internas:
 - Generalización del suministro obligatorio
 - Previsión con amplitud de la obtención por captación: regulación de los requerimientos
 - Menor peso del suministro espontáneo
- En la asistencia mutua:
 - Tendencia hacia el intercambio automático.

LOS LÍMITES A LA OBTENCIÓN E INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

El deber de información y los derechos del ciudadano/contribuyente

- Colisión de intereses:
 - Derecho a la intimidad personal y familiar (protección de datos, intimidad económica, honor, etc.)
 - Secreto de las comunicaciones
 - Secreto profesional
 - Derecho a no autoinculparse
 - Garantías procedimentales
- Resolución: ámbitos afectados y proporcionalidad

El deber de información y las libertades económicas

- Posible colisión con libertades de circulación y establecimiento
 - Diferencias procedimentales
 - Desincentivos a las empresas
- Evitar discriminación utilizando el intercambio
- Jurisprudencia TJUE

Intercambio de información y libertades comunitarias: jurisprudencia

- En posible colisión, aplicación de la doctrina de la STJUE de 25/04/2013, Jyske Bank Gibraltar Ltd.
 - Carácter no absoluto de las libertades
 - La limitación es válida si:
 - se justifica por una razón imperiosa de interés general
 - es adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue
 - no va más allá de lo necesario para alcanzarlo
 - se aplica de forma no discriminatoria
- STJUE de 14/04/2016, Sparkasse Allgäu. No contravención de libertades.

Los límites en la normativa española

- Objeto: La trascendencia tributaria
- Los límites:
 - Intimidad personal y familiar
 - Secreto bancario
 - Secreto profesional:
 - General
 - Funcionarios y trabajadores públicos: correspondencia, estadístico y protocolo notarial
 - Abogados y procuradores. ¿Otras profesiones?
 - Otros aspectos:
 - Derecho a no autoincriminarse
 - Protección de datos

La trascendencia tributaria (I)

- Art. 93.1 LGT. Concepto jurídico indeterminado: “Límite infranqueable del deber colaboración”.
 - Concepto más amplio que el contenido económico
- Noción: STS 03/02/2001: “busca habilitar para recabar información, tanto de particulares como de organismos, para cuanto conduzca a la aplicación de los tributos”
 - SSTS 03/02/2001 y 07/06/2003: “potencial, indirecta, hipotética”. Crítica
- Potestad (SSTS de 20/10/2014, 23/10/2014, 22/01/2015 (2) y 30/04/2015):
 - No es una potestad discrecional , sino reglada
 - Los requerimientos deben individualizarse subjetivamente y contener concreción objetiva
 - Se deben rechazar los requerimientos abstractos, genéricos e indiscriminados

La trascendencia tributaria (II)

- No puede quedar en una mera declaración formal =>potestad exorbitante . Motivación: RTEAC 02/06/2015
- Palao Taboada: exclusión de solicitudes “carentes de toda relación con hechos imponibles conocidos o de probable realización”
 - STS 07/02/2014: billetes 500 €
 - STS 13/11/2014: En recaudación, no cabe practicar requerimientos desvinculados del cobro o de la exacción de créditos concretos y específicos (Alquiler de cajas de seguridad)
 - RTEAC 02/11/2017: cajas de seguridad en inspección
 - STS 13/06/2016: gastos escolares
- RTEAC 23/07/1997: valoración por los órganos de control

Intimidad personal y familiar

- TC: Sentencias 110/1984 y 76/1990.
- STS 18/07/2011: la intimidad como derecho limitado
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad personal y Familiar y a la Propia Imagen: art. 2.2 (autorización legal)
- Datos privados no patrimoniales
- Titular de la intimidad vs. sujeto del requerimiento: alegación del derecho: RTEAC de 19 febrero 2015
- Otras manifestaciones concretas de la intimidad

Secreto bancario

- Limitación en 1977
- Art. 93.3 LGT
- STC 110/1984 y ATC 642/1986
 - Conexión con la intimidad constitucionalmente protegida
- Gran problemática internacional

Secreto profesional

- Art. 93.5 LGT
- STC 110/1984: no vulnerado por conocimiento del nombre del cliente y de las cantidades pagadas en concepto de honorarios
 - Médicos: Identificación de pacientes a través de un listado, sin afectar para nada a tratamientos o diagnósticos que pudieran orientar sobre la naturaleza de la enfermedad (STSJCM 02/06/2003)
- No alegable respecto de la propia situación tributaria.

Secreto profesional: asesoramiento o defensa

- Secreto abogado:
 - STJUE 14/09/2010, *Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals/Comisión*
 - Confidencialidad: derecho protegido: STEDH *Castravet contra Moldavia*, de 13/03/2007; *Foxley contra Reino Unido*, de 20/06/2000; de 05/10/2006, *Viola contra Italia* o de 16/10/2001 *Brennan contra Reino Unido*,
- Aplicación a otras profesiones:
 - Auditoría de cuentas: STS 07/06/2003; SAN 01/04/2015
 - Agentes de la propiedad inmobiliaria: STS 03/02/2001
 - Sociedades de Tasación de Inmuebles: STS 20/10/2014
 - ¿Asesores fiscales?: art. 22 Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo
- Acuerdo CGPJ 20/07/2017: protección de identidad de clientes.

Funcionarios y trabajadores públicos: correspondencia, estadístico y protocolo notarial

- Art. 93.4 LGT
- Correspondencia:
 - LGT: se refiere al secreto de la correspondencia y lo refiere a funcionarios públicos y profesionales oficiales.
 - Ámbito: comunicaciones, en general. “Libertad informática” (STC 292/2000)
 - Alcance: ¿limitado o general?
- Secreto estadístico:
 - Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública (art. 13 a 19)
 - Alcance: ¿sólo estadística “pública”? ¿LOPD?
- Secreto del protocolo notarial:
 - Ámbito: artículos 34 (libro reservado de testamentos y codicilos) y 35 de la Ley del Notariado.
 - Art. 35 actual, carece de sentido (desde 1991). Anteriormente se refería al reconocimiento de hijos
 - Cuestiones matrimoniales excepto régimen económico
 - Alcance: ¿profesionales públicos? ¿Empleados de notaría?

Obligaciones específicas... límites específicos

- Art. 94 LGT. Deber de colaboración de autoridades y entidades
- Límite específico: secreto sumarial: art. 94.3 LGT.
- Protección de datos:
 - STC 290/2000: nuevo derecho fundamental, autónomo respecto al derecho a la intimidad
 - No requerirá el consentimiento del afectado
 - No aplicable art. 21.1 LOPD (exclusión de información cuando hay divergencia de fines)
 - Ejemplos: informes AEPD

Derecho a no autoincriminarse

- STEDH 27/02/1994, *Bendenoun c. Francia*: aplicación al procedimiento sancionador tributario.
- Jurisprudencia TEDH:
 - STEDH de 25-2-1993, *Funke c. Francia*
 - STEDH de 17-12-1996, *Saunders c. Reino Unido*
 - STEDH de 3-5-2001, *J.B. c. Suiza*
 - STEDH de 29-6-2007, *O'Hallorand y Francis c. Reino Unido*
- Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio (art. 7)
- Jurisprudencia TC:
 - STC 76/1990: carácter no absoluto de los derechos fundamentales.
 - STC 161/1997: los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable constituyen una manifestación concreta del derecho a la presunción de inocencia

La asistencia mutua

- Art. 177 ter LGT:
 - Remisión a la normativa de asistencia mutua
 - Utilización de los mecanismos de obtención de información previstos en la LGT

Los límites en el ámbito internacional

- MCOCDE: art. 26
- Modelo de Naciones Unidas
- Convención OCDE-CdE sobre Asistencia Administrativa Mutua en materia fiscal: art. 21
- Modelo OCDE de Acuerdo sobre intercambio de información en materia tributaria: art. 7
- FATCA
- Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes sobre intercambio automático de información de cuentas financieras, hecho en Berlín el 29 de octubre de 2014
- Unión Europea

Art. 26 MCOOCDE

- **Ámbito:**
 - Hasta 2000, limitado a impuestos objeto del Convenio. Ampliación
 - El intercambio de información se encuentra regulado solamente por el artículo 26, aún cuando se trate de MAP (art. 25) o asistencia en la recaudación de impuestos (art. 27).
- **Límites:**
 - En la modificación de 2005 se sustituye “necesaria” por “previsiblemente relevante”
 - Conexión con “trascendencia tributaria”. Se rebaja el umbral
 - Exclusión de las “fishing expeditions”
 - En 2012: ampliación a otros usos si lo permiten las normas de ambos Estados
 - Art. 26.2: Confidencialidad
 - Art. 26.3.a) : Medidas contrarias a sus normas o praxis
 - Art. 26.3.b) : Suministrar información que no pueda obtener conforme a su normativa o la del otro Estado
 - Art. 26.3.c) Secretos comerciales, industriales o profesionales. Orden público.
 - Art. 26.4: Exclusión de la cláusula de interés nacional
 - Art. 26.5: Exclusión del secreto bancario como límite

Otros modelos

- MCNU:
 - Art. 26 MCNU.
 - Progresiva aproximación con art. 26 MCOCDE
 - Identidad de límites
 - Apartado 6: “Las autoridades competentes, mediante consultas, **determinarán los métodos y las técnicas apropiados para los asuntos con respecto a los cuales habrá de intercambiarse información**” (implícito en MCOCDE).

OCDE: Acuerdo sobre intercambio de información en materia tributaria

- Art. 1:
 - Información que previsiblemente pueda resultar de interés
 - Derechos de los ciudadanos
- Art. 7: Posibilidad de denegar el intercambio (límites):
 - Información que no pueda obtenerse conforme a la propia normativa o praxis
 - Solicitud no conforme con el Acuerdo
 - Secretos comerciales, empresariales, industriales o profesionales o un proceso industrial.
 - **Expresamente: abogado o representante legal y cliente:**
 - Se produzcan con el fin de recabar o prestar asesoramiento jurídico, o
 - Se produzcan a efectos de su utilización en un procedimiento jurídico en curso o previsto.
 - Orden público
 - **No denegación por existir controversia sobre la obligación en origen**
 - **Discriminación entre nacionales del Estado requerido y del requirente.**
- Art. 8: confidencialidad

Convención OCDE-CdE sobre Asistencia Administrativa Mutua en materia fiscal

- Art. 4: información “previsiblemente relevante”
 - Información al sujeto (art. 4.3)
- Artículo 21: “Protección de las personas y límites a la obligación de otorgar asistencia”
 - 1. Respeto a derechos y salvaguardas
 - 2. Límites
 - medidas contrarias normativa o práctica del Estado requerido o del requirente
 - orden público
 - suministrar información que no pueda obtenerse conforme a la legislación o práctica de requerido o requirente.
 - secreto comercial, empresarial, industrial, mercantil o profesional o un procedimiento comercial
 - **si considera que la imposición fiscal en el Estado requirente es contraria a los principios fiscales generalmente aceptados**
 - discriminación de nacionales de Estado requerido y requirente
 - **subsidiariedad (agotar vías por requirente), límite proporcionalidad**
 - **falta de proporcionalidad**
 - 3. Eliminación del interés doméstico
 - 4. Eliminación del secreto bancario
- Artículo 22: Confidencialidad (secreto fiscal)

FATCA

- Al limitarse a cuentas bancarias el límite sería precisamente el que se elimina.
- Garantía de confidencialidad: art. 3.7 Acuerdo España-USA => Remisión al CDI
 - Colisión (almacenamiento de datos) con las normas sobre protección de la intimidad (especialmente sobre protección de datos)
 - Explican el paso al sistema multilateral
- Modelo de Acuerdo entre las Autoridades Competentes ... relativo al intercambio automático de información sobre cuentas financieras para la mejora del cumplimiento fiscal internacional [ECR]: art. 5. Confidencialidad: remisión al convenio.

Acuerdo Multilateral

- Art. 5 Confidencialidad y protección de datos: “Toda la información intercambiada está protegida”:
 - Por las normas sobre confidencialidad y demás salvaguardas previstas en el Convenio (Convenio sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal)
 - Por las salvaguardas que pueda determinar la Autoridad competente que proporciona la información conforme a su normativa interna

Unión Europea: Directiva 2011/16/UE

- Art. 1: “intercambiar información que, previsiblemente, guarde relación con la administración y ejecución de las leyes nacionales de los Estados miembros en relación con los impuestos”
- Limitaciones: art. 16 a 19:
 - Art. 16: Confidencialidad
 - Art. 17: Límites
 - Subsidiariedad
 - Compatibilidad con la propia legislación
 - Reciprocidad
 - Secreto comercial, industrial o profesional o un procedimiento comercial
 - Interés público
 - Art. 18: Obligaciones:
 - **Exclusión del interés doméstico**
 - Exclusión del secreto bancario
 - Art. 19: Cláusula de nación más favorecida

Unión Europea: Directiva 2010/24/UE

- Art. 5: “toda información que sea previsiblemente pertinente para la autoridad requirente a efectos del cobro de los créditos”
- Inexistencia de la obligación de suministrar informaciones:
 - que no estuviera en condiciones de obtener para el cobro de créditos similares nacidos en el Estado miembro requerido;
 - que revelara un secreto comercial, industrial o profesional;
 - cuya comunicación pudiera atentar contra la seguridad o el orden público del Estado miembro requerido.
- Exclusión expresa del secreto bancario

Unión Europea: Reglamento (UE) N° 904/2010 del Consejo

- Art. 1: “información que pudiera ser útil para calcular correctamente el IVA, controlar su correcta aplicación, especialmente con respecto a las transacciones intracomunitarias, y luchar contra el fraude en el ámbito de este impuesto”
- Artículo 54: Límites
 - No suponer carga administrativa desproporcionada
 - Subsidiariedad
 - Respeto a la legislación y praxis del Estado requerido
 - Reciprocidad (negativa)
 - Secreto comercial, industrial o profesional, o procedimiento comercial
 - Orden público.
 - Exclusión del secreto bancario
- Artículo 55: Secreto oficial

Unión Europea: Reglamento (UE) N° 389/2012 del Consejo

- Art. 1: “Información necesaria para garantizar la correcta aplicación de la legislación en materia de impuestos especiales”
- Art. 25: Limitaciones
 - Subsidiariedad
 - No implique carga administrativa desproporcionada
 - Respeto a la normativa y praxis del Estado Miembro
 - Reciprocidad (negativa)
 - Secreto comercial, industrial o profesional o de un procedimiento comercial
 - Interés público.
 - Exclusión del secreto bancario
- Art. 18: no suponer nuevas obligaciones para los ciudadanos

Un ulterior “límite”: los procedimientos del Estado requerido

- Art. 6 Directiva 2011/16: “a fin de obtener la información o llevar a cabo la investigación administrativa solicitadas, la autoridad requerida aplicará los mismos procedimientos que si actuase por propia iniciativa o a instancias de otra autoridad de su propio Estado miembro”
- Art. 13 Directiva 2010/24: “La autoridad requerida hará uso de todas las competencias y procedimientos establecidos de conformidad con las leyes, reglamentos o disposiciones administrativas de su Estado miembro “
- ¿Derechos de los contribuyentes en los procedimientos de aplicación de los tributos?:
 - ¿Implica reconocer también todos los límites “internos”?

Procedimientos del Estado requerido... jurisprudencia

- STJUE 22/10/ 2013, *Jiří Sabou*:
 - Inaplicación del derecho a ser oído (art. 41.2 a) CDFUE), aún no vigente.
 - Marco de la directiva anterior (77/799): la directiva no atribuye derechos a los contribuyentes.
- La CDFUE podría aplicarse si estuviese vigente, como hizo la STJUE 26/02/ 2013, *Åklagaren / Hans Åkerberg Fransson (non bis in idem)*

Un caso reciente: Berlioz

- STJUE de 16/05/2017, *Berlioz Investment Fund SA*
- Aplicación CDFUE en imposición de sanciones por negativa a facilitar información. Esa norma nacional, ¿es aplicación del Derecho de la Unión? => SI
- Art. 47 CDFUE (Tutela judicial efectiva): ¿permite impugnar la imposición de sanción? => SI (oposición de la Comisión por entender que la directiva no otorga derechos a los ciudadanos: negativa: diferencia con Sabou)
- La pertinencia previsible es un requisito de legalidad del requerimiento. Si traslada el requerimiento al ciudadano: cabe oposición (art. 47 CDFUE) por falta de pertinencia.
- La pertinencia puede ser objeto de control por el Estado requerido. Motivación suficiente (desconocimiento Derecho del Estado requirente). ¿Límites del art. 17 Directiva? =>no alegados por la parte.
- Derecho de acceso a toda la información: el juez SÍ, el ciudadano NO (carácter confidencial de los datos). No es preciso el acceso a TODA la documentación para el ejercicio del derecho de defensa

REFLEXIONES FINALES

Reflexiones finales

- Gran diversidad de fuentes y sistemas
- Complejidad de fijar límites: derechos de los ciudadanos, libertades económicas, intereses de los Estados, lucha contra el fraude, etc.
- Superación evidente de ciertos límites: secreto bancario
- Limitaciones vigentes. Dos grandes grupos:
 - Relacionadas con los derechos de los ciudadanos: intimidad, secreto profesional, protección de datos... y garantías procedimentales
 - Relacionadas con las relaciones entre Estados: “Proporcionalidad, subsidiariedad, reciprocidad y no discriminación” más orden público
- Clave: proporcionalidad
- Límites son derechos y garantías de los ciudadanos

**MUCHAS GRACIAS POR SU
ATENCIÓN**