

# La Obligación de Información de Bienes y Derechos en el Extranjero Como Instrumento de Lucha Contra el Fraude Fiscal

María García Caracuel\*

## Resumen:

En el presente trabajo, la autora analiza una obligación de informar recientemente incorporada al ordenamiento español que obliga a toda persona física y jurídica a declarar los bienes y derechos que posea en el extranjero, cuyo incumplimiento conlleva la generación de una ganancia patrimonial en relación con aquellos elementos patrimoniales no declarados que se imputarán al último ejercicio no prescrito.

## Palabras clave:

Fraude fiscal – Lucha contra el fraude – Obligación de informar – Deberes de información – Ganancias patrimoniales – Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas – Prescripción

## Abstract:

In this paper, the author analyses one of the obligations to inform recently implemented in Spain that requires from natural and legal persons to report about assets and properties abroad. Failure to comply with this requirement may make recognition of a gain over incomes and properties values not being declared. These gains will be considered income tax from last tax period.

## Keywords:

Tax fraud – Fighting tax fraud – Obligation to inform – Reporting duties – Capital gains – The income tax – The limitation period prescribed

## Sumario:

1. Introducción: el marco de la lucha contra el fraude de ley – 2. El vínculo entre la obligación de informar sobre bienes y derechos en el extranjero y las ganancias patrimoniales no justificadas

\* Profesora Contratada Doctora (Acreditada a Titular) de la Universidad de Granada. Doctorado europeo sobre las obligaciones tributarias a cuenta y postdoctorado en la Universidad de Estrasburgo, Francia, sobre fiscalidad internacional. Tiene diversos trabajos sobre fiscalidad internacional en el ámbito de la libre circulación de capitales y la fiscalidad medioambiental, así como la relación entre los Derechos Humanos y el Derecho tributario.

## 1. Introducción: el marco de la lucha contra el fraude de ley

Dentro de un contexto de *globalización y crisis económica*<sup>1</sup>, la Administración Tributaria, ante el descenso de ingresos en las arcas del Erario Público, se plantea dos vías de actuación para frenar dicho descenso de ingresos. Por un lado, la subida de Impuestos de importancia tanto cualitativamente como cuantitativamente de nuestro ordenamiento jurídico, y por el otro, el refuerzo del control del fraude fiscal. Se afirma la necesidad de aprobar una serie de medidas destinadas para detectar *nichos*<sup>2</sup> de fraude al entender el legislador que merece una mayor reprobación en las actuales circunstancias de crisis. Uno de los métodos más eficaces de lucha contra el fraude para el caso de deslocalización de capitales, sigue siendo el intercambio automático de información fiscal entre los países<sup>3</sup>. Sin embargo, ante la falta de colaboración o las limitaciones que pueda imponer este sistema, hace algo más de un año nuestro Gobierno ha recurrido a una obligación de declaración informativa sobre bienes y derechos situados en el extranjero que se combina con la nueva regulación sobre las ganancias patrimoniales no justificadas en IRPF. Tras una comentada amnistía fiscal, aquellos que no aprovecharon la oportunidad de regularización fiscal concedida en 2012 para declarar sus patrimonios ocultos, desde el 1 de enero de 2013 están especialmente acosados por la Administración Tributaria.

En efecto, desde el 31/10/2012, la *Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el*

*fraude* (BOE 30/10/2012), introduce novedades tributarias y modificaciones, entre otras, en la *Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF* y en la *Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria*<sup>4</sup>. De entre todas ellas vamos a hacer un repaso a la nueva disposición adicional decimoctava de la Ley General Tributaria (LGT) que establece la obligación de informar a la Administración Tributaria sobre determinados bienes y derechos situados en el extranjero; obligación cuyo incumplimiento lleva aparejado un nuevo supuesto de ganancias de patrimonio no justificadas por *la tenencia, declaración o adquisición de bienes o derechos respecto de los que no se haya cumplido en plazo dicha obligación de información* (apartado dos del artículo 39 de la Ley 35/2006<sup>5</sup>). Según la Exposición de Motivos de la *Ley 7/2012*, este nuevo deber es consecuencia de cuánto se ha facilitado la libre circulación de riqueza en el actual modelo de economía globalizada. El legislador relaciona la libertad de la circulación de capitales (elemento esencial, como sabemos, del ordenamiento jurídico comunitario) con un incremento de conductas fraudulentas de carácter ilícito. El legislador no es ajeno, por tanto, a los problemas que genera una economía globalizada en los sistemas tributarios nacionales, entre los cuales destaca la erosión en su base imponible como consecuencia de la facilidad existente en el traslado de manifestaciones de riqueza entre Estados<sup>6</sup>.

La obligación de declarar bienes y derechos situados en el extranjero se refiere a tres grupos de bienes, cuentas, inmuebles y valores, derechos o seguros; en concreto sobre los siguientes<sup>7</sup>:

*a. Información sobre las cuentas situadas en el extranjero abiertas en entidades que se dediquen*

1 Términos utilizados por la propia Exposición de Motivos de la *Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude*.

2 Vid nota pie. 1.

3 El Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas ha anunciado el compromiso, auspiciado por España, Francia, Alemania, Italia y Reino Unido, y asumido por cuarenta y cuatro países del mundo de progresar en el intercambio automático de información fiscal. Entre los territorios que se suman al acuerdo figuran algunos de los paraísos fiscales más significativos, dependientes o tutelados por el Reino Unido, como son algunas islas anglonormandas (Guernsey, Jersey), la isla de Man, y ciertos territorios de ultramar (Anguila, Bermudas, Vírgenes Británicas, Caimán, Gibraltar, Montserrat e Islas Turcas y Caicos). Estos compromisos de asistencia mutua van a propiciar, a partir de 2017, la transferencia automática de información sobre cuentas y depósitos abiertos en entidades financieras, desde finales de 2015, a nombre de residentes en los demás países adheridos al acuerdo. El pacto tiene vocación de ampliar su ámbito de aplicación mediante la incorporación de otros países y con él se avanza en el objetivo de establecer una red mundial que permita suplir la ausencia de una autoridad global que ponga barreras a las oportunidades que dan los defraudadores las nuevas tecnologías de información y comunicación.

El compromiso está inspirado en los acuerdos FATCA, (Foreign Account Tax Compliance Act) aprobada por los Estados Unidos en marzo de 2010, las cuales establecen obligaciones a determinadas instituciones financieras extranjeras, de suministro de información sobre cuentas de ciudadanos y residentes en EEUU sustituibles por un recargo del 30% sobre las rentas de fuente norteamericana. Con el fin de posibilitar jurídicamente el suministro de tales informaciones, otros Estados participan en el proceso mediante acuerdos FATCA que obligan a los respectivos gobiernos a recopilar la información sobre no residentes y transmitirla automáticamente a las autoridades del país de residencia. España firmó un acuerdo FATCA con Estados Unidos el 14 de mayo de 2013. Vid. SIMON ACOSTA, E., "Se estrecha el cerco al fraude fiscal internacional", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 883/2014, parte Tribuna, Ed. Aranzadi, 2014.

4 Preceptos introducidos por los artículos 1.Dieciséis y 3.Dos respectivamente de la Ley 7/2012.

5 Introducido por el párrafo Dos del artículo 3 de dicha Ley.

6 Vid. FERNÁNDEZ AMOR, J. A., "Examen de la declaración de bienes sitos en el extranjero a través de los principios jurídicos de las obligaciones tributarias formales", *Actualidad Jurídica Aranzadi* 1/20013.

7 Introducida en el párrafo Diecisiete del artículo 1 de la Ley 7/2012.

al tráfico bancario o crediticio de las que sean titulares o beneficiarios o en las que figuren como autorizados o de alguna otra forma ostenten poder de disposición.

b. Información de cualesquiera títulos, activos, valores o derechos representativos del capital social, fondos propios o patrimonio de todo tipo de entidades, o de la cesión a terceros de capitales propios, de los que sean titulares y que se encuentren depositados o situados en el extranjero, así como de los seguros de vida o invalidez de los que sean tomadores y de las rentas vitalicias o temporales de las que sean beneficiarios como consecuencia de la entrega de un capital en dinero, bienes muebles o inmuebles, contratados con entidades establecidas en el extranjero.

c. Información sobre los bienes inmuebles y derechos sobre bienes inmuebles de su titularidad situados en el extranjero.

Como consecuencia del precepto anterior, le modifica el apartado dos del artículo 39 de la Ley 35/2006<sup>8</sup>, como nuevo supuesto de ganancias de patrimonio no justificadas por la tenencia, declaración o adquisición de bienes o derechos respecto de los que no se haya cumplido en plazo la obligación de información establecida en la nueva disposición adicional decimoctava de la Ley General Tributaria.

Desde la primera lectura de ambos preceptos se advierten determinadas consecuencias jurídicas que no están exentas de problemas de adecuación tanto a los principios básicos de nuestro ordenamiento interno – piénsese en la seguridad jurídica claramente vulnerada por la presunción de ganancias patrimoniales – como al Derecho de la Unión Europea – la libre circulación de capitales –. Mucho nos tememos que pierdan toda su eficacia en cuanto se produzca la intervención de los tribunales de justicia, por lo que la doctrina es unánime sobre la necesidad de revisar la normativa de 2012<sup>9</sup>.

Tras una primera presentación más objetiva sobre el alcance y regulación de estas medidas, procederemos a realizar un breve análisis crítico de las consecuencias derivadas del establecimiento de una nueva obligación de informar para los particulares.

## 1.1 Obtención de información tributaria de bienes y derechos situados en el extranjero

En el cuadro de medidas de actuación contra el fraude fiscal, el Gobierno incorpora esta obligación al ordenamiento español a través de la nueva Disposición Adicional Decimoctava de la Ley 58/2003 General Tributaria y con desarrollo reglamentario en los arts. 42 bis, 42 ter y 54 bis del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (RGGIT) aprobado mediante Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio. Estos últimos fueron introducidos por el Real Decreto 1558/2012, de 15 de noviembre, por el que se adaptan las normas de desarrollo de la Ley 58/2003 a la normativa comunitaria e internacional en materia de asistencia mutua, estableciéndose obligaciones de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero y modificándose el Reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa aprobado mediante Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre

Transcurrido ya más de un año desde la incorporación de la declaración informativa sobre bienes situados en el extranjero, no son pocas las dudas que se plantean acerca de dicha declaración; ni la propia ley ni las disposiciones reglamentarias han sido capaces de perfilar el verdadero alcance de la obligación, prueba de ello es el amplio y variopinto listado de preguntas frecuentes que la Agencia Tributaria ha publicado en su web, sobre las que tampoco está claro el valor jurídico de las contestaciones<sup>10</sup>.

### 1.1.1 Aspectos objetivos y subjetivos de la obligación

La nueva declaración informativa que afecta a un amplio elenco de bienes y derechos supone un nuevo deber formal de los ya existentes en nuestro ordenamiento tributario. Se trata de una obligación de carácter general que no está vinculada a ningún tributo en particular; el criterio utilizado para su aplicación es el de la residencia la cual se determinará conforme a la normativa de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. De acuerdo con la interpretación de la propia Administración, **“cada uno de los tres bloques de bienes, constituye una**

8 Introducido por el párrafo Dos del artículo 3 de dicha Ley.

9 Vid. SIMON ACOSTA, E., “Se estrecha el cerco al fraude fiscal internacional”... op. cit. 2014.

10 El profesor FALCON Y TELLA analiza alguna de las contestaciones más peculiares de la Administración Tributaria en su trabajo “El modelo 720 (I): especial referencia a la contabilidad de las personas físicas y a las sociedades sin personalidad”, *Quincena Fiscal Aranzadi* num.11/2013 parte Estudio, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013.

**obligación de información diferente, pero las tres obligaciones de información se articulan a través de un mismo modelo informativo.** De este modo las tres obligaciones de información se cumplirían cumplimentando el Modelo 720<sup>11</sup> informando de todos los bienes y derechos respecto a los que exista obligación de informar<sup>12</sup>.

Como los restantes deberes formales definidos en el artículo 29 de la Ley General Tributaria, ésta es una obligación no pecuniaria y va dirigida a los obligados tributarios – personas físicas y jurídicas y entidades a las que se refiere el artículo 35.4 LGT – independientemente de que sean obligados principales del tributo o no; pero en este caso también se impone esta obligación a los establecimientos permanentes en territorio español de no residentes que no son obligados propiamente dicho. Además, en el caso de una herencia yacente, hay que tener en cuenta que, conforme a lo declarado por la DGT en su contestación a Consulta de 9 de abril de 2013, por el simple hecho de ser beneficiario de una herencia yacente integrada por un conjunto de bienes y derechos situados en el extranjero, se está obligado a presentar el Modelo 720 (Declaración informativa), a pesar de que no se hubiese aceptado y adjudicado dicha herencia.

En concreto, esta la obligación resulta aplicable a todo obligado tributario<sup>13</sup> que sea titular directo de bienes en el extranjero, pero igualmente, en relación con las cuentas en entidades financieras, a quienes hayan sido titulares, representantes, autorizados, o beneficiarios de las citadas cuentas; hayan tenido poderes de disposición sobre las mismas<sup>14</sup>; o hayan sido titulares reales en cualquier momento del

año al que se refiera la declaración<sup>15</sup>. El detalle de la información a suministrar a la Administración tributaria comprenderá desde la razón social o denominación completa de la entidad bancaria o de crédito así como su domicilio, la identificación completa de las cuentas, la fecha de apertura o cancelación; o, en su caso, las fechas de concesión y revocación de la autorización y evidentemente los saldos de las cuentas a 31 de diciembre y el saldo medio correspondiente al último trimestre del año. En el caso de cuentas en monedas diferentes al euro, la valoración de las mismas deberá hacerse de acuerdo con el tipo de cambio vigente a 31 de diciembre del año al que corresponde la declaración tanto para el saldo a dicha fecha como para el saldo del último trimestre<sup>16</sup>.

En relación con los valores, derechos, seguros y rentas depositados, gestionados u obtenidos en el extranjero, se extenderá a cualquier obligado tributario que hubiese sido titular o titular real de los bienes y derechos que se describen en el precepto en cualquier momento del año al que se refiera la declaración y que hubiese perdido dicha condición a 31 de diciembre de ese año (la información a suministrar será la correspondiente a la fecha en la que dicha extinción se produjo)<sup>17</sup>. La declaración informativa contendrá los datos siguientes: razón social o denominación completa de la entidad jurídica, del tercero cesionario o identificación del instrumento o relación jurídica, según corresponda, así como su domicilio, el saldo a 31 de diciembre de cada año de los valores y derechos representativos de la participación en el capital o en los fondos propios de entidades jurídicas, el saldo a 31 de diciembre de los valores

11 El modelo de declaración informativa sobre bienes y derechos situados en el extranjero fue aprobado por la Orden HAP/72/2013, de 30 de enero de 2013.

12 Sobre esta multiplicidad de obligaciones consultar el artículo publicado por FALCÓN Y TELLA, R., "El modelo 720 (y II): ¿es una obligación, son tres, o se trata de una obligación inexigible hasta que se apruebe un modelo para la presentación en papel?". *Quincena Fiscal Aranzadi* num.12/2013 parte Editorial, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013.

13 Téngase en cuenta el la utilización del concepto "obligado tributario" nos remite al artículo 35 de la LGT, precepto que engloba toda una serie de sujetos – personas físicas, jurídicas y entidades sin personalidad jurídica – que en virtud de la norma tributaria deba cumplir alguna obligación.

14 Son varias las críticas que se han realizado al aspecto subjetivo del deber formal. Por un lado la mención al "poder de disposición", en cuanto que concepto jurídico indeterminado, la interpretación atribuida por nuestro ordenamiento puede no coincidir con las diferentes posiciones subjetivas que las legislaciones de otros Estados atribuyan en sus contratos bancarios y que pueden diferir de las reconocidas en las nuestras. Vid. SÁNCHEZ PEDROCHE, J.A., "Primeras y preocupantes impresiones sobre el anteproyecto de ley de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria para la lucha contra el fraude", *Quincena Fiscal Aranzadi* núm. 11/2012. Por otro lado, el desarrollo inadecuado del reglamento que ante la vaguedad de los términos empleados en la ley, concreta los diferentes obligados tributarios, incluyendo como supuesto de obligado tributario a los establecimientos permanentes que no tienen carácter de obligado tributarios de acuerdo con el artículo 35 LGT. Sobre estos últimos, se plantearán dudas sobre los supuestos de aplicación derivados del concepto – como lugar de negocios donde se realizan actividades empresariales o donde existe un agente, así como de los bienes o derechos objeto de la declaración. Los problemas interpretativos deberán resolverse a través de Convenios Internacionales para evitar doble imposición. Vid. FERNÁNDEZ AMOR, J. A. op. cit. y ANEIRO PEREIRA, J., "La nueva obligación de informar sobre los bienes y derechos en el extranjero", *op. cit.*

15 Artículo 42.bis del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (RGGI) introducido por el *Real Decreto 1558/2012 por el que se adaptan las normas de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre General Tributaria, a la normativa comunitaria e internacional en materia de asistencia mutua, se establecen obligaciones de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero, y se modifica el reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa, aprobado por Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre.*

Puede verse en esta redacción una influencia de la normativa que persigue el blanqueo de capitales pues la titularidad de bienes o derechos se entiende en los términos de la *Ley 10/2010, de 28 de abril*. ANEIRO PEREIRA, J., "La nueva obligación de informar sobre los bienes y derechos en el extranjero", *Quincena Fiscal Aranzadi* núm. 3/2013.

16 Consulta de 5 de marzo de 2013 de la DGT.

17 Art. 42.ter del RGGI introducido por el *Real Decreto 1558/2012*.

representativos de la cesión a terceros de capitales propios y el saldo a 31 de diciembre de los valores aportados al instrumento jurídico correspondiente.

Y en cuanto a los bienes inmuebles, la obligación de información también se extiende a cualquier obligado tributario que hubiese sido titular real del inmueble o derecho en cualquier momento del año al que se refiera la declaración y que hubiera perdido dicha condición a 31 de diciembre de ese año<sup>18</sup>. La declaración informativa contendrá los siguientes datos: identificación del inmueble, su situación detallada y su fecha y valor de adquisición. Asimismo, para los casos de titularidad de contratos de multipropiedad, aprovechamiento por turnos, etc. además de la información anterior, deberá indicarse la fecha de adquisición de dichos derechos y su valor a 31 de diciembre, de acuerdo con las reglas de valoración de la Ley 19/1991, del Impuesto sobre el Patrimonio. Sobre el valor de los bienes, en el caso de un inmueble, se reflejará el precio de adquisición. Es decir, el contribuyente no debe preocuparse si sus bienes inmobiliarios se aprecian. Sin embargo, en el caso de que la titularidad proceda de contratos de multipropiedad, aprovechamientos por turnos, propiedad a tiempo parcial; deberá indicarse el valor a 31 de diciembre del ejercicio sujeto a declaración y que será el mayor de los tres siguientes: el valor catastral, el comprobado por la Administración a efectos de otros tributos o el valor de adquisición. En el caso de acciones se tomará como referencia el valor de la cotización a 31 de diciembre. Y, para las cuentas corrientes, se deberá declarar el saldo a 31 de diciembre y también el saldo medio del último trimestre. Así las cosas si un contribuyente, por ejemplo, tuviese 30.000 euros en su cuenta el último día del año pero la media del cuarto trimestre superase los 50.000 euros, estaría obligado a declarar. El hecho de reflejar el saldo promedio debe realizarse siempre, con independencia de la cifra resultante a 31 de diciembre. Es decir, los contribuyentes deberán pedir a su banco en el extranjero que les facilite esa información; y, en el hipotético caso de que la entidad financiera no ofreciese esos datos, sería el contribuyente quien debería efectuar los cálculos correspondientes.

En definitiva, quienes van a verse realmente perjudicados son los trabajadores desplazados a España por su empresa y que lleven viviendo en

España más de 183 días, lo que les convierte en residentes fiscales, salvo que se hayan acogido al régimen especial de trabajadores impatriados. El hecho de que se califique la conducta consistente en no declarar los bienes o derechos situados en el extranjero como grave en todo caso, resulta desproporcionado sin tener en cuenta las posibilidades reales de intercambio de información con el país o territorio de localización de los bienes<sup>19</sup>.

#### 1.1.2 *Forma en que debe cumplirse y límites a la misma*

Esta obligación deberá cumplirse en el correspondiente modelo: 720 en el primer trimestre del año siguiente a aquel al que se refiera la información suministrada y tiene efecto desde 2012, por lo que las primeras declaraciones empezaron a hacerse en 2013, con un límite de 50.000€ que se aplica de forma individual no a cada elemento, sino a cada grupo de bienes y derechos; por tanto, si bien el valor total del patrimonio de un sujeto superara dicho importe – piénsese en un inmueble más cuenta en el extranjero – no está obligado siempre que el conjunto de bienes y derechos de cada uno de los tres bloques de bienes no los supere<sup>20</sup>. Para calcular el límite se debe tener en cuenta la valoración global de los grupos de bienes independientemente de la participación; es decir, si el valor de los bienes o derechos cuya titularidad corresponde a dos o más personas es superior a 50.000€, existirá obligación de declarar aunque la cuota parte de cada uno no supere este límite; en la declaración deberá hacerse constar el valor total del bien o los saldos totales y el porcentaje de participación<sup>21</sup>. Evidentemente, si se trata de un único bien, renta o derecho y sobrepasa el límite de los 50.000€ se declarará en todo caso al margen de la posible titularidad compartida.

No obstante, en los años sucesivos no será necesario volver a informar si no se produce un incremento superior a 20.000 euros en las cuantías en cada caso respecto de las que determinaron la presentación de la última declaración.

Además de este límite cuantitativo, existen otros límites subjetivos por los que determinados sujetos estarán eximidos de presentar la declaración cuando cumplan una serie de requisitos de

18 Art. 54.bis del RGGI introducido por el *Real Decreto 1558/2012*.

19 Vid. ORENA DOMÍNGUEZ, A., "Medidas de lucha contra el fraude fiscal", *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 3/2014.

20 En el caso concreto de las cuentas bancarias estima la DGT en su contestación a Consulta de 25 de abril de 2013 (JT 2013, 751) que ha de incluirse dentro del alcance de esta obligación de información a una cuenta instrumental existente en una entidad financiera extranjera que recoja el efectivo perteneciente al cliente asociado a la realización de operaciones de contratos financieros por diferencias.

21 Vid. CALVO VÉRGEZ, J., "La aplicación de la orden HAP/72/2013, de 30 de enero, por la que se aprueba el modelo 720, declaración informativa sobre bienes y derechos situados en el extranjero. Principales cuestiones conflictivas", *Quincena Fiscal Aranzadi* num.17/2014 parte Legislación Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2014.

identificación en su contabilidad sobre los elementos patrimoniales que serían objeto de la declaración<sup>22</sup>. Igualmente, aquellas personas que sean titulares de cuentas en entidades residentes en territorio español, abiertas en establecimientos en el extranjero de entidades de crédito domiciliadas en España que deban ser objeto de declaración por Entidades<sup>23</sup>. Tampoco en el caso de cuentas abiertas en establecimientos situados fuera del territorio español, no existirá obligación de suministrar información sobre personas o entidades no residentes sin establecimiento permanente en territorio español.

Uno de los principales conflictos que ha generado la obligación desde su entrada en vigor ha sido el cumplimiento del modelo 720, ya que la información suministrada por las entidades extranjeras no siempre va a coincidir con la requerida en dicho modelo, sin olvidar los inconvenientes informáticos posibles que puedan surgir ante el todavía ausente impreso en papel pues requiere el DNI electrónico o un certificado digital, instrumentos que no todos los contribuyentes tienen a su disposición; por lo que el cumplimiento de la obligación les impone por la vía indirecta la disposición de los mismos. Para la presentación de la declaración, el declarante deberá disponer de Número de Identificación Fiscal (NIF) y tener instalado en el navegador un certificado electrónico expedido por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda, el Documento Nacional de Identidad (DNI-e) o cualquier otro certificado electrónico admitido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria<sup>24</sup>.

El procedimiento para la presentación telemática parte de que el presentador de la declaración se pone en comunicación con la Sede electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en Internet y selecciona el modelo a transmitir (modelo 720). A continuación procederá a transmitir la correspondiente declaración con la firma electrónica generada al seleccionar el certificado previamente instalado en el navegador a tal efecto.

Si la declaración es aceptada, la Agencia Estatal de Administración Tributaria le devolverá en pantalla

los datos de registro que figuran en el anexo de la Orden, validados con un código seguro de verificación de dieciséis caracteres, además de la fecha y hora de presentación. En cambio, si la presentación fuera rechazada, se mostrará un mensaje con la descripción de los errores detectados.

El declarante, o en su caso, el presentador, deberá conservar la declaración aceptada así como el registro debidamente validado con el correspondiente código seguro de verificación.

En cuanto al objeto de dicha obligación no podemos olvidar que estamos ante información con transcendencia tributaria en la línea de lo establecido en el artículo 93 LGT. Por considerarse una obligación de la misma naturaleza que las contenidas en dicho precepto, el alcance de la misma debe concretarse con el mencionado artículo de la ley general, incluidas las limitaciones contenidas en el mismo. De forma específica, los apartados 4 y 5 del art. 42 *bis*, 4 y 5 del art. 42 *ter* y 6 y 7 del art. 54 *bis* del reglamento exigen de informar a ciertos obligados (ej. los sujetos del art. 9.1 de la LIS en relación con las cuentas y en relación con los bienes muebles), exceptúan la información que ya sea susceptible de obtener por otros medios (ej. En relación con cuentas, bienes muebles o inmuebles que ya figuren en la contabilidad de los sujetos) además del límite cuantitativo al que ya hemos hecho referencia.

### 1.1.3 Régimen sancionador

El incumplimiento de dicha obligación conlleva la aplicación de un régimen sancionador que contempla sanciones mínimas de 10.000 euros para todo aquel que no declarase datos de cuentas, valores o inmuebles situados en el extranjero junto con un sistema de graduación de sanciones que incrementa esa cuantía mínima en 5.000 euros por cada dato o conjunto de datos que no hubieran sido oportunamente declarados. El Reglamento ha concretado qué debe entenderse aunque lo apropiado habría sido incluirlo en la Ley. Así, constituye un conjunto de datos: la razón social o denominación completa de la entidad bancaria o de crédito así como su domicilio e, igualmente, la identificación completa de las cuentas. Por el

22 Se requiere que las cuentas, los valores o los inmuebles figuren registrados en su contabilidad de forma individualizada e identificadas por su número, entidad de crédito y sucursal en la que figuren abiertas y país o territorio en que se encuentren situadas. Se excluyen también los inmuebles registrados en la contabilidad de forma individualizada y que se encuentren suficientemente identificados.

23 Este supuesto se regula en el artículo 37 del Reglamento de Aplicación de los Tributos que obliga a las entidades de crédito, y las demás entidades que se dediquen al tráfico bancario o crediticio, a presentar una declaración informativa anual referente a la totalidad de las cuentas abiertas en dichas entidades o puestas por ellas a disposición de terceros en establecimientos situados dentro o fuera del territorio español. Vid. FALCÓN y TELLA, R., "El Anteproyecto...", ob. cit., p. 7 donde señalaba lo desproporcionado de tener que informar sobre participaciones en un Fondo de Inversión comercializado por una entidad residente y abogaba por la corrección en el desarrollo reglamentario.

24 Aunque hoy día se imponen los medios telemáticos frente al papel, sería razonable contemplar supuestos de presentación en formato papel para aquellos sujetos, personas físicas, que no ejerzan una actividad económica y cuyos bienes en el extranjero so superen un valor determinado. Vid. ANEIRO PEREIRA, J., "La nueva obligación de informar...", op. cit.

contrario, constituyen datos: la fecha de apertura o cancelación, o, en su caso, las fechas de concesión y revocación de la autorización; los saldos de las cuentas a 31 de diciembre y el saldo medio correspondiente al último trimestre del año; la fecha en la que dejaron de tener la condición de titulares, representantes, autorizados, beneficiarios, personas con poderes de disposición o titulares y el saldo de la cuenta en la fecha en la que dejaron de tener la condición de titulares, representantes, autorizados, beneficiarios, personas con poderes de disposición o titulares.

En el caso de valores, constituye un conjunto de datos: razón social o denominación completa de la entidad jurídica, del tercero cesionario o identificación del instrumento o relación jurídica, según corresponda, su domicilio, así como el de la institución de inversión colectiva. Constituyen datos: el saldo a 31 de diciembre de cada año, de los valores y derechos representativos de la participación en el capital o en los fondos propios de entidades jurídicas; el saldo a 31 de diciembre de los valores representativos de la cesión a terceros de capitales propios; y, el saldo a 31 de diciembre de los valores aportados al instrumento jurídico correspondiente. Si se trata de seguros, son datos el valor de rescate y el valor de capitalización.

Por último, en los inmuebles, constituye un conjunto de datos: la identificación del inmueble con especificación, sucinta, de su tipología y la situación del inmueble, país o territorio en que se encuentre situado, localidad, calle y número. En cambio, son datos: el valor y fecha de adquisición y de transmisión. Es evidente que en algunos casos puede resultar desproporcionado pues hay una ausencia total de ponderación entre el bien

jurídico protegido<sup>25</sup> y la sanción establecida para el incumplimiento de los deberes de información establecidos en el precepto; es decir, no se tiene en cuenta, por ejemplo, el saldo que tenga la cuenta en cuestión o el valor del bien inmueble. Como nos recuerda FALCÓN Y TELLA, el principio de proporcionalidad en el ámbito de las sanciones exige ponderar las circunstancias subjetivas y objetivas para establecer una correspondencia entre los hechos que se imputa y el importe de la sanción exigida<sup>26</sup>.

Dicha desproporción podría resultar incluso mayor si se compara con las consecuencias previstas para la misma ocultación de información pero sobre bienes y derechos situados en nuestro territorio<sup>27</sup>. Hay que tener en cuenta, además, que las infracciones y sanciones reguladas indicadas serán incompatibles con las establecidas en los artículos 198 y 199 de la LGT, por lo que en ningún caso la omisión de la declaración puede calificarse como infracción por incumplimiento del deber de presentación de declaración o infracción por presentación de declaración incorrecta<sup>28</sup>. Estas sanciones resultarán aplicables con carácter generalizado tanto a los casos en los que el ánimo defraudatorio es manifiesto como a tantos otros más distantes de una auténtica voluntad defraudatoria, como puede ser el ejemplo de extranjeros que establecen su residencia en nuestro país manteniendo una vivienda en su país de origen. Ésta es una de las manifestaciones del carácter desproporcionado del régimen sancionador, puesto que la lesión del bien jurídico protegido es manifiestamente desigual en función del distinto valor de los bienes y derechos no declarados; y, sin embargo, en esta norma se aplica a todos ellos una sanción extremadamente severa

25 Un criterio de graduación de sanciones en función del número de datos no declarados no resulta idóneo para graduar la gravedad de las conductas en función de la intensidad de lesión del bien jurídico protegido pues no debería atribuirse una mayor gravedad a la ocultación de múltiples datos de valor insignificante frente al de sólo un dato con el que la lesión al bien jurídico protegido es innegable. En este sentido la AEDAF denuncia en su informe de enmiendas la vulneración del principio de proporcionalidad entendido como la necesidad de “ponderar la proporción entre la medida legalmente prevista y el daño inferido en el bien jurídico tutelado” (STC 19/1988, de 16 de febrero). Vid. Propuestas de enmiendas, op.cit.

26 El art. 49.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que es vinculante en la interpretación de la Constitución según el art. 10.2 de la Constitución, establece que “la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción”. El art. 178 LGT también menciona el principio de proporcionalidad. FALCÓN Y TELLA, R., “El modelo 720 (y II)...” op. cit.

27 Si comparamos esta obligación con la de información sobre cuentas y valores situados en el interior del país, impuesta a las entidades financieras, que entre otras cosas, cuentan con una importante organización informática y medios materiales precisos, la sanción contemplada en el artículo 199 LGT se mueve en unos importes entre los 200 y los 500 euros. Puede resultar desproporcionada la sanción prevista para los particulares, hasta 50 veces mayor que la de las entidades financieras, teniendo en cuenta los múltiples supuestos que pueden llevar a la apertura de una cuenta en el extranjero sin un ánimo defraudador, como nos recuerda SÁNCHEZ PEDROCHE, J.A., estudiantes Erasmus que han abierto cuentas en otros Estados, trabajadores inmigrantes que proceden del extranjero pasando a ser residentes, trabajadores que se trasladan al extranjero, sin perder su condición de residentes. Vid. SÁNCHEZ PEDROCHE, J.A., op. cit.

28 El artículo 198 de la LGT tipifica la infracción tributaria por no presentar en plazo autoliquidaciones o declaraciones sin que se produzca perjuicio económico. A su vez, el artículo 199 de la LGT tipifica la infracción tributaria por presentar incorrectamente autoliquidaciones o declaraciones sin que se produzca perjuicio económico o contestaciones a requerimientos individualizados de información. Estamos de acuerdo con el informe de enmiendas a la Ley 7/2012 emitido por la Asociación Española de Asesores Fiscales cuando de manifiesto la separación innecesaria del régimen sancionador específico de este deber, en la medida en que el Capítulo III del Título IV de la Ley General Tributaria regula las infracciones y sanciones tributarias, incluidas las de no presentar declaraciones o presentarlas incompletas o incorrecta que son perfectamente aplicables al caso. Entienden que esto supone una vulneración del principio de igualdad por regular de forma aislada una materia que debe ser objeto de regulación sistemática. Vid. Propuesta de enmiendas al Proyecto de Ley, op. cit.

aunque los datos fueran de cuantía irrelevante y en consecuencia causasen un daño igualmente irrelevante al bien jurídico protegido<sup>29</sup>.

#### 1.1.4 Valoraciones sobre la obligación de declarar bienes y derechos en el extranjero

Una de las principales críticas que se hace a esta obligación es la duplicidad que se ha incorporado al ordenamiento a través de la cual podrían verse afectados los principios de proporcionalidad, eficacia o limitación a los costes indirectos en la aplicación de los tributos. La obligación de declarar los hechos imponibles realizados permite la materialización del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos – artículo 31 CE -. A través de la declaración tributaria se pone en conocimiento de la Administración cualquier hecho relevante para la aplicación de los tributos. Todos estos bienes sitos en el extranjero a los que nos referimos, de una manera o de otra, deben encontrarse en manos de la Administración Tributaria procedente de las declaraciones correspondientes al IRPF, Impuesto sobre Sociedades o el Impuesto sobre el Patrimonio<sup>30</sup> o bien a través de requerimientos individuales; ahora bien se establece una obligación específica de información sobre bienes y derechos en el extranjero con un fin primordial consistente en aumentar el control. Todo ello, además, en un marco donde los Estados intercambian información cada vez más rápida y eficientemente y donde las entidades financieras facilitan cada vez mayor información a las administraciones tributarias. Podría pensarse que esta nueva Ley pone de manifiesto el fracaso de los distintos mecanismos de intercambio de información tributaria entre los Estados. Como propone GARCÍA NOVOA, a quien se debería solicitar dicha información por parte del Estado

de residencia, vía el intercambio de información, es a las entidades bancarias, gestoras de fondos y otras que se dediquen a la intermediación financiera o que guarden relación con los bienes o activos objeto de la información<sup>31</sup>. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el deber de colaborar -que es necesario para hacer efectivo el deber de contribuir- recae no sólo sobre los contribuyentes directamente afectados, sino también sobre quienes puedan presar una ayuda relevante como pueden ser los bancos y demás entidades de crédito<sup>32</sup>.

Sólo podría estar justificada para aquellos casos en los que intervengan países o territorios con los que no existe un acuerdo o de intercambio de información o convenio para evitar la doble imposición en materia tributaria; o piénsese en las llamadas jurisdicciones no cooperantes en el ámbito de la lucha contra el blanqueo de capitales<sup>33</sup>.

Esta nueva obligación afecta a un amplio número de elementos patrimoniales localizados en el extranjero cuyo conocimiento para la Administración debería estar ya cubierto, no sólo por la obligaciones que impone el ordenamiento interno; no hace falta recordar que en IRPF el contribuyente lo es por su renta universal, no por la situada en España, por ejemplo, sino también por los numerosos Convenios de Doble Imposición suscritos por España, además de la normativa de Derecho europeo sobre cooperación administrativa y asistencia mutua en materia de recaudación<sup>34</sup>. Teniendo en cuenta este marco legislativo, parece más coherente introducir una referencia específica a este tipo de bienes y valores situados en el extranjero en el régimen general de deberes formales y obligaciones de información recogido, respectivamente en los artículos 29 y 93

29 FALCÓN Y TELLA, R.: "La obligación de informar...", cit., pág. 14; en la misma línea GARCÍA NOVOA, C.: "Infracciones y sanciones", cit., pág. 36.

30 De la LIRPF se deriva que los sujetos pasivos han de realizar una declaración de la totalidad de rentas que pueden percibir que, lógicamente, habrá de incluir aquellas procedentes de los bienes patrimoniales de los que ostenten su titularidad y que deben identificar. De acuerdo con la LIS se puede hacer una interpretación semejante a la anterior. Ni qué decir tiene que el IRNR. Es, por tanto, deducible de esta relación de tributos que los sujetos pasivos de los mismos están obligados a declarar rendimientos que bien pueden estar vinculados con los elementos patrimoniales que se han de poner de manifiesto a través de la declaración de la Disposición Adicional decimoctava y que se hallan sitos en el extranjero. Pero más que estos tributos, en relación eso sí con las personas físicas, la figura tributaria de la que podría obtenerse la información por la que ahora se interesa especialmente la Hacienda Pública sería el Impuesto sobre el Patrimonio.

Señala FERNÁNDEZ AMOR que *Un problema se puede plantear en relación con aquellos sujetos que se hallen entre los obligados y no exentos de declarar por sus rendimientos y patrimonio. Sobre estos sujetos habrán de coincidir ambas obligaciones lo que no es acorde con el principio de proporcionalidad que se prevé en el art. 3.2 de la LGT y que sirve de referente en estas líneas. Tampoco se ajusta a la limitación a los costes indirectos que recoge el mismo precepto o al derecho del obligado tributario que se prevé en la letra h) del art. 34 de la LGT relativo a la no aportación de documentos ya presentados, si se interpreta el concepto 'documentos' en función de la información que contiene. En virtud de lo aquí considerado se entiende desproporcionado el objetivo perseguido por el legislador en tanto que la información que da contenido al deber de declarar, de forma directa o indirecta, puede ser obtenida por la Administración por otros medios como son las declaraciones de los tributos citados.* Vid. FERNÁNDEZ AMOR, J.A., op. cit.

31 GARCÍA NOVOA, C.: "Infracciones y sanciones", en Comentarios a la Ley de Lucha contra el Fraude Fiscal, Aranzadi, 2013, págs. 28 y ss.

32 ANEIRO PEREIRA, J., "La nueva obligación de informar sobre los bienes y derechos en el extranjero", op. cit.

33 ANEIRO PEREIRA, J., "La nueva obligación de informar sobre los bienes y derechos en el extranjero", op. cit.

34 No hay que olvidar tampoco que estos instrumentos convencionales tienen un rango jerárquico superior al de la Ley 7/2012 y una fuente directa de información de sus residentes. Vid. MARTÍNEZ GINER, L.A., "El fortalecimiento de la obtención de información tributaria en el ámbito internacional: FATCA versus RUBIK", *Quincena Fiscal Aranzadi* núm. 19/2012.

de LGT<sup>35</sup>, extendiéndose a los mismos el régimen sancionador general de LGT<sup>36</sup>. No podemos olvidar que adicionalmente se prevé que las leyes reguladoras de cada tributo puedan establecer consecuencias específicas para el caso de incumplimiento de la obligación de información en cada caso, lo que justifica las novedades introducidas en los artículos 39 de LIRPF y 134 LIS. Por todas estas razones, la obligación de declarar bienes en el extranjero plantea serios conflictos con el principio de proporcionalidad<sup>37</sup> y seguridad jurídica por lo que existe una opinión generalizada de que debería eliminarse, así como las presunciones derivadas de la misma y dejar en manos de las entidades financieras de otros países la obligación de informar a través de convenios con los correspondientes Estados o de normas aprobadas en el seno de la Unión Europea<sup>38</sup>.

Parece que el verdadero sentido de dicha declaración no es tanto la explotación de una nueva información, sino más bien una medida amenazadora si tenemos en cuenta las consecuencias jurídicas establecidas en el caso de su incumplimiento, cuya prueba además, en el caso de que sea admisible, pende sobre el contribuyente. La efectividad de la misma todavía no ha sido demostrada y más bien puede tener el efecto contrario, si el incumplimiento de la presentación de la declaración permite aplicar las presunciones de renta, resultará imposible regularizar. Si nuestro ordenamiento ya estaba dotado de los instrumentos de suministro de información que hasta el momento no han resultado suficientes para evitar la situación de fraude, el establecer nuevas obligaciones que recaigan sobre el ciudadano en lugar de reforzar los medios de la Administración Tributaria, no parece la solución más adecuada.

## 1.2 Ganancias patrimoniales no justificadas en el IRPF

Las ganancias no justificadas de patrimonio, hasta este momento, han constituido para la Administración un instrumento esencial para gravar las rentas pendientes de regularizar; es decir, aquellos rendimientos obtenidos durante los ejercicios no prescritos. De hecho, el artículo 39, en su anterior regulación ya establecía, para los casos de existencia en el patrimonio del contribuyente, bienes o derechos cuya adquisición no se puede justificar por la renta o patrimonio del contribuyente o la declaración de deudas inexistentes que pretenda ocultar la afloración de bienes o derechos no declarados como consecuencia jurídica, que el valor bien o derecho descubierto se integrara en la Base Liquidable general, eliminando el efecto de las reducciones de la Base Imponible y aplicando, por tanto, la escala progresiva. Ahora bien, la prueba de tales hechos recaía sobre la Administración. Así, en los casos en que se aplique este apartado del art.39, el contribuyente puede probar que ha sido titular de los bienes o derechos antes del período de prescripción o que proceden de fuentes legítimas (exención, empresario en estimación objetiva etc.). Tanto el propio Tribunal Supremo como el Tribunal Económico-Administrativo Central califican los incrementos no justificados de patrimonio de presunción *iuris tantum*<sup>39</sup>, de imputar al último período no prescrito la tenencia de bienes y derechos que no se corresponden con renta y patrimonio declarados, debiendo ser el contribuyente quien deba acreditar un origen distinto al de la presunción legal. La presunción se compone, a su vez, de dos presunciones, la primera sobre la obtención de renta con la que se adquiere el patrimonio descubierto y la segunda

35 Es unánime la doctrina al considerar que hubiese sido más adecuado introducir sendas referencias a la misma en los artículos 29 y 93 aunque su regulación sustantiva se realizase en una Disposición Adicional. Vid. FALCÓN Y TELLA, PEDREIRA, ANEIROS PEREIRA, J., "La nueva obligación de informar sobre los bienes y derechos en el extranjero", *Quincena Fiscal Aranzadi* núm. 3/2013.

36 Es de destacar, igualmente, el conflicto que se plantea entre las sanciones a la obligación de informar y el principio *non bis in idem* pues en el ordenamiento jurídico ya están previstas sanciones para esta conducta en las siguientes legislaciones: Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior con multas proporcionales al valor de las cantidades respecto de las que se incumplió el deber de informar; el Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre transacciones económicas con el exterior; además de que el incumplimiento del deber de información previsto en el precepto comentado puede proyectar sus efectos en las declaraciones tributarias que debió presentar el obligado tributario, como es el caso de las medidas introducida en el IRPF y el IS, lo cual lleva a una acumulación de multas o sanciones referidas a una misma conducta, que constituye una clara vulneración del principio de *non bis in idem*. Vid. 15ª Enmienda de la Propuesta de enmiendas al Proyecto de Ley de AEDAF.

37 Además infringe el principio de proporcionalidad que debe presidir toda medida, en cuanto que incumple con tres requisitos tal y como establece la STC 207/1996, de 16 de diciembre: "En este sentido, **hemos destacado** ( SSTC 66/1995 y 55/1996) **que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos** o condiciones: "si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (**juicio de idoneidad**) ; si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (**juicio de necesidad**) ; y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (**juicio de proporcionalidad en sentido estricto**)", así como jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. FALCÓN Y TELLA, R.: "La obligación de informar sobre bienes y derechos situados en el extranjero", AEDAF, Revista Interactiva Actualidad, nº 29/2013, págs. 13 y 14 y GARCÍA NOVOA, C.: "Infracciones y sanciones", cit., págs. 33 y ss.

38 Por todos, FALCÓN Y TELLA, R. "El modelo 720 (I)... op. cit.

39 Sentencia del Tribunal Supremo de 29/03/1996 y Resolución del TEAC de 10/07/2008.

referida al momento en que se entiende adquirida dicha renta, que coincide con el ejercicio en que se descubre el patrimonio<sup>40</sup>. Estas ganancias patrimoniales no justificadas se integran en la base liquidable general del período impositivo más antiguo entre los no prescritos susceptible de regularización, a menos que el contribuyente pruebe suficientemente que ha sido titular de los bienes o derechos correspondientes desde una fecha anterior a la del período de prescripción, en cuyo caso no serán gravables.

La novedad introducida por el nuevo párrafo del artículo 39 radica en que aquella presunción *iusuris tantum* se transforma en una presunción a mitad de camino entre ésta y la presunción *iusuris et de iure* cuando el contribuyente incumpla la obligación de información de la Disposición adicional decimoctava. Incluso, nos atreveríamos a afirmar que, de facto, se convierte en presunción *iure et de iure*, cuando se incumpla la obligación de informar, como se expone a continuación. El contribuyente no podrá probar la titularidad de los bienes situados en el extranjero desde una fecha anterior al período de prescripción como consecuencia del incumplimiento del deber de informar, lo cual lleva a la imprescriptibilidad de tales ganancias patrimoniales.

No obstante, no se considerará ganancia patrimonial no justificada cuando se acredite que la titularidad de los bienes o derechos se corresponde con rentas declaradas, o bien con rentas obtenidas en períodos impositivos en los que no se tuviese la condición de contribuyente de IRPF. De modo que, al justificar que ha sido titular por alguna de estas dos razones en un período ya prescrito, no se integrará. Sin embargo, si no pueden acreditarse tales datos, se imputará sin tener en cuenta los plazos de prescripción, siempre y cuando se incumpla la obligación de informar antes referida. Se presume, entonces, que se han adquirido con dinero de origen dudoso y por eso no se puede justificar y no resultan aplicables los plazos de prescripción.

La aplicación de este nuevo supuesto de ganancias de patrimonio no justificadas conlleva su propio régimen sancionador incluido en la Disposición adicional primera de la Ley 7/2012. Ésta será constitutiva de una infracción tributaria que tiene la consideración de muy grave, cuya sanción asciende a una multa pecuniaria proporcional del 150% del importe de la base de la sanción, siendo dicha

base de la sanción la cuantía de la cuota íntegra resultante de la aplicación de este nuevo supuesto y que para su cálculo no se tienen en cuenta las cantidades pendientes de compensación, deducción o aplicación procedentes de ejercicios anteriores o correspondientes al ejercicio objeto de comprobación que pudieran minorar la base imponible o liquidable o la cuota íntegra. Además, esta sanción es incompatible con las que corresponderían por las infracciones que se pudiesen haber cometido, en relación con las ganancias patrimoniales no justificadas, reguladas en la LGT art.191 a 195; no obstante, sí le será aplicable la posible reducción de las sanciones de la LGT art.188.

## 2. El vínculo entre la obligación de informar sobre bienes y derechos en el extranjero y las ganancias patrimoniales no justificadas

Como acabamos de exponer en el análisis de las disposiciones introducidas en la Ley 7/2012 de 29 de octubre, el incumplimiento de la obligación de informar sobre bienes y derechos situados en el extranjero va a conllevar, además de la sanción propia prevista, una consecuencia adicional y específica que consiste en la presunción de obtención de rentas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas<sup>41</sup>. Es precisamente el último párrafo de la Disposición adicional decimoctava de la LGT el que dispone que *las Leyes reguladoras de cada tributo podrán establecer consecuencias específicas para el caso de incumplimiento de la obligación de información establecida en esta disposición* y el que da pie a la modificación del artículo 39 de LIRPF. Se establece, de este modo, un vínculo entre la regulación de las ganancias patrimoniales no justificadas y la obligación de información, a través del cual se deroga el régimen de prescripción tributaria.

Estas dos nuevas medidas que “van de la mano” nos llevan a hacer algunas reflexiones. En primer lugar, resultan, cuanto menos sorprendentes, las consecuencias jurídico-materiales que se desencadenan con ocasión del incumplimiento de una medida de carácter formal, como es la obligación de presentar una declaración informativa de cuentas y valores en el extranjero, pues generará la imputación de unas ganancias patrimoniales no justificadas a la vez que afecta al plazo de prescripción; y, por lo tanto, a la obligación de pago de una deuda tributaria.

40 Vid. SÁENZ DE OLAZAGOITIA DÍAZ DE CERIO, J., “Regularización fiscal (con o sin “amnistía”) y ganancias no justificadas de patrimonio, *Quincena Fiscal Aranzadi* núm. 17/2012.

41 Párrafo 2 del artículo 39 de LIRPF y, no olvidemos, aunque quede fuera del ámbito de estudio de este trabajo la incorporación del nuevo párrafo 6 del artículo 134 LIS que regula una presunción de obtención de rentas por bienes y derechos no contabilizados o no declarados.

Desde nuestro punto de vista, como ya se ha esbozado, una de las cuestiones más problemáticas es, en determinados casos, la transformación en presunción *iuris et de iure* de “*ganancias patrimoniales no justificadas*”, cuando una persona tiene elementos patrimoniales y las rentas declaradas no permiten justificar su adquisición. Hasta ahora, la ley presumía que había rentas de origen desconocido no declaradas; se trataba de una presunción *iuris tantum* que, sin embargo, podía quedar excluida su aplicación al probarse que era titular de los bienes correspondientes desde una fecha anterior a la del período de prescripción. Con la reforma realizada, se limita la posibilidad de aportar prueba en contrario sobre el período de origen de la titularidad del bien si el contribuyente no ha presentado previamente la declaración formal de activos extranjeros. El incumplimiento de una obligación formal impide que el contribuyente pueda justificar la antigüedad de la titularidad del bien, de modo que podemos decir que la presunción *iuris tantum* se convierte en presunción *iuris et de iure*, excepto cuando pueda acreditarse que la titularidad de los bienes o derechos se corresponde con rentas ya declaradas o con rentas obtenidas en períodos impositivos respecto de los cuales el sujeto no tuviera la condición de contribuyente por ese impuesto; es decir, básicamente que no fuera residente. Únicamente una de estas dos pruebas puede eximirle de la imputación de rentas, fuera de éstas no será admisible la prueba de que el contribuyente es titular de esos bienes desde una fecha anterior a la del período de prescripción, que, por el contrario, sí es admisible en carácter general respecto de bienes y derechos situados en territorio nacional.

Junto con la cuestión anterior, además, entendemos que se está estableciendo un doble régimen sancionatorio en caso de omisión del deber de información. Junto con las sanciones específicas establecidas para el incumplimiento de la obligación de información, se genera una presunción *iuris et de iure* indestructible por el contribuyente de la que deriva un incremento de patrimonio no justificado que se integrará en la base imponible general, al tipo progresivo que corresponda, e imputándose al período más antiguo no prescrito con los correspondientes intereses y recargos que ello pueda conllevar.

El propósito que encierra esta medida no es otro que evitar que el contribuyente espere con su silencio la prescripción referida a bienes y derechos situados en el extranjero, lo cual debería cuestionarse desde el punto de vista del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE. Sin embargo, consideramos que la derogación, de hecho de la prescripción por vía de presunción que no admite prueba en contrario atenta con la

propia esencia de este instituto de la prescripción y puede plantear, en su caso, contradicciones con las normas fundamentales que regulan nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, puede incluso plantearse un problema de derecho transitorio, al revocarse una prescripción ya ganada por omitirse el cumplimiento de un deber formal. Y ello puede conllevar a problemas con la retroactividad de las normas, puesto que al aplicarse de esta forma habría que analizar el grado de retroactividad de la misma, para ver si es admisible constitucionalmente o no. Pero, además, debemos plantearnos si es admisible que el incumplimiento de una obligación tributaria formal (la presentación de una declaración informativa) se convierta en el incumplimiento de una obligación tributaria principal y material (una cuota tributaria a ingresar).

Por otro lado, nos encontramos también con la posible colisión con el Derecho de la Unión Europea, en particular las libertades de circulación de bienes y derechos, así como personas en el ámbito de la Unión Europea. Pensemos, por ejemplo, en nacionales comunitarios residentes en nuestro país que posean bienes o sean titulares de cuentas en sus países de origen a los que se les impone la obligación de información sin ningún límite cuantitativo mínimo de saldo en cuenta o de valor de los bienes cuyo desconocimiento les sumergirá en una presunción de ganancia patrimonial sin posibilidad de aportar prueba en contrario; es decir, se verán obligados a tributar por bienes en España adquiridos en períodos ya prescritos.

Analizando la cuestión desde el punto de vista de la libertad de circulación de capitales en el ámbito de la Unión Europea, encontramos una auténtica restricción a la misma, que pudiera estar justificada por la necesidad de cumplimiento con el principio de eficacia de los controles fiscales pero que; sin embargo, puede resultar desproporcionada, más aún existiendo otros medios de control menos restrictivos, al limitarse la prueba en contrario en la alegación de la procedencia de los bienes y derechos de rentas no declaradas pero correspondientes a períodos impositivos ya prescritos si se incumple la obligación de informar de la Disposición adicional decimoctava de LGT. También se advierte un trato discriminatorio al no existir dicha limitación respecto de los bienes situados en España. La obligación de declarar las rentas mundiales en el IRPF, afecta, como su nombre indica, a bienes y derechos situados tanto en territorio nacional como en el extranjero; por tanto los supuestos de fraude pueden producirse con bienes y derechos situados en el extranjero o situados en España. Al establecerse un régimen de presunción *iuris et de iure* que determinará

la imprescriptibilidad en relación sólo con determinados elementos patrimoniales pone de manifiesto un trato discriminatorio. Éste no puede justificarse por la dificultad de obtener información respecto de patrimonio situado en el extranjero en la medida en que existen instrumentos de intercambio de información<sup>42</sup>, asistencia mutua y cooperación. Únicamente en los casos en los que dichos mecanismos sean inoperantes y no permitan un control efectivo de información sobre rendimientos en el extranjero, quedaría justificado el tratamiento discriminatorio.

Sea como fuere, es cierto que la lucha contra el fraude fiscal se convierte, hoy por hoy, en un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pero no por razones de globalización

o crisis económica, con la consiguiente falta de recaudación; sino simple y llanamente por razones de justicia tributaria, que deben imperar en cualquier coyuntura económica. Ahora bien, afirmado esto, ello no pueda acabar significando un ataque a la seguridad jurídica y las garantías de los contribuyentes no defraudadores que ven ahora mermados sus derechos al invertirse para todos, defraudadores y no, la carga de la prueba. La Administración Tributaria debe intensificar todo control y hacer uso de todos los mecanismos, cada día más, que existen para realizar un efectivo control del cumplimiento de la obligaciones tributarias; pero, con tal fin, no menoscabemos un sistema de derecho y garantías que ha sido construido durante numerosos años configurando nuestro actual ordenamiento jurídico eminentemente garantista. 

42 A partir de 2014 el intercambio de información tendrá carácter automático tal y como establece el art. 8 de la Directiva 2011/16/UE: **Artículo 8. Ámbito de aplicación y condiciones de la obligatoriedad del intercambio automático de información.** — 1. La autoridad competente de cada Estado miembro comunicará, mediante intercambio automático, a la autoridad competente de otro Estado miembro la información de que disponga relativa a los períodos impositivos a partir del 1 de enero de 2014 en relación con las personas con domicilio en ese otro Estado miembro, sobre las siguientes categorías específicas de renta y de patrimonio, como deban entenderse con arreglo a la legislación nacional del Estado miembro que comunique la información:

- a) rendimientos del trabajo dependiente;
- b) honorarios de director;
- c) productos de seguro de vida, no cubiertos por otros instrumentos jurídicos de la Unión, sobre el intercambio de información y otras medidas similares;
- d) pensiones;
- e) propiedad de bienes inmuebles y rendimientos inmobiliarios

El pasado 15 de noviembre se aprobó el *Real Decreto 1558/2012 por el que se adaptan las normas de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre General Tributaria, a la normativa comunitaria e internacional en materia de asistencia mutua, se establecen obligaciones de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero, y se modifica el reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa, aprobado por Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre*, dando así cumplimiento al mandato de transposición de la 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.