

Nota Jurídica | Enero 2022

El TJUE declara contrario al Derecho de la Unión el régimen sancionador establecido para el incumplimiento de la obligación de declarar los bienes y derechos situados en el extranjero (el conocido modelo 720)

1. El deber de declarar bienes y derechos situados en el extranjero

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 (en adelante Ley 7/2012) introdujo numerosas medidas para intensificar la lucha contra el fraude fiscal, entre las que se incluyó el establecimiento de un nuevo deber de declarar los bienes y derechos situados en el extranjero.

Se trataba de una medida orientada a combatir el fraude fiscal aprobada en un momento en el que la crisis económica era especialmente intensa, y quizás por ello estableció unas consecuencias jurídicas especialmente gravosas para los supuestos de incumplimiento, lo que generó múltiples críticas desde el momento de su aprobación.

Debe señalarse que esta misma obligación de declarar bienes y derechos situados en el extranjero también se implantó en la normativa de los territorios forales, a la que le es igualmente aplicable lo señalado en esta nota informativa.

2. El recurso ante el tribunal de justicia de la Unión Europea

La Comisión Europea incoó un procedimiento de infracción del Derecho de la Unión en noviembre de 2015 mediante carta de emplazamiento, y posteriormente emitió un dictamen motivado el 15 de febrero de 2017, en el que concluía que el régimen del modelo 720 era contrario al Derecho de la Unión.

Debido a que el Reino de España no modificó su normativa, la Comisión interpuso el 23 octubre de 2019 recurso por incumplimiento del Derecho de la Unión al amparo del artículo 258 TJUE, por considerar que el Reino de España había incumplido varias de las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 21, 45, 49, 56 y 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Ese procedimiento se tramitó con el número de asunto C-788/19 y ha finalizado con la publicación de la sentencia de 27 de enero de 2022, cuyo contenido se expone a continuación.

3. Contenido de la sentencia del TJUE de 27 de enero de 2022

La STJUE de 27 de enero de 2022, dictada en el procedimiento de referencia, aborda separadamente los principales problemas denunciados en relación con el régimen sancionador previsto para el incumplimiento del deber de declarar bienes y derechos situados en el extranjero, y concluye lo siguiente:

(i) En relación con la existencia de una restricción a los movimientos de capitales.

Considera la sentencia comentada que el régimen descrito establece una diferencia de trato entre los residentes en España en función del lugar de localización de sus activos, lo que “puede disuadir a los residentes de ese Estado miembro de invertir en otros Estados miembros, impedirles

Legal Briefing | January 2022

The CJEU declares that the penalty system established for failing to comply with the obligation to declare assets and rights located abroad (form 720) is contrary to EU law

1. The duty to declare assets and rights located abroad

Law 7/2012, of 29 October, amending tax and budgetary regulations and adapting financial regulations to intensify actions to prevent and combat fraud (hereinafter, Law 7/2012) introduced numerous measures to intensify the fight against tax fraud, including the establishment of a new duty to declare assets and rights that are located abroad.

It was a measure aimed at combating tax fraud, approved at a time when the economic crisis was particularly intense, and perhaps for this reason it established particularly severe legal consequences for instances of non-compliance, which generated a great deal of criticism from the moment it was approved.

It is worth noting that this same obligation to declare assets and rights located abroad was also introduced in foral regional regulations¹, to which the provisions of this legal briefing are also applicable.

2. The action before the court of justice of the EU

The European Commission initiated EU law infringement proceedings in November 2015 by means of a letter of formal notice, and subsequently issued a reasoned opinion on 15 February 2017, concluding that the ‘form 720’ scheme was contrary to EU law.

As a result of the Kingdom of Spain’s failure to amend its legislation, the Commission brought an action for failure to comply with EU law under Article 258 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) on 23 October 2019, on the grounds that the Kingdom of Spain had failed to fulfil several of its obligations under Articles 21, 45, 49, 56 and 63 TFEU. These proceedings were conducted under case number C-788/19 and have ended with the publication of the judgment of 27 January 2022, the content of which is set out below.

3. Content of the judgment of the CJEU of 27 January 2022

The CJEU judgment of 27 January 2022, handed down in the above-mentioned proceedings, deals with each of the main issues raised in relation to penalties for failing to declare assets and rights located abroad separately, and concludes as follows:

(i) Concerning the existence of a restriction on the movement of capital.

The judgment considers that the regime described establishes a difference in treatment between Spanish residents depending on where their assets are located, which “is likely to deter, prevent or restrict the opportunities for residents of that Member State to invest in other Member States and therefore constitutes, (...) a restriction on the free movement

¹ Note that the foral regions of Álava, Biscay, Guipúzcoa and Navarre have their own tax system, although it mostly resembles that applicable in the remainder of Spain (the so-called ‘common territory’).

hacerlo o limitar sus posibilidades de hacerlo y constituye, por tanto, (...) una restricción a la libre circulación de capitales en el sentido de los artículos 63 TFUE, apartado 1, y 40 del Acuerdo EEE”.

Y, a tal efecto, considera que el hecho de que esa normativa tenga como objetivos garantizar la eficacia de los controles fiscales y luchar contra el fraude fiscal no desvirtúa esa conclusión.

En todo caso, en orden a extraer conclusiones de esta primera apreciación, señala que la capacidad de los Estados miembros de recabar información de los activos situados en el extranjero es inferior a la que poseen en relación con los activos situados en su territorio, por lo que concluye que *“la normativa controvertida resulta adecuada para garantizar la consecución de los objetivos perseguidos. No obstante, debe comprobarse si no va más allá de lo necesario para alcanzarlos”.*

(ii) En relación con la proporcionalidad de la regla que califica como ganancias patrimoniales no justificadas los activos poseídos en el extranjero, sin posibilidad de acogerse a la prescripción.

Considera el Tribunal que *“el mero hecho de que un contribuyente residente posea bienes o derechos fuera del territorio de un Estado miembro no puede fundamentar una presunción general de fraude y evasiones fiscales”*, pero entiende que, en el caso enjuiciado, el contribuyente tiene la posibilidad de destruir la presunción mediante la prueba de que los bienes se adquirieron con rentas declaradas o con rentas obtenidas cuando no tenía la condición de contribuyente y, también, *“alegando que cumplió su obligación de pago del impuesto por las rentas que sirvieron para adquirir esos bienes o derechos, lo que corresponde entonces a la Administración tributaria comprobar”*. Por ello concluye que la presunción establecida por el legislador no es desproporcionada en relación con los objetivos de garantizar la eficacia de los controles fiscales y luchar con el fraude y la evasión fiscales.

Sin embargo, considera inadmisibles el hecho de que la normativa analizada produzca un efecto de imprescriptibilidad, y que la Administración tributaria pueda cuestionar una prescripción ya consumada en favor del contribuyente (principio de seguridad jurídica), porque *“la exigencia fundamental de seguridad jurídica se opone, en principio, a que las autoridades públicas puedan hacer uso indefinidamente de sus competencias para poner fin a una situación ilegal”*. Por ello concluye que, en el caso concreto, la opción elegida por el legislador español va más allá de lo necesario para garantizar la eficacia de los controles fiscales.

(iii) En relación con la proporcionalidad de la multa del 150%.

Recuerda la sentencia que los Estados miembros pueden elegir las sanciones que les parezcan más adecuadas en caso de incumplimiento de las obligaciones tributarias, pero inmediatamente después recuerda que también deben respetar el Derecho de la Unión y sus principios generales y, por consiguiente, las sanciones previstas deben respetar el principio de proporcionalidad.

Destaca la sentencia que la graduación de la sanción en el 150% *“le confiere un carácter extremadamente represivo”* y que puede dar lugar en muchos casos, dada la acumulación de aquella con multas de cuantía fija, a que el importe de las cantidades adeudadas por el contribuyente como consecuencia del incumplimiento de la obligación de información sobre sus bienes y derechos en el extranjero supere el 100% del valor de esos bienes y derechos, lo que ocasiona *“un menoscabo desproporcionado a la libre circulación de capitales”*.

of capital, within the meaning of Article 63(1) TFEU and Article 40 of the EEA Agreement”.

It considers that the fact that the objectives of the legislation are to ensure the effectiveness of tax controls and to combat tax fraud does not call that conclusion into question.

In any event, in order to draw conclusions from this initial assessment, it points out that the Member States are less able to collect information on assets located abroad than on assets located in their territory, and therefore concludes that *“the legislation at issue appears appropriate for ensuring the attainment of the objectives pursued. It must, however, be ascertained whether it goes beyond what is necessary to achieve those objectives”.*

(ii) In relation to the proportionality of the rule that classifies assets held abroad as unjustified capital gains, without the benefit of a limitation period.

The Court considers that *“the mere fact that a resident taxpayer has assets or rights outside the territory of a Member State cannot give rise to a general presumption of tax evasion and avoidance”*, but it considers that, in the case in question, the taxpayer has the possibility of rebutting the presumption by proving that the assets were acquired by means of declared income or income obtained during tax years in respect of which he or she was not liable to tax and, also, *“by arguing that he or she has complied with his or her obligation to pay the tax in respect of the income used to acquire those assets or rights, which it is for the tax authorities to determine”*. It therefore concludes that the presumption established by the legislature is not disproportionate to the objectives of ensuring the effectiveness of tax controls and combating tax fraud and evasion.

However, it considers that it is not acceptable that the legislation in question has the effect of non-applicability of any limitation period, and that the tax authorities can challenge a limitation period that has already expired in favour of the taxpayer (principle of legal certainty), because *“the fundamental requirement of legal certainty precludes, in principle, public authorities from being able to make indefinite use of their powers to put an end to an unlawful situation”*. It therefore concludes that, in the specific case, the option chosen by the Spanish legislature goes beyond what is necessary to ensure the effectiveness of tax controls.

(iii) Regarding the proportionality of the 150% fine.

The judgment recalls that Member States can choose the penalties they consider most appropriate in the event of non-compliance with tax obligations, but immediately afterwards notes that they must also comply with EU law and its general principles and, consequently, the penalties provided for must be in accordance with the principle of proportionality.

The ruling points out that the 150% penalty *“gives it a highly punitive nature”* and that in many cases, given the accumulation of the penalty with flat-rate fines, the amount owed by the taxpayer as a result of non-compliance with the obligation to provide information on their assets and rights overseas exceeds 100% of the value of those assets and rights, which causes *“disproportionate interference with the free movement of capital”*.

(iv) En relación con la proporcionalidad de las multas de cuantía fija.

El Tribunal advierte que el régimen sancionador analizado establece unas multas pecuniarias de cuantía fija (sanciones formales) muy elevadas, que se acumulan, además, con la multa proporcional del 150% comentada anteriormente. Además, considera que el importe de esas multas no guarda proporción alguna con el importe de las sanciones previstas con carácter general en la Ley General Tributaria, y ello es suficiente para concluir que el régimen específico analizado establece unas multas que constituyen “una restricción desproporcionada de la libre circulación de capitales”.

Por todo ello, la sentencia concluye que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 63 TFUE y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 2 de mayo de 1992, por los siguientes motivos:

- *“al disponer que el incumplimiento imperfecto o extemporáneo de la obligación informativa relativa a los bienes y derechos situados en el extranjero tiene como consecuencia la imposición de las rentas no declaradas correspondientes al valor de esos activos como “ganancias patrimoniales no justificadas”, sin posibilidad en la práctica de ampararse en la prescripción;*
- *al sancionar el incumplimiento o el cumplimiento imperfecto o extemporáneo de la obligación informativa relativa a los bienes y derechos situados en el extranjero con una multa proporcional del 150% del impuesto calculado sobre las cantidades correspondientes al valor de dichos bienes o derechos, que pueden acumularse con multas de cuantía fija;*
- *al sancionar el incumplimiento o el cumplimiento imperfecto o extemporáneo de la obligación informativa relativa a los bienes y derechos situados en el extranjero con multas de cuantía fija cuyo importe no guarda proporción alguna con las sanciones previstas para infracciones similares en un contexto puramente nacional y cuyo importe total no está limitado”.*

4. Consecuencias de la sentencia del TJUE de 27 de enero de 2022

La consecuencia más relevante es que, aunque la obligación de presentar el modelo 720 subsiste, ya no podrá ser aplicado el régimen sancionador específico previsto para los supuestos de incumplimiento del deber de declarar bienes y derechos situados en el extranjero. Por tanto, en aquellos casos en que se incumpla la obligación de declarar, tal incumplimiento será sancionado mediante la aplicación del régimen sancionador genérico establecido en la Ley General Tributaria, cuyo artículo 198 califica como infracción tributaria “no presentar en plazo autoliquidaciones o declaraciones, así como los documentos relacionados con las obligaciones aduaneras, siempre que no se haya producido o no se pueda producir perjuicio económico a la Hacienda Pública”.

La sentencia proyecta sus efectos sobre todos los procedimientos en los que no haya recaído resolución administrativa firme o sentencia con fuerza de cosa juzgada. También podría proyectar sus efectos sobre otros procedimientos en los que el contribuyente hubiera regularizado su situación tributaria en el pasado y hubiera soportado algunas de las consecuencias que ahora se declaran contrarias al Derecho de la Unión. En esos supuestos, habrá que estudiar la situación individualizada para valorar la posibilidad de actuación en cada caso concreto, ya que no se descarta la posibilidad de solicitar la rectificación de autoliquidaciones y devolución total o parcial de las cantidades satisfechas, ni tampoco la posibilidad de iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

(iv) In relation to the proportionality of the flat-rate fines.

The Court notes that the penalty system analysed establishes very high flat-rate fines (formal penalties), which are added to the proportional fine of 150% mentioned above. Furthermore, it considers that the amount of those fines is out of all proportion to the amount of the penalties provided for in general under the General Tax Law, and that this is sufficient to conclude that the specific scheme at issue establishes fines which constitute “a disproportionate restriction on the free movement of capital”.

The judgment therefore concludes that the Kingdom of Spain has failed to fulfil its obligations under Article 63 TFEU and Article 40 of the EEA Agreement of 2 May 1992, for the following reasons:

- *“by providing that the failure to comply with or the partial or late compliance with the obligation to provide information concerning assets and rights located abroad entails the taxation of undeclared income corresponding to the value of those assets as ‘unjustified capital gains’, with no possibility, in practice, of benefiting from limitation;*
- *by subjecting the failure to comply with or the partial or late compliance with the obligation to provide information concerning assets or rights located abroad to a proportional fine of 150% of the tax calculated on amounts corresponding to the value of those assets or those rights, which may be applied concurrently with flat-rate fines;*
- *by subjecting the failure to comply with or the partial or late compliance with the obligation to provide information concerning assets or rights located abroad to flat-rate fines the amount of which is disproportionate to the penalties imposed in respect of similar infringements in a purely national context and the total amount of which is not capped”.*

4. Consequences of the judgment of the Court of Justice of the European Union of 27 January 2022

The most significant consequence is that, although the obligation to file form 720 remains, the specific penalties foreseen for failing to comply with the duty to declare assets and rights located abroad can no longer be applied. Therefore, in cases in which the obligation to declare is not complied with, such non-compliance will be penalised through the application of the generic penalties established in the General Tax Law, Article 198 of which classifies as a tax offence the “failure to submit self-assessments or tax returns on time, as well as documents related to customs obligations, provided that no economic damage to the Public Treasury has occurred or may occur”.

The judgment will have an effect on all proceedings in which there has not been a final administrative decision or a judgment that has the force of res judicata. It could also have an effect on other proceedings in which the taxpayer had regularised his or her tax situation in the past and had suffered some of the consequences that have now been declared contrary to EU law. In these cases, each situation will have to be studied individually to assess the best course of action, as it may be possible to request the rectification of self-assessments and total or partial reimbursement of the amounts paid, or to initiate proceedings for public services liability of the legislating State.

Pérez-Llorca

Aunque la sentencia aquí comentada se refiere a la normativa de territorio común, estas consecuencias serán igualmente aplicables en los territorios forales.

Although the judgment discussed here refers to the national legislation, these consequences will be equally applicable on a foral regional level.

Esta Nota ha sido elaborada por **Diego Marín-Barnuevo**, Of Counsel de la práctica de Fiscal.

La información contenida en esta Nota Jurídica es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico. Este documento ha sido elaborado el 28 de enero de 2022 y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

Para más información, pueden ponerse en contacto con:

Clara Jiménez | Socia de Fiscal

cjimenez@perezllorca.com / T. +34 91 423 20 89

José Suárez Agapito | Socio de Fiscal

jsuarez@perezllorca.com / T. +34 91 423 67 41

This Legal Briefing was prepared by **Diego Marín-Barnuevo**, Of Counsel of the Tax practice.

The information contained in this Legal Briefing is of a general nature and does not constitute legal advice. This document was prepared on 28 January 2022 and Pérez-Llorca does not assume any commitment to update or revise its contents.

For more information, please contact:

Clara Jiménez | Tax Partner

cjimenez@perezllorca.com / T. +34 91 423 20 89

José Suárez Agapito | Tax Partner

jsuarez@perezllorca.com / T. +34 91 423 67 41