

Modificación del régimen jurídico asociado al incumplimiento del modelo 720 tras ser declarado contrario al derecho de la UE

1. La obligación 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 (“Ley 7/2012”), introdujo una nueva obligación de declarar los bienes y derechos situados en el extranjero (modelo 720), con unas consecuencias jurídicas especialmente gravosas para los supuestos de incumplimiento¹.

2. La sentencia del TJUE de 27 de enero de 2022

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”), en sentencia de 27 de enero de 2022 (asunto C-788/19), consideró contrarias al Derecho de la UE las siguientes disposiciones previstas en la legislación española relativas a las consecuencias derivadas del incumplimiento de esta obligación informativa²:

- (i) La regla establecida en el apartado 2 del artículo 39 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (“LIRPF”), según la cual se imputan al último ejercicio no prescrito (como “ganancias patrimoniales no justificadas”) las rentas correspondientes al valor de los bienes o derechos no declarados en plazo en el modelo 720.

Si bien la sentencia no se refiere expresamente a la normativa del Impuesto sobre Sociedades, la previsión relativa a las “rentas presuntas” contenida en el artículo 121.6 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (“LIS”), también debe reputarse contraria al Derecho de la UE por cuanto incurre en los mismos defectos.

- (ii) La sanción prevista en la disposición adicional primera de la Ley 7/2012, consistente en multa del 150 % del impuesto calculado sobre las cantidades correspondientes al valor de dichos bienes o derechos.
- (iii) Las sanciones previstas en el apartado 2 de la disposición adicional decimotercera de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (“LGT”), consistentes en determinadas multas de cuantía fija por no presentar en plazo o presentar de forma incompleta, inexacta o con datos falsos el modelo 720.

El TJUE, en síntesis, apreció una falta de proporcionalidad del régimen sancionador expuesto y la imposibilidad práctica de que los contribuyentes pudieran invocar la institución de la prescripción.

¹ Esta misma obligación también se implantó en la normativa de los territorios forales.

² La sentencia proyectó sus efectos sobre todos los procedimientos en los que no hubiera recaído resolución administrativa firme o sentencia con fuerza de cosa juzgada y, en principio, sujeto a un análisis individualizado de cada caso, también respecto de otros procedimientos en los que el contribuyente hubiera regularizado su situación tributaria y hubiera soportado las consecuencias declaradas contrarias al Derecho de la UE.

Modification of the legal regime associated with non-compliance with the Spanish tax form 720 after it was declared contrary to EU law

1. The duty to declare assets and rights located abroad

Law 7/2012, of October 29, amending tax and budgetary regulations and adapting financial regulations for the reinforcement of measures to prevent and combat fraud (“Law 7/2012”), introduced a new obligation to declare assets and rights located abroad (Form 720), with particularly severe legal consequences for cases of non-compliance¹.

2. The judgment of the court of justice of the European Union

On 27 January 2022 In its judgment of 27 January 2022 (Case C-788/19), the Court of Justice of the European Union (“CJEU”), found the following provisions of Spanish law relating to the consequences of the failure to comply with this information obligation to be contrary to EU law²:

- (i) The rule established in Article 39(2) of Law 35/2006, of 28 November, on Personal Income Tax and partially amending the Corporate Income Tax, Non-Resident Income Tax and Wealth Tax Laws (“LIRPF”), according to which income corresponding to the value of assets or rights not declared on time in Form 720 is imputed to the last non-prescribed financial year (as “unjustified capital gains”).

Although the judgment does not expressly refer to corporate income tax legislation, the provision relating to “deemed income” contained in Article 121(6) of Law 27/2014 of 27 November on Corporate Income Tax (“LIS”) must also be considered contrary to EU law insofar as it contains the same defects.

- (ii) The penalty provided for in the first additional provision of Law 7/2012, which consists of a fine of 150% of the tax calculated on the amounts corresponding to the value of the said assets or rights.
- (iii) The penalties provided for in paragraph 2 of the eighteenth additional provision of Law 58/2003 of 17 December 2003 on General Taxation (“LGT”), consisting of certain fixed fines for failure to file Form 720 on time or for filing incomplete, inaccurate or false information.

In short, the CJEU found that the penalty system described was not proportionate and that it was practically impossible for taxpayers to invoke the statute of limitations.

¹ The same obligation was also introduced in the regulations of the foral regions.

² The judgment affected all proceedings in which no final administrative decision or judgment with the force of res judicata had been issued and, in principle, subject to a case-by-case analysis, also in respect of other proceedings in which the taxpayer had corrected his tax status and had suffered the consequences that were declared contrary to EU law.

3. La reacción del legislador español para adecuar el régimen jurídico asociado al incumplimiento del modelo 720 a la sentencia del TJUE

En fecha de hoy, 10 de marzo de 2022, se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado la Ley 5/2022, de 9 de marzo, por la que se modifican la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, y el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, en relación con las asimetrías híbridas (“Ley 5/2022”).

Entre otras cuestiones³, la Ley 5/2022 incorpora la adaptación del régimen jurídico asociado a la obligación de declarar bienes y derechos situados en el extranjero (modelo 720) al Derecho de la UE tras la referida sentencia del TJUE de 27 de enero de 2022⁴. En particular:

- (i) Se suprime el apartado 2 del artículo 39 de la LIRPF, eliminándose así la imputación al último ejercicio no prescrito, como “ganancia patrimonial no justificada”, del valor de los bienes y derechos no declarados en plazo en el modelo 720.
- (ii) En la misma línea, se suprime el apartado 6 del artículo 121 de la LIS (régimen de “rentas presuntas” antes señalado).

En estos dos impuestos, por tanto, únicamente procederá la determinación de renta gravable en relación con aquellos bienes o derechos respecto de los cuales no pueda probarse la titularidad en ejercicios anteriores al último no prescrito (es decir, más allá de los últimos 4 o 5 años, en función del territorio), al igual que ocurría antes de la aprobación de la Ley 7/2012.

- (iii) Se derogan las disposiciones adicionales primera y segunda de la Ley 7/2012, eliminándose el régimen sancionador consistente en multa del 150 % respecto del impuesto correspondiente a tales “ganancias patrimoniales no justificadas” o “rentas presuntas” imputadas en el último ejercicio no prescrito.
- (iv) Se modifica la disposición adicional decimotercera de la LGT, suprimiéndose el régimen sancionador consistente en las distintas multas de cuantía fija aplicables en caso de no presentación o presentación de incompleta, inexacta o con datos falsos del modelo 720⁵.

³ Esta Ley transpone la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, en su redacción dada por la Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017, en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países.

⁴ Se prevé que se produzca la misma adaptación en el ámbito de los distintos territorios forales, en los que el régimen jurídico vinculado al incumplimiento de esta obligación declarativa es equivalente. De hecho, la adaptación ya se ha producido en el Territorio Histórico de Álava, a través del reciente Decreto Normativo de Urgencia Fiscal 2/2022, del Consejo de Gobierno Foral de 22 de febrero.

⁵ Esta modificación supone también la expulsión del ordenamiento de las sanciones fijas derivadas de los incumplimientos relacionados con la obligación de declaración relativa a las monedas virtuales, introducida por la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego.

3. The Spanish legislature's adaptation of the legal regime governing non-compliance with model 720 following the judgment of the CJEU

On 10 March 2022, Law 5/2022, of 9 March, which amends Law 27/2014, of 27 November, on Corporate Income Tax, and the revised text of the Law on Non-Resident Income Tax, approved by Royal Legislative Decree 5/2004, of 5 March, in relation to hybrid asymmetries (“Law 5/2022”), were published in the Official State Gazette.

Among other issues³, Law 5/2022 implements the adaptation of the legal regime governing the obligation to declare assets and rights located abroad (Form 720) to EU law following the aforementioned CJEU judgment of 27 January 2022⁴. In particular:

- (i) Paragraph 2 of Article 39 of the LIRPF is deleted, thus eliminating the imputation of the value of the assets and rights not declared on time in Form 720 to the last non-prescribed fiscal year, as “unjustified capital gain”.
- (ii) In the same vein, Article 121(6) of the LIS (the “presumed income” regime mentioned above) is deleted.

Therefore, in these two taxes, taxable income will only be calculated in relation to those assets or rights in respect of which ownership cannot be proven in years prior to the last non-prescribed year (i.e. beyond the last 4 or 5 years, depending on the jurisdiction), as was the case prior to the approval of Law 7/2012.

- (iii) The first and second additional provisions of Law 7/2012 are repealed, eliminating the penalty system consisting of a fine of 150% with respect to the tax corresponding to such “unjustified capital gains” or “presumed income” imputed in the last non-prescribed financial year.
- (iv) The eighteenth additional provision of the LGT is amended, abolishing the penalty system consisting of the various fixed-amount fines applicable in the event of failure to submit or submission of incomplete, inaccurate or false data on Form 720⁵.

³ This Law transposes Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market, as amended by Council Directive (EU) 2017/952 of 29 May 2017, as regards hybrid mismatches with third countries.

⁴ The same adaptation is expected to take place at the level of the different foral territories, where the legal regime linked to non-compliance with this declaratory obligation is the same. In fact, the adaptation has already taken place in the Historical Territory of Álava, through the recent Regulatory Decree of Fiscal Urgency 2/2022, of the Council of the Provincial Government of 22 February.

⁵ This amendment also entails the expulsion from the system of fixed penalties arising from breaches related to the obligation to declare virtual currencies, introduced by Law 11/2021 of 9 July on measures to prevent and combat tax fraud, transposing Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market, amending various tax rules and on the regulation of gambling.

Como consecuencia de lo anterior, aunque la obligación de presentar el modelo 720 subsiste, su incumplimiento ya no conllevará la aplicación del estricto régimen sancionador que estaba previsto en la normativa vigente hasta la fecha, sino el general establecido en la LGT, 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 Ley 5/2022 entra en vigor mañana, 11 de marzo de 2022 (día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado).

En cualquier caso, debe recordarse el derecho que, en términos generales, asiste a aquellas personas o entidades que hayan ingresado tributos en virtud de normas que posteriormente son declaradas contrarias a Derecho, a los efectos de solicitar su devolución.

As a consequence of the above, although the obligation to file Form 720 still exists, failure to do so will no longer entail the application of the strict penalty regime provided for in the regulations in force to date, but rather the general one established in the LGT, Article 198 of which classifies “failure to file self-assessments or returns on time, as well as documents related to customs obligations, provided that no economic damage to the Treasury has occurred or is likely to occur” as a tax infringement.

RDL 5/2022 will enter into force on the same day as its publication in the BOE.

In any case, it should be noted that, in general terms, persons or entities that have paid taxes by virtue of rules that are subsequently declared unlawful have the right to request a refund.

Esta Nota ha sido elaborada por José Suárez Agapito y Marta Rodríguez Castillo, Socio y Asociada 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 10 de marzo de 2022 y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

Para más información, pueden ponerse en contacto con:

José Suárez Agapito | Socio de Fiscal
jsuarez@perezllorca.com / T. +34 91 423 67 41

This Legal Briefing was prepared by José Suárez Agapito, Partner of the Tax practice and Marta Rodríguez Castillo, Associate 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 10 March 2022 and Pérez-Llorca does not assume any commitment to update or revise its contents.

For more information, please contact:

José Suárez Agapito | Tax Partner
jsuarez@perezllorca.com / T. +34 91 423 67 41