

## El intercambio de información sobre las rentas del ahorro desde una perspectiva global y su adaptación al Convenio para evitar la doble imposición entre los Estados Unidos y España<sup>1</sup>

Dr. Patricia Lampreave Márquez

### 1.- El intercambio de información desde una perspectiva global

Es indudable que la falta de instrumento jurídico regulador a nivel internacional de factores con alta movilidad, como es el capital, ha conllevado la deslocalización de rentas hacia países con legislaciones más laxas, como un ejercicio más de competencia fiscal<sup>2</sup> ejercida por ciertos Estados, cuyo perfil negativo se evidencia, en el momento en que los Estados ofertan niveles de imposición excesivamente bajos con el objetivo principal de maximizar la atracción a sus jurisdicciones, afectando negativamente a otros Estados<sup>3</sup>. Debido a la opacidad del Estado atrayente, la repercusión en el resto de los Estados se evidencia en la imposibilidad de recabar la información necesaria, para un control y en su caso una sujeción impositiva, respecto a los operadores domésticos que deslocalicen rentas hacia otros Estados más atractivos fiscalmente.

En general, **no podemos negar que en las últimas décadas se ha manifestado una competencia fiscal a la baja de los diferentes Estados**, al objeto de conceder importantes beneficios con el único fin de mantener capitales propios y atraer capitales localizados en otros Estados. Todo lo cual, ha provocado que el inversor pueda elegir el Estado con tratamiento fiscal más favorable, suponiendo la imposición sobre el capital un elemento estratégico en las políticas tributarias de los gobiernos, altamente influenciados por la fiscalidad aplicada en otros

<sup>1</sup> El presente trabajo ha ido elaborado en el marco del Proyecto de investigación financiado por el Instituto Franklin-UAH, II Plan Innova- USA (2012-2014), titulado "El análisis del Convenio Hispano-Norteamericano para Evitar la Doble Imposición y su Incidencia en las Relaciones Económicas entre ambos Países", cuyo investigador principal es la Prof. Patricia Lampreave Márquez.

<sup>2</sup> OECD. *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*. Paris: OECD Publications, 1997.

<sup>3</sup> Lampreave Márquez, P. *La Competencia Fiscal Desleal entre los Estados Miembros de la Unión Europea*. Navarra: Aranzadi, 2010.

territorios<sup>4</sup>. No obstante, fruto de la crisis económica global, los Estados son más conscientes de las graves consecuencias que la evasión y el fraude fiscal provocan en el erario público, por lo que la lucha para erradicar este tipo de prácticas se ha tornado en primordial<sup>5</sup>.

La lucha para erradicar el fraude y la evasión fiscal se ha tornado en primordial, fruto de la crisis económica global

Tengamos en cuenta que la utilización de estructuras opacas, el uso de paraísos fiscales o la planificación fiscal agresiva que erosiona gravemente las bases imponibles de otros Estados, esta siendo combatidas tanto por la OCDE como por la UE, lo que evidencia un cambio de paradigma tributario internacional. Es evidente que las Administraciones tributarias se han colocado al mismo nivel que los contribuyentes, estando tan globalizados como estos, lo que sin duda perjudica a todos aquellos que han pivotado su planificación internacional en la falta de sinergias entre las Administraciones públicas de los diversos Estados. En este punto, la cooperación entre los Estados y la globalización del Principio de intercambio de información entre sus Autoridades fiscales, se ha revelado como un asunto de máxima prioridad.

Durante años, la inexistencia de principios internacionalmente consensuados que sirviesen de base jurídica para desarrollar mecanismos multilaterales de cooperación administrativa para la correcta exacción tributaria de las rentas de carácter transnacional ha repercutido negativamente en un efectivo intercambio de información. Como se ha hecho mención, **los trabajos de la OCDE y de la Unión Europea (UE) han sido fundamentales para consolidar estrategias en torno a una mayor eficacia en el intercambio de información en materia tributaria.**

Las iniciativas de la OCDE han sido esenciales a través de su trabajo para erradicar la competencia fiscal desleal entre los Estados y el uso de paraísos fiscales<sup>6</sup> así como para el establecimiento de unos estándares de exigencias de transparencia internacional<sup>7</sup>. La OCDE a través de su Modelo de convenio (MCOCDE<sup>8</sup>) ha marcado una clara orientación en lo que se refiere al intercambio de información tributaria entre las Administraciones fiscales – artículo 26 MCOCDE- y en los acuerdos de asistencia mutua -artículo 25 MCOCDE-, siendo ambas fundamentales para prevenir el fraude y la evasión fiscal.

<sup>4</sup> Lampreave Márquez, P. "Fiscal competitiveness vs. Harmful tax competition in the EU". *Bulletin of International Taxation*, Vol. 65, 2011, nº. 6.

<sup>5</sup> AA.VV. en Schon, W. (coord). *Tax Competition in Europe*. IBFD, 2003.

<sup>6</sup> Lampreave Márquez, P. "Medidas adoptadas por la OCDE para paliar la competencia lesiva y la evasión fiscal", *Gaceta Fiscal*, nº 303, 2010.

<sup>7</sup> Owen, J. "Tax Systems in the New Millenium", en Andersson, K., Melz, P., y Silverberg, C. (Eds.), *Liber Amicorum Sven-Olof Lodin, Series on International Taxation*, núm. 27, London: Kluwer Law International, 1991.

<sup>8</sup> Vid. *OECD Model Tax Convention on Income and on Capital* (22 July 2010), Models IBFD y *OECD Model Tax Convention on Income and on Capital: Commentary on Article 26* (22 July 2010), Models IBFD.

Primordial es también el Modelo de acuerdo sobre intercambio de información en materia fiscal y sus comentarios<sup>9</sup>. **El objetivo de este Acuerdo denominado TIEAs<sup>10</sup> es promover la cooperación internacional en materia tributaria.** El Modelo fue desarrollado por el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre intercambio efectivo de información<sup>11</sup>. El citado surgió de la labor llevada a cabo por la OCDE para luchar contra las prácticas fiscales perjudiciales, dado que la falta de un intercambio efectivo de información es uno de los criterios clave para la proliferación de las prácticas fiscales perjudiciales. El mandato del grupo de trabajo fue el desarrollo de un instrumento jurídico que se pudiera utilizar para establecer una mejor cooperación entre los Estados.

También es primordial reseñar la Convención de asistencia administrativa en materia fiscal<sup>12</sup>. El citado es un acuerdo multilateral independiente de los anteriormente citados y elaborado con la intención de promocionar la cooperación internacional para un mejor funcionamiento de las leyes tributarias internas, siempre con respeto a los derechos fundamentales de los contribuyentes. La antedicha entró en vigor en junio de 2011 y ofrece todo tipo de medios de cooperación administrativa relativos al asesoramiento y a la recaudación de impuestos, en particular con vistas a combatir la elusión y evasión de impuestos. Cabe subrayar que cubre un rango más amplio de impuestos que los tratados bilaterales (por ejemplo, cubre los impuestos sobre el valor añadido y las contribuciones a la seguridad social). Además, ofrece una única base legal para la cooperación multilateral entre países en asuntos fiscales y cuenta con un grupo de trabajo que, ante la petición de un Estado parte, proporciona opiniones en relación a la interpretación y aplicación de la misma. También prevé procedimientos uniformes para distintas formas de asistencia mutua como el traslado de documentos, las inspecciones fiscales simultáneas y las inspecciones fiscales en el extranjero.

No obstante, centrándonos de nuevo en el MCOCDE<sup>13</sup>, en general las distintas versiones del artículo 26 según el año de la elaboración del Modelo regulan el intercambio de información desde un parámetro lo más amplio posible con el fin de sentar las bases adecuadas para la aplicación de la legislación fiscal interna de los Estados contratantes y para la aplicación de disposiciones específicas del Convenio.

---

<sup>9</sup> Este Acuerdo, que fue aprobado en abril de 2002. No es un instrumento vinculante, pero contiene dos modelos de acuerdos bilaterales. Múltiples acuerdos bilaterales se han basado en este Acuerdo. Disponible en <http://www.oecd.org/taxation>.

<sup>10</sup> TIEAs: Tax Information Exchange Agreements.

<sup>11</sup> El Grupo de Trabajo está compuesto por representantes de los países miembros de la OCDE, así como delegados de Aruba, Bermuda, Bahrein, Islas Caimán, Chipre, Isla de Man, Malta, Mauricio, las Antillas Holandesas, Seychelles y San Marino.

<sup>12</sup> Disponible en [www.oecd.org/ctp/eoi/mutual](http://www.oecd.org/ctp/eoi/mutual).

<sup>13</sup> En 1977 se publicó el Modelo de Convenio de Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio el cual fue objeto de diversas modificaciones (1992, 1994, 1995, 1997, 2000, 2003, 2005, 2008 y 2010).

**El artículo 26.1º MCOEDE, determina diferentes medios para el intercambio de información**, siendo los más comunes los siguientes<sup>14</sup>:

- 1.- Por requerimiento rogado (on request): cuando se hayan agotado las “fuentes habituales de información previstas en la legislación interna”.
- 2.- Mediante intercambio de información automático<sup>15</sup> (automatically): corresponde con un “plan previo” formulado por las autoridades competentes de los estados contratantes.
- 3.- Mediante intercambio espontáneo (spontaneously): cuando en el fruto de inspección se conoce una información de carácter tributario que puede ser del interés del otro Estado contratante y se remite sin ser requerida.

A pesar de ello, las obligaciones derivadas del artículo citado no se ha logrado constreñir la posición de aquellos Estados que se han escudado en la vigencia de límites y restricciones en su legislación interna para impedir la eficiente aplicación de los mecanismos de cooperación administrativa a los que faculta el citado artículo<sup>16</sup>.

El propio artículo 26 señala en su párrafo tercero unos supuestos sobre los cuales no se faculta el intercambio de información. Por ejemplo, en el supuesto que ello obliga a un Estado a adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación interna o cuando revele un secreto empresarial o profesional (entre otros). También se determina en el mismo párrafo el intercambio de información no podrá contravenir la soberanía, seguridad u orden público de uno de los Estados contratantes. La justificación del orden pública casi nunca se aplica en la práctica y solo se reconoce en casos excepcionales de secreto de Estado o clasificados por su especial sensibilidad<sup>17</sup>. No obstante, en 2002, el Comité de Asuntos fiscales de la OCDE llevó a cabo una revisión exhaustiva del citado artículo, con la intención de reflejar las prácticas de los Estados miembros en el intercambio de información<sup>18</sup>. Tuvo para ello en cuenta el Modelo de acuerdo de intercambio de información en materia tributaria anteriormente citado y el Informe sobre la mejora en el acceso de la información bancaria con fines tributarios<sup>19</sup>, en el cual analiza la importancia del secreto bancario y sus posibles consecuencias negativas, así como las tendencias observadas en materia de acceso a la información bancaria entre sus Estados

<sup>14</sup> Vid. OECD, *Tax Information Exchange Between OECD Member Countries: A Survey of Current Practices*, Ed. OECD, 1994. El Convenio establece la posibilidad de poder combinarse los tres procedimientos en un mismo Acuerdo. También reconoce como otros medios: La “comprobación simultánea” (cuando varias jurisdicciones están investigando a un grupo de sociedades, “la comprobación extraterritorial” o “el intercambio de información sobre un sector determinado” (cuando no hay un contribuyente determinado).

<sup>15</sup> Vid. Recomendaciones de la OCDE para el intercambio de información automático (1981,1992,1997, 2001, entre otros)

<sup>16</sup> Vid. Owens, J. “ Nuevos Temas en Materia de Reforma Fiscal. El Punto de Vista de un Administrador Internacional”, *Hacienda Pública Española*, nº 143, 1997.

<sup>17</sup> Vid. Comentario del Artículo 26. párrafo 3, punto 19.5.

<sup>18</sup> Disponible en <http://www.oecd.org/taxation>.

<sup>19</sup> Vid. *Mejora del Acceso a la Información Bancaria con Fines Tributarios*, Ed. IEF, 2010.

miembros, concluyendo con una serie de recomendaciones para mejorar la eficacia en los procedimientos de solicitud específicos de información.

Todo lo anterior deriva en la versión 2005 del MCOCDE, el cual aporta importantes modificaciones respecto al artículo 26. Incorpora una cláusula en su párrafo cuarto que establece expresamente la obligación para el Estado requerido de suministrar la información solicitada aunque no existiera un interés fiscal propio y otra cláusula en su párrafo quinto por la que explícitamente se deniega que el secreto bancario pueda operar como límite aceptable para denegar el intercambio de información. Es decir, si se produce un requerimiento de información –ya sea directo o indirecto- que obre en poder de entidades bancarias no podrá rehusarse por parte de las Autoridades donde este sita dicha entidad, incluso en el supuesto de no existir un interés fiscal propiamente.

**De acuerdo con el MCOCDE (2005) si se requiere información, no podrá rehusarse por parte de las Autoridades.**

La única modificación en materia de intercambio de información realizada durante la actualización al modelo de 2010, fue la eliminación de las reservas realizadas por Austria, Bélgica, Suiza y Luxemburgo<sup>20</sup>. El 17 de julio de 2012 el Consejo de la OCDE aprobó una nueva modificación del artículo 26, como resultado de las conclusiones alcanzadas durante la Conferencia de Oslo de marzo de 2011<sup>21</sup>. El objetivo principal de dicha reunión fue encontrar formas efectivas de lucha contra los crímenes financieros, la evasión fiscal y otros flujos ilícitos a través de una mejor cooperación internacional.

En general, de los comentarios del MCOCDE se deriva que **las autoridades competentes están facultadas para obtener y proporcionar, previo requerimiento, información que obre en poder de bancos, otras instituciones financieras, y de cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria, incluidos los agentes designados y fiduciarios**. Si tenemos en cuenta otros Modelos de Convenio como el de Naciones Unidas<sup>22</sup> o el de Estados Unidos<sup>23</sup>, en ambos supuestos la cláusula quinta del artículo 26 que regula el intercambio de información es coincidente.

En el marco de la Unión Europea (UE), el cual será objeto de un estudio distinto que formará parte del mismo proyecto, debemos poner de manifiesto que durante años se ha ido forjando el fortalecimiento de la cooperación entre los Estados miembros (EMs) y de éstos con

<sup>20</sup> OCDE. *Implementing the Tax Transparency Standards, A handbook for assessors and jurisdictions*. Paris: OECD, 2011.

<sup>21</sup> OECD. Update to Article 26 of the OECD Model Tax Convention and its Commentary. Paris: OECD, 2012.

<sup>22</sup> United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries (2011 update).

<sup>23</sup> US Model, 2006.

terceros países, bajo unos parámetros comunes<sup>24</sup>. La UE cuenta con unas Directivas consensuadas por los EMs en las que se regula el intercambio de información automático, bien sobre las rentas del ahorro a través de la Directiva 2003/48/CE<sup>25</sup> o bien sobre los rendimientos sometidos a tributación directa a través de la Directiva 2011/16/UE<sup>26</sup>.

## 2. El Convenio para evitar la doble imposición entre Estados Unidos

Como hemos mencionado existen distintos instrumentos utilizados para el intercambio de información de naturaleza unilateral, bilateral y multilateral. No obstante, fundamentalmente son utilizados los instrumentos normativos clásicos, tales como los Convenios para evitar la doble imposición –en adelante, CDI-. **Los Convenios para evitar la doble imposición -CDI-, tienen la naturaleza jurídica de Tratados fiscales internacionales que forman parte de la normativa nacional**, en los cuales las partes signatarias, en aras fundamentalmente a eliminar una doble imposición, renuncian a una parte de su soberanía fiscal, aceptando una tributación compartida que favorece las transacciones entre los Estados firmantes y las relaciones económicas entre ambos países. Los CDI permiten a ambos Estados la posibilidad de intercambiar información. No obstante, la citada queda supedita a la exigencia de ciertas limitaciones y condicionantes que restringen en gran medida el alcance de dicha obligación internacional.

Procedemos a continuación a llevar a cabo ciertas reflexiones en relación al intercambio de información recogido en el CDI firmado entre España y los Estados Unidos y en el Protocolo que lo modifica adecuándolo al entorno cambiante de las relaciones económicas y comerciales internacionales.

El Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal entre Estados Unidos y España fue firmado con fecha 22 de febrero de 1990<sup>27</sup>. No obstante, debido a las fuertes relaciones económicas de inversión existentes entre los dos países y las disputas frecuentes que provocaba el Convenio 1990, el citado ha sido recientemente modificado a través del Protocolo firmado el 14 de enero de 2013 entre ambos países<sup>28</sup>. Tras dos años de negociación, el nuevo Protocolo supone la actualización de determinados artículos del Convenio con el objeto de adaptarlo, a las necesidades derivadas de las actuales relaciones económicas y comerciales entre España y EEUU.

<sup>24</sup> Falcón y Tella, R., Almudí Cid J.M., “El Derecho Fiscal Europeo” en Cordón Ezquerro, T., (coord.) AAVV, *Manual de Fiscalidad Internacional*, Vol. I, Ed. IEF, Madrid, 2007.

<sup>25</sup> La Directiva sobre la fiscalidad del ahorro, DO L 157 de 26 de junio de 2003.

<sup>26</sup> La Directiva sobre cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, DO L 60 DE 10 de marzo de 2010.

<sup>27</sup> BOE 306, 22 de diciembre de 1990.

<sup>28</sup> Disponibles en <http://www.minhap.org>

**El Protocolo incluye una serie de cambios importantes con el propósito de hacer más eficientes las inversiones directas entre ambos países.** Es de destacar la variación en los tipos de retenciones aplicadas sobre ciertos rendimientos (dividendos, intereses y cánones) y sobre ganancias de capital, asemejando con ello el Convenio a otros en vigor firmados entre EEUU y los principales EMs de la UE<sup>29</sup>. En el nuevo redactado se elimina en la mayoría de los supuestos la tributación en la fuente y se moderniza sustancialmente la cláusula relativa a la limitación de beneficios (LOB), lo que redundará sin duda en la eliminación de las planificaciones fiscales complejas y costosas existentes hasta el momento, tanto en lo relativo a inversiones de empresas españolas en los EEUU como viceversa.

Como no podía ser de otra forma, el Protocolo se adapta a los estándares establecidos por la OCDE anteriormente mencionados, reforzándose entre otras cláusulas la relativa al intercambio de información. Como hemos visto el artículo 26 del MCOCDE y del MCEEUU, regula el intercambio de información entre los Estados firmantes, pese a pequeñas diferencias entre ambos modelos, son coincidentes en los puntos importantes. No podemos ignorar que EE.UU. es miembro de la OCDE y por tanto lo que en dicha Organización se acuerde afecta directamente a EE.UU.

En virtud de cualquiera de los dos modelos citados, las Autoridades competentes de los Estados contratantes pactan intercambiar la información que previsiblemente pueda resultar de interés para aplicar lo dispuesto en el nuevo Protocolo o lo dispuesto en el Derecho interno relativo a los impuestos de cualquier naturaleza o denominación exigibles por los Estados contratantes, en la medida en que la imposición así exigida no sea contraria al Protocolo.

La información recibida por un Estado contratante en virtud de este artículo se mantendrá en secreto en igual forma que la información obtenida en virtud del Derecho interno de ese Estado y sólo se comunicará a las personas o Autoridades (incluidos los Tribunales y órganos administrativos) que intervengan en la gestión o recaudación de los impuestos a los que se hace referencia el Protocolo.

En relación al Convenio de doble imposición firmado entre España y Estados Unidos es importante poner de manifiesto que el artículo 27<sup>30</sup> del citado que regulaba el intercambio de información y asistencia administrativa era bastante exiguo, lo que dificultaba el eficiente intercambio de información entre ambos Estados. La nueva cláusula incorporada en el Protocolo que modifica el Convenio, ha cambiado radicalmente el artículo 27, por lo que su

<sup>29</sup> Vid Convenio para evitar la Doble Imposición firmado entre Reino Unido y Estados Unidos el 24 de Julio de 2001 (Protocolo que modifica el CDI firmado el 19 de julio de 2002). Convenio para evitar la Doble Imposición firmado entre Francia y Estados Unidos el 31 de Agosto de 1994 (Protocolo que modifica el CDI firmado el 8 de diciembre de 2004).

<sup>30</sup> Pese a que en el MCODE el intercambio de información venga regulado en el artículo 26, en el CDI firmado entre España y EEUU queda regulado por el artículo 27, al no ser coincidentes en los números lo que no contradice la afirmación de que ambos artículos son idénticos.

nueva redacción ha sustituido íntegramente el anterior redactado. Del análisis del artículo 27, se puede concluir que la actual cláusula se ajusta a los estándares y parámetros fijados por la OCDE. Concretamente se ha tenido en cuenta el Modelo de acuerdo de intercambio de información en materia tributaria desarrollado por la OCDE y el Informe sobre la mejora en el acceso de la información bancaria con fines tributarios. No obstante, principalmente ha seguido la evolución del artículo 26 desde el MCOCDE de 2005 hasta el 2012, lo que ha aportado importantes modificaciones respecto a la obligación para el Estado requerido de suministrar la información solicitada aunque no existiera un interés fiscal propio, a que el secreto bancario pueda operar como límite aceptable para denegar el intercambio de información o a los límites sobre las polémicos requerimientos de información genéricos.

Se añaden en el Protocolo las cláusulas sexta, séptima y octava que vienen a reforzar la cooperación entre ambas administraciones tributarias, siguiendo en ello también los parámetros de la OCDE. En este punto no podemos obviar el reciente que el Ministerio de Hacienda firmó el pasado 14 de mayo un Acuerdo con los Estados Unidos (EEUU) para la aplicación en nuestro país de la Foreign Account Tax Compliance Act (Ley de Cumplimiento Tributario de Cuentas Extranjeras) más conocida como FATCA.

El núcleo de FATCA pivota en que las instituciones financieras extranjeras, que tengan clientes estadounidenses, podrán optar por el intercambio de información “automático” o quedarán sujetos a una retención del 30% todos los rendimientos de fuente norteamericana que se satisfagan a cualquier entidad extranjera, en beneficio de la propiedad entidad o de sus clientes norteamericanos. El citado acuerdo será objeto de un estudio diferente que forma parte del proyecto. No deja de ser algo llamativo que al ser coincidentes en el tiempo, no se incorporara en el nuevo Protocolo una referencia explícita de FATCA, puesto que el Convenio reconoce como mecanismo de intercambio de información fundamentalmente el rogado y con la aplicación de FATCA se incorpora el intercambio de información automático entre ambos países en lo relativo a las renta del ahorro. Personalmente entiendo que el nuevo artículo 27 del Protocolo debería ser suficiente para cubrir la implementación de FATCA sin problemas, lo que sin duda redundará en una mayor transparencia entre ambos países.

## Referencias

- AA.VV . en Schon, W. (coord). *Tax Competition in Europe*. IBFD, 2003.
- Kurdle, R. T. "The OECD's Harmful Tax Competition Initiative and the Tax Havens: From Bombshell to Damp Squib". *Global Economy Journal*, nº 8, 2008.
- Lampreave Marquez, P. *La competencia fiscal desleal en los Estados Miembros de la Unión Europea*. Navarra: Aranzadi, 2010.
- . "An Assessment of Anti-Tax Avoidance Doctrines in the United States and the European Union". *Bulletin for international taxation. IBFD*. - Vol. 3, 2012.
- . "Medidas adoptadas por la OCDE para paliar la competencia lesiva y la evasión fiscal", *Gaceta Fiscal*, nº 303, 2010.
- Malherbe, J. *Tax competition in Europe*. IBDF, 2003.
- McLaren, J., "The OECD harmful tax competition project; Is it international tax law?" 24 *Australian Tax Forum*, 2009.
- OECD. *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*. Paris: OECD Publications, 1997.
- OCDE. *Implementing the Tax Transparency Standards, A handbook for assessors and jurisdictions*. Paris: OECD Publications, 2011.
- Owens, J. "Nuevos Temas en Materia de Reforma Fiscal. El Punto de Vista de un Administrador Internacional". *Hacienda Pública Española*, nº 143, 1997.
- Van Raad, K. *Materials on International & EU tax Law*. International TAX Center Leiden, 2012.

