

Los Acuerdos FATCA: El Control Fiscal de las Cuentas Off-Shores¹

Patricia Lampreave Márquez

El Ministerio de Hacienda firmó, el pasado 14 de mayo de 2013, un Acuerdo con los Estados Unidos (EE.UU.) para la aplicación en nuestro país de *la Foreign Account Tax Compliance Act* (Ley de Cumplimiento Tributario para las Cuentas en el Extranjero) más conocida como FATCA².

El gobierno de Barak Obama, cansado de los escándalos provocados por los casos de la Unión de Bancos Suizos (UBS) o LGT Bank of Liechtenstein, decidió en 2010 que sería más efectiva la “prevención” que la “persecución” e impulsó un conjunto de normas por las que se obliga a las entidades financieras de todo el mundo a informar sobre cuentas en el extranjero de personas y entidades sujetas por obligación personal a tributación en los EE.UU.

El núcleo de FATCA³ pivota en que las instituciones financieras extranjeras, que tengan clientes sujetos a obligación personal en los EE.UU. y por tanto sujeto por todas sus rentas mundiales en el citado país, deberán suministrar información mediante el mecanismo de intercambio “automático”⁴. La legislación va dirigida a ciudadanos norteamericanos que residen fuera de EE.UU. y que obtienen rentas fuera del país. **El objetivo es, por tanto, evitar la evasión fiscal de los contribuyentes norteamericanos que dispongan de cuentas y**

¹ 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.

² Lampreave Marquez P., “ El intercambio de Información sobre las Rentas de Ahorro desde una Perspectiva Global y su Adaptación a Convenio para evitar la Doble Imposición entre los Estados Unidos”, *Impuestos*, No. 11, Noviembre (2013): 63-87.

³ Spencer, D., “FATCA and automatic exchange of information”. *Journal of international taxation*, No. 21, 2010.

⁴ Richard Harvey, J., “Offshore Accounts: Insider’s Summary of FATCA and Its Potential Future”, *Villanova Law Review*, Vol. 57, nº. 3, 2012.

productos financieros en el extranjero, siendo el propósito final de la Administración de Obama lograr que una gran mayoría de países faciliten el intercambio de información fiscal sobre tales contribuyentes.

Debe tenerse en cuenta que EE.UU. tiene una normativa un tanto peculiar, a diferencia de la mayoría de países, las obligaciones impositivas van aparejadas a la condición de ciudadano estadounidense, independientemente de dónde se resida. Ello quiere decir que ignoran el principio de residencia, al menos parcialmente, dado que un ciudadano norteamericano que se traslade a otro país y se convierta en residente fiscal, seguirá teniendo que tributar algo en los EE.UU. si quiere mantener la ciudadanía norteamericana. **En la actualidad se estima que residen en nuestro país unos 35.000 ciudadanos norteamericanos.**

No todo el dinero no declarado proviene de la evasión fiscal, dado que este concepto suele identificarse como una violación directa de la obligación tributaria, caracterizada por una particular intensidad del dolo. Un montante del dinero que no ingresan las arcas públicas de EE.UU. proviene de la elusión fiscal siendo ésta identificada como aquel proceder que sin infringir el texto de la ley, procura el alivio tributario mediante la utilización de estructuras jurídicas atípicas o anómalas⁵.

La lucha contra la evasión y la elusión no se circunscribe solamente a los EE.UU., sino fundamentalmente a los trabajos del Foro Global de Transparencia fiscal⁶, al trabajo del G-20 en relación a las BEPS (base erosion profit shifting o erosión de bases imponibles), a los nada desdeñables esfuerzos de la UE por erradicar la planificación fiscal agresiva en la UE, así como otros instrumentos aprobados por los Estados miembros como la Directiva del ahorro 2003/48/CE o la Directiva sobre cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, 2011/16/UE⁷.

Lo que caracteriza a FATCA es que es acuerdo elaborado por los EE.UU. (por tanto no es multilateral) pero con efectos ultraterritoriales. En estos momentos EE.UU. negocia con más de 75 países la aplicación de diversos acuerdos FATCA. Lo que puede resaltar de esta normativa con repercusiones globales es que de no darse el intercambio que requiere EE.UU., quedarán sujetas 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. Por tanto, **con FATCA se pretende “cortar de raíz” el uso**

⁵ Lampreaue Marquez P., “Planificación o Fraude en el Ámbito Internacional”, *Impuestos*, No. 21, enero 2005.

⁶ <http://www.oecd.org/tax/transparency/>

⁷ DO L 157 de 26 de junio de 2003 y DO L 60 de 10 de marzo de 2010.

inapropiado de las cuentas *off-shore*⁸ y solamente EE.UU. es capaz de crear una regulación con tanta repercusión.

Ya en el año 2001 aparece el régimen QI (*Qualified Intermediary*) como primer intento de reducir las ventajas del secreto bancario sobre productos como los valores en jurisdicciones *offshore*⁹). Mediante este régimen se trataba de identificar personas estadounidenses que invertían en valores USA a través de intermediarios extranjeros. Desde la aprobación de FATCA, la delegación de Hacienda de los EE.UU. (*Internal Revenue Service o IRS*) ha venido matizando a través de sus explicaciones técnicas publicadas, el ámbito subjetivo y objetivo de la normativa.

En lo que se refiere al ámbito subjetivo, la norma clasifica los tipos de personas en: físicas (*US persons*) y jurídicas (*US entities*). Se considera como entidades financieras, entre otros, a bancos, custodios, *broker, dealer*, aseguradoras, fondos de pensiones, fondos de inversión, *trusts, hedge fund* (...). Entre los conceptos que determinan un *US person* podemos mencionar: aquellos ciudadanos con doble nacionalidad (norteamericana y otra); ciudadanos norteamericanos aún cuando no residan en EE.UU.; personas físicas con pasaporte americano; nacidos en EE.UU. salvo renuncia expresa a la nacionalidad; residentes permanentes en EE.UU. (titulares de *green card*); también se aplicará el test de presencia sustancial para un extranjero que permanece al menos 183 días con contrato, excluyendo a diplomáticos, profesores, deportistas o estudiantes¹⁰. Hay que tener en consideración que territorios como Puerto Rico, Islas Vírgenes americanas, Samoa americana, Isla de Guam o Islas Marianas del Norte son fiscalmente territorio estadounidense sujeto a tributación bajo la normativa de los EE.UU.

Se entiende que las informaciones requeridas sobre sus clientes a las entidades son ciertos datos personales (como el nombre, domicilio, el TIN o Número de Identificación Fiscal norteamericano, modelos norteamericanos como el W9 o W8-BEN, pasaporte, *green card*, certificado de residencia, *self certification*, etcétera), así como el número de cuenta, balances y valores en cuenta, ingresos recibidos, cargos o transferencias emitidas o recibidas

El ámbito objetivo de FATCA es cualquier distribución de intereses, dividendos, rentas, sueldos, salarios, primas, anualidades, compensaciones, remuneraciones, emolumentos y otros beneficios, aumentos fijos o determinables, anuales o periódicos, pagos recibidos de

⁸ Tello, C.; Arnold J.C. "Proposed FATCA regulation provide much relief though administrative and financial burdens still remain", *Bulletin for international taxation*, IBFD, Vol. 66, 2012.

⁹ Para los EE.UU. *offshore* es todo aquello que esta fuera de sus fronteras.

¹⁰ Coronas Valle, D., "FATCA: El Control Fiscal Internacional de Cuentas Bancarias de Ciudadanos Estadounidenses", *Estudios de la Fundación Economía*, No. 234, mayo/junio 2013.

sucursales extranjeras de bancos americanos y en general todos aquellos ingresos provenientes de fuente de riqueza ubicada en los EE.UU., excepto bonos del Tesoro.

Uno de los puntos más controvertidos de FATCA es que **a las entidades financieras off-shore se les exige que se posicionen como “auditores” de sus clientes** y verifiquen que los citados no lleven a cabo operaciones utilizando su conducto (*passthru payment*) con un cliente “recalcitrante¹¹” o a otras entidades localizadas en otros territorios no cooperativos al no tener un acuerdo FATCA firmado con los EE.UU. En este caso, la entidad financiera cooperativa deberá actuar también como agente y retener el 30%, exigiéndose además que intente obtener una autorización de los titulares de las cuentas para que aunque le fuera de aplicación el secreto bancario en ese país tercero renunciara a ella, pudiendo en todo caso proceder a cerrar la cuenta del titular que no coopere mediante la revelación de su identidad o que dificulte toda la información que le sea requerida por el banco¹². FATCA establece dos tipos de acuerdos:

1. El modelo intergubernamental (o modelo I) publicado con fecha 26 de julio de 2012, firmado entre el *IRS*¹³ y las autoridades fiscales de los países, los cuales actuarán como garantes del cumplimiento de sus entidades financieras. Dentro de este tipo de acuerdo encontramos el que conlleva reciprocidad (no necesariamente simétrica) de información por los dos Estados firmantes (Modelo 1A) y el que no la conlleva (Modelo 1B).
2. El modelo II, publicado el 14 de noviembre de 2012, firmado entre el *IRS* y las entidades financieras directamente, facultando al primero a solicitar “bajo petición” (nunca automáticamente) cierta información a las autoridades fiscales de dichos países, lo que podrá ser denegado o limitado y no implica ningún tipo de reciprocidad.

Para aplicar FATCA, en cualquiera de los dos supuestos las entidades financieras, tendrán que registrarse *online* ante las autoridades fiscales estadounidenses (*IRS* o *Inland Revenue Service*) tras lo cual recibirán un número de identificación (*GIIN*) con el que operar en el ámbito de esta ley. Posteriormente, el *IRS* publicará con carácter periódico una lista de entidades participantes en FATCA.

¹¹ Será aquel cliente del que no se dispone de datos fehacientes al aplicarse el secreto bancario en la legislación nacional del país donde esté localizado, tal es el caso de Suiza.

¹² Lampreave Marquez, P., “Diferentes enfoques para el intercambio automático de información”, *Quincena Fiscal* 15.16, Sep. 2013.

¹³ *IRS* o *Internal Revenue Service*, autoridad fiscal de los EE.UU.

En la UE, se alcanzó en julio de 2013 un modelo de acuerdo intergubernamental conjuntamente entre Reino Unido, Alemania, Italia, Francia, España y las autoridades norteamericanas (siguiendo los parámetros no negociables de este último) que ha supuesto la base para los posteriores acuerdos bilaterales necesarios para poder ser incorporado FATCA a cada una de las cinco jurisdicciones¹⁴.

En base al anterior acuerdo, los cinco Estados enviaron una carta al comisario europeo de la TAXUD¹⁵, el Sr. Algirdas Šemeta, anunciándole su decisión de trabajar conjuntamente en un instrumento piloto para el intercambio multilateral de información tributaria inspirado en el acuerdo FATCA pero bajo el paraguas del Derecho comunitario, extendiendo la invitación al resto de socios comunitarios¹⁶.

España se ha acogido al modelo de acuerdo bilateral con reciprocidad, por tanto, desde su entrada en vigor las entidades financieras de España y EE.UU. deberán comunicar a sus autoridades fiscales información referente a contribuyentes del otro país firmante y, seguidamente, la información se intercambiará entre las autoridades fiscales (*IRS* y *AEAT*), de forma automática y mediante un procedimiento estandarizado y recíproco.

España y los EE.UU. firmaron el acuerdo el 14 de mayo de 2013 y fue presentado al Parlamento el 31 de julio de 2013, con fecha 31 de octubre fue aprobado por el Congreso y por el Senado. Queda pendiente poner en práctica los reglamentos internos que establecen las condicionantes para que las instituciones financieras residentes presenten los informes.

Es evidente que todos los gobiernos del mundo, de cualquier signo y tipología, están interesados en una herramienta que les posibilite recaudar más y mejor. No obstante, la crítica globalizada a FATCA versa en que EE.UU. ha optado, como se ha señalado, por implantar de forma unilateral su modelo de intercambio automático de información extraterritorial, el cual conlleva un impuesto confiscatorio en forma de sanción en caso de ignorarse¹⁷. Personalmente entiendo que en este punto subyace una clara vulneración al principio de soberanía fiscal de cada Estado¹⁸, sobre todo en lo que se refiere a las mencionadas operaciones *passthru*. Este tipo de medidas deberían ser consensuadas por la Comunidad internacional mediante la adopción de un modelo FATCA pactado entre la OCDE y la UE, fijando unos estándares comunes de funcionamiento para la consecución de un enfoque más global y eficaz en el intercambio de información, como mecanismo para la lucha contra la evasión fiscal.

¹⁴ Eckl, P; Sambur, J. "The impact of the US Foreign account tax compliance (FATCA) on European Entities", *European Taxation*, IBFD, vol.52, 2012.

¹⁵ Taxation and Custom Union.

¹⁶ Vid. http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/semeta/headlines/news

¹⁷ Avi-Yonah, R.; Halabi, O., "US Treaty anti-avoidance rules: an overview and assessment", *Bulletin for international taxation*, IBFD, Vol. 66, 2012.

¹⁸ Moldenhauer, D, T, "FATCA and fiscal sovereignty", *Tax notes international*, September 5, 2011.

EE.UU. ha reconocido la necesidad de alcanzar niveles equivalentes de intercambio de información automática y por tanto la plena reciprocidad con España. Lo anterior sin duda va a beneficiar al fisco español por el número de personas físicas y jurídicas residentes en España con cuentas en Miami. Particularmente entiendo que en el seno de la UE las Directivas del ahorro y la Directiva de cooperación administrativa¹⁹, parecen instrumentos suficientes para garantizar el intercambio automático de las rentas del ahorro, entre otras.

Un acuerdo FATCA para la UE, sería en todo caso útil entre los EE.UU. y los Estados de la UE, pero probablemente sería más eficaz extender los acuerdos firmados por la UE con medidas semejantes a las recogidas en la Directiva del ahorro con los principales centros financieros a escala mundial, incluso con EE.UU., lo que en su día fue una reivindicación de Luxemburgo y Austria para firmar la Directiva del ahorro y ha quedado relegado siempre a un segundo plano por falta de interés de los EE.UU..

Aunque ya estaban claramente establecidos los plazos para que las entidades financieras cumplieren con la normativa FATCA, se emitieron nuevas disposiciones el julio pasado que vinieron a ampliar el plazo para la entrada en vigencia efectiva de esa normativa, pues extendió la fecha para que cada entidad financieras obtenga el número de identificación conocido como GIIN; así como la entrada en vigencia de la Ley, al 1 de julio de 2014. De esta forma, las entidades financieras tendrán tiempo hasta el 25 de abril de 2014 para registrarse ante esa oficina y obtener su GIIN sin recibir como sanción la retención del 30% a todo pago proveniente de fuente norteamericana.

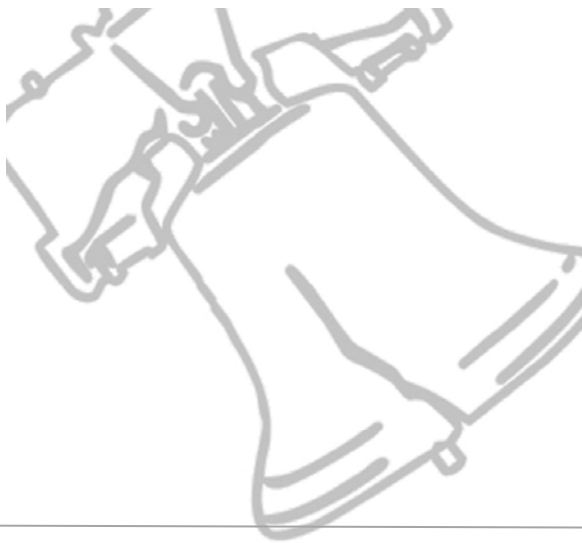
El *IRS* también cambió la fecha a partir de la cual estará disponible el portal en el que las entidades financieras pueden hacer su registro. El mismo estará habilitado a partir del 19 de agosto de 2013 y no a partir del 15 de julio de este año como estaba previsto.

A modo de conclusión se puede señalar que el objetivo de esta medida no es reprochable, todos los gobiernos coinciden en estos momentos en que la evasión fiscal debe ser erradicada, no obstante, muchas son las lagunas que contiene este mecanismo, muchas las inseguridades jurídicas que provoca a nivel internacional y muchas las posibles incompatibilidades con otros mecanismos adoptado en los convenios para evitar la doble

¹⁹ En este contexto fue aprobada la Directiva 2011/16/UE del Consejo, basada en una propuesta presentada por la Comisión Europea el 2 de febrero de 2009. COM (2009)29 final. La citada viene a sustituir a la Directiva 77/799/CEE del Consejo, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos y los impuestos de primas de seguros.

imposición previamente firmados con EE.UU.²⁰. **La adopción de medidas unilaterales de este tipo no son aconsejables**, dado que nos podríamos encontrar con otros países que decidan adoptar medidas coercitivas frente a los EE.UU. como salvaguardia a su propia soberanía o peor aún, con países que opten por imponer al resto otras medidas unilaterales para alcanzar sus propios objetivos, por ejemplo incrementar la recaudación.

Una cuestión a considerar es la nada desdeñable carga administrativa y costes anexados que las entidades financieras y los Estados deben asumir para cumplir con FATCA, siendo probable que intenten repercutirlos, al menos en parte, a los clientes afectados.



Instituto Universitario de Investigación en Estudios Norteamericanos "Benjamin Franklin"
Universidad de Alcalá
www.institutofranklin.net



²⁰ Lampreave Márquez, P., "Trueque de datos *made in USA*", El foco, *Cinco Días*, 26.04.2013.