

Breve notas sobre los efectos de FATCA en los convenios para evitar la doble imposición

Brief Notes on the Effects of FATCA on Tax Treaties

Breves notas sobre os efeitos do FATCA nos Convênios para Evitar a Doble Imposição

XABIER ESCALANTE ELGUEZABAL¹²

*Profesor de pre y post grado de la Universidad Central de Venezuela -
Willemstad - Curazao*

Fecha de recepción: 12 de agosto de 2015

Fecha de aprobación: 19 de abril de 2016

Página inicial: 385

Página final: 406

Resumen

El artículo describe las características más sobresalientes de la normativa promulgada por los Estados Unidos de América conocida como "FATCA" (Ley de Cumplimiento Impositivo sobre Cuentas en el Extranjero) mediante la cual se pretende que entes no sometidos a la soberanía jurídica de los Estados Unidos de América proporcionen importante información de los contribuyentes norteamericanos. En este sentido el autor realiza un análisis sobre el efecto que esta normativa (unilateral) ejerce sobre los tratados para evitar la doble imposición que se hayan celebrado con los Estados Unidos, así como la naturaleza jurídica de los actos y convenios que se han celebrado con fundamento en FATCA.

-
- 1 Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas-Venezuela (1992); Maestría en Derecho Común Georgetown University, (1996); International Tax Program (ITP) de Harvard University, (1998), Especialista en Derecho Financiero Universidad Católica Andrés Bello, (2001); Especialista en Derecho Tributario de la Universidad Central de (2004). Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT), el Instituto Colombiano de Derecho Tributario (ICDT) y la International Fiscal Association (IFA).
 - 2 El presente estudio incorpora parte de la ponencia presentada por el autor para las XIX Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario 2015.
 - * Este artículo puede citarse de la siguiente forma: Xabier Escalante Elguezabal. *Breve notas sobre los efectos de FATCA en los convenios para evitar la doble imposición*, Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario, núm. 74, pág. 385, Bogotá D.C., mayo 2016.

Palabras clave

FATCA, Convenios para evitar la doble imposición, Estados Unidos de América, Impuesto sobre la Renta, IGA.

Abstract

The article describes the highlights characteristics of the legislation enacted by the United States of America known as “FATCA” (Foreign Account Tax Compliance Act) which is intended for entities not subject to the legal sovereignty of the United States of America to provide important information of American taxpayers. In this sense the author performs an analysis of the effect of these (unilateral) rules over tax treaties which have been concluded with the United States, as well as the legal nature of the acts and agreements that have been held based on FATCA.

Keywords

FATCA, Tax treaties, United States of America, Income Tax, IGA.

Resumo

O artigo descreve as características mais destacáveis da normativa promulgada pelos Estados Unidos da América conhecida como “FATCA” (Lei de Conformidade Tributária de Contas Estrangeiras) mediante a qual pretende-se que entes não submetidos à soberania jurídica dos Estados Unidos da América proporcionem importante informação dos contribuintes norte-americanos, neste sentido o autor realiza uma análise sobre o efeito que esta normativa (unilateral) exerce sobre os tratados para evitar a dupla imposição que se tenham celebrado com os Estados Unidos, assim como a natureza jurídica dos atos e convênios que se têm celebrado com fundamento no FATCA.

Palavras-chave

FATCA, Convênios para evitar a dupla imposição, Estados Unidos da América, Imposto sobre a Renda, IGA.

Sumario

Introducción; 1. La implementación de FATCA y sus efectos en los convenios de doble imposición, 1.1. Características generales de FATCA, 1.2. El intercambio de información fiscal bajo los convenios de doble imposición y los acuerdos para el intercambio de información fiscal, 1.3. Los acuerdos intergubernamentales (IGA)

bajo FATCA, como herramientas para evitar el conflicto con la ley local, 1.4. La naturaleza jurídica de los IGA y sus efectos con los convenios de doble imposición; 2. Conclusiones; 3. Bibliografía.

Introducción

Durante el pasado mes de marzo tuve la oportunidad de asistir al congreso organizado por la asociación STEP³ en Curazao, donde se trataron temas muy diversos sobre la actualidad global, particularmente enfocados el aspecto tecnológico y económico, y como todo ello afecta las decisiones patrimoniales tanto de empresas como individuos que por supuesto, quieren preservar e incrementar dicho patrimonio.

El invitado especial al evento fue el historiador Niall Ferguson⁴, quien sin duda es en la actualidad una celebridad en materia de pensamiento económico global. En su exposición, Ferguson disertó sobre la realidad de las jurisdicciones en el mundo que mantienen una posición de flexibilidad y comodidad financiera con el objetivo de atraer inversiones y negocios a sus países, que por lo general carecen de recursos propios para lograr el desarrollo de sus ciudadanos. Estos países conocidos como paraísos fiscales, han sido en todo caso tolerados por las economías influyentes en el mundo porque de alguna u otra forma, permiten un espacio para la expansión de los negocios internacionales que no podría hallar cabida bajo los esquemas tradicionales.

Esa situación, nos expuso el ponente, ha cambiado dramáticamente y no obstante mencionar varios factores ineludibles como la evidente interconexión global, el auge tecnológico y las crisis de las grandes economías, Ferguson señala un punto que considero crucial: el descubrimiento por parte de los Estados Unidos de América de su verdadero poder como potencia económica global. A este fenómeno, el expositor le da incluso una fecha de inicio clara y terrible, que no es otra que el ataque a las torres gemelas de la ciudad de Nueva York en el año 2001. De allí, surge un movimiento vertiginoso de parte de todas las instituciones tanto gubernamentales como legislativas de los Estados Unidos para interferir en el sistema financiero mundial con el propósito de perseguir, ubicar y neutralizar todas las fuentes de financiamiento de las actividades terroristas que pusieran en peligro intereses americanos. Bajo este objetivo, nos comenta el autor que Estados Unidos por primera vez se percató de la verdadera influencia que generaba en el sistema financiero y particularmente bancario del mundo. La

3 Asociación de expertos en fiducias y manejo patrimonial. <http://www.step.org/>.

4 Vid. <http://www.niallferguson.com/>.

realidad ineludible de esta nueva circunstancia global, la ilustró el autor citado con un caso que tuvo efectos palpables y directos sobre el tema que nos ocupa en el presente trabajo y que se refiere a la controversia suscitada entre el gobierno de los Estados Unidos, en particular el Servicio de Rentas Internas (“IRS”) contra algunos bancos suizos, en particular la Unión de Bancos Suizos o UBS. Suiza es un país muy reconocido por sus instituciones bancarias y por el famoso secreto bancario suizo, que se asume como una tradición que permite la discreción y confidencialidad para los grandes negocios financieros que tanto desea atraer este país a su jurisdicción. Ello así, Ferguson advierte que después de un análisis histórico objetivo, esta tradición Suiza no tiene realmente tan larga data y que básicamente se originó por medio de una adaptación institucional y legislativa con el propósito conciso de dar cabida a las fortunas mal habidas por los dirigentes de la Alemania nazi en la segunda guerra mundial. Ahora bien, esta situación evidentemente no fue del agrado de los Estados Unidos de América, ni de las potencias aliadas una vez concluida la guerra, no obstante pese a los constantes esfuerzos por acceder a esta información custodiada por la banca suiza, el célebre secreto bancario helvético prevaleció por décadas.

La realidad actual ha dado un giro total, ya que ahora blandiendo su influencia decisiva sobre el sistema financiero global, los Estados Unidos han enfocado sus esfuerzos en perseguir a sus nacionales que evaden impuestos, tras el anonimato de las cuentas suizas, y ahora muy contrariamente a los años en que no obtenía respuestas, los bancos suizos han dado su brazo a torcer e incluso, se han sometido a la imposición de onerosas multas, que para nombrar solamente dos casos han llegado a 780 millones de USD para el UBS y 2600 millones para el *Credit Suisse*; y aún más allá, se han descubierto la identidad de más de 4 mil cuentas llevadas solamente por la primera de estas entidades financieras. En términos sencillos, hoy podemos decir que el secreto bancario suizo ha pasado a la historia.

Bajo esta nueva coyuntura global, tanto el Ejecutivo como el Congreso de los Estados Unidos durante la última década han doblado esfuerzos por disminuir lo que consideran una situación alarmante y desproporcionada, de disminución de sus ingresos fiscales por la evasión de las obligaciones fiscales de sus contribuyentes que poseen ingresos en el extranjero. Es importante destacar que, como característica casi única en toda la comunidad mundial de naciones, los Estados Unidos de América utiliza la nacionalidad como criterio de vinculación de las obligaciones tributarias de los individuos. Esta situación, por supuesto genera comúnmente conflictos de doble tributación, para lo cual existen no solamente los Convenios para Evitar la Doble Imposición, sino también toda la normativa interna americana que regula dicha circunstancia.

Todas estas realidades de una u otra manera han coadyuvado a la formulación de estrategias complicadas como la propia Ley FATCA, cuyo contenido es sin duda de severa complejidad técnica y jurídica. En esta ponencia ofreceremos una recopilación en líneas generales de las características más importantes que nos permitan entender de forma amplia el fenómeno FATCA, y nos enfocaremos posteriormente en los efectos particulares que puede tener la implementación, tanto unilateral como concordada de FATCA, en los Convenios de Doble Imposición que hayan celebrado los distintos países con los Estados Unidos.

1. La implementación de FATCA y sus efectos en los convenios de doble imposición

1.1. Características generales de FATCA

La Ley de Cumplimiento Impositivo sobre Cuentas en el Extranjero (*Foreign Account Tax Compliance Act*, conocida como “FATCA”), está contenida en el Capítulo 4, subtítulo A (Impuesto a la Renta) secciones 1471 – 1474 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos de América, –además de contar con una extensa normativa regulatoria–, fue promulgada por la Sección 501(a) de la Ley de Incentivos de Contratación para Restaurar Empleos, conocida como la ley “HIRE”, del año 2010⁵. FATCA entró en vigencia formalmente el primero de enero del año 2013, pero su implementación práctica se llevó a cabo a partir del primero de julio de 2014.

Si bien es cierto que antes de la promulgación de la Ley FATCA de Estados Unidos, se habían comenzado serios esfuerzos para crear estándares globales de intercambio de información fiscal y aseguramiento de imposición internacional efectiva, la promulgación de FATCA ha acelerado y avanzado el progreso hacia la meta de intercambio de una información tributaria global eficiente y automática. La importancia del intercambio de información global en materia tributaria es incuestionable para proteger la integridad de los sistemas fiscales de los diversos países. Sin un intercambio de información tributaria eficiente, se crearía una distorsión que afectaría severamente de los países cuyos residentes pueden ser capaces de ocultar grandes activos financieros en cuentas en instituciones financieras en otro país sin cumplir con las obligaciones fiscales que le competen.

El Grupo de los 20 (G-20) y la OECD han sido líderes en la promoción de transparencia fiscal internacional y el intercambio de información desde el año

5 Hiring incentives to restore employment act. Public Law 111-147. 124 STAT. 71. <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ147/pdf/PLAW-111publ147.pdf>. (18 marzo, 2010).

2009, particularmente con el ambicioso proyecto para evitar la erosión de las bases imponibles por desplazamientos internacionales de las rentas, (BEPS)⁶ dentro del cual se discute continuamente la importancia del intercambio de información fiscal.

Como señalamos anteriormente, bajo la ley estadounidense, todos los contribuyentes residentes o no en el país, deben incluir sus ingresos de fuentes extranjeras y pagar impuestos sobre cualquier ingreso de fuente extranjera por el hecho de ser nacionales de los Estados Unidos. Bajo esa premisa, existen numerosas normas que establecen deberes para el aseguramiento de que se cumplan las obligaciones tributarias y que el IRS posea la información relevante que le permita velar por dicho cumplimiento. Un ejemplo de ello, es la obligación de todo contribuyente de Estados Unidos que posea un interés en, o firma u otro tipo de control, sobre cuentas financieras extranjeras con un valor total de USD 10.000 o más, de reportar información sobre esas cuentas a través de la Forma TD F 90.22.1 (llamada Reporte de Bancos Extranjeros y Cuentas Financieras o “FBAR”) prevista en la Ley de Secreto Bancario norteamericana⁷. Vistas las obligaciones que establece la norma citada, precisamente para el caso que mencionáramos al principio relativo al UBS, que entregó miles de nombres de los titulares de cuentas bancarias que eran ciudadanos de Estados Unidos al IRS, un grupo numeroso de estos contribuyentes estadounidenses han entrado en un programa de cumplimiento voluntario, iniciado por el IRS que permite atenuar las multas y cargas pendientes⁸.

El régimen jurídico de FATCA está compuesto de una extensa normativa tanto legal como reglamentaria, que contiene aspectos técnicos de gran complejidad con el propósito primordial de asegurar que todos los contribuyentes de los Estados Unidos que sean propietarios directos e indirectos de cuentas financieras en el extranjero, representen anualmente un informe del valor y de las rentas de esas cuentas al Fisco. Para lograr este objetivo, FATCA requiere que terceros denominados “*Instituciones Financieras Extranjeras*” o “FFIs”, tales como bancos, corredores de títulos valores, proveedores de servicios y otras entidades

6 Vid. <http://www.oecd.org/ctp/beps.htm>.

7 The currency and foreign transactions reporting act of 1970 (Cuyo marco normativo es comúnmente conocido como la Ley de Secreto Bancario o “Bank Secrecy Act” or “BSA”). Vid. https://www.fincen.gov/statutes_regs/bsa/.

8 The Offshore Voluntary Disclosure Program (OVDP). El Programa Voluntario de Declaración Off Shore, es un programa de divulgación voluntaria diseñado específicamente para los contribuyentes con exposición a una potencial responsabilidad penal así como también sanciones civiles substanciales debido a un incumplimiento intencional de informar sobre activos financieros extranjeros y pagar todo el impuesto debido con respecto a dichos activos. <https://www.irs.gov/Individuals/International-Taxpayers/Offshore-Voluntary-Disclosure-Program>. Cfr. J. Malherbe, et ál. La revolución fiscal de 2004 FATCA, BEPS, OVDP. Ed. Legis, Bogotá. (2015).

del sistema financiero global, reporten al IRS y proporcionen información acerca de los titulares de cuentas que sean contribuyentes de los Estados Unidos, así como informen sobre el valor y los ingresos de dicha cuenta. Este régimen viene a ser similar a la normativa interna que prevé la Forma 1099, bajo la cual las terceras partes que sean bancos y corredores estén obligados a presentar de forma anual al IRS un reporte sobre los ingresos de los titulares de cuentas que sean estadounidenses⁹.

De forma complementaria a los reportes de las “FFIs”, la Ley FATCA contiene asimismo disposiciones que exigen la presentación de declaraciones sobre las cuentas en el extranjero por parte de los propios contribuyentes estadounidenses, similar igualmente al sistema de reporte de la Forma 1099, de tal manera que se logra un reporte redundante y comparable tanto de parte del tercero (bancos y corredores de títulos) como del contribuyente, sobre la información de sus ingresos que pudieran ser gravables.

Siguiendo este mismo orden de ideas, un contribuyente de Estados Unidos que sea titular de una cuenta en el extranjero, o sea dueño de una entidad extranjera, además de reportar los ingresos de la cuenta en el extranjero en su declaración de impuestos de Estados Unidos, debe también reportar información detallada sobre la cuenta extranjera según lo previsto en la Sección 6038 D en la Forma 8938¹⁰, que requiere una información similar pero no idéntica, a la que se exige en el reporte “FBAR”¹¹ que mencionáramos anteriormente. Además de estas declaraciones, los dueños estadounidense de fondos mutuales en el extranjero y de otros vehículos de inversión conocidos como *Empresas de Inversión Pasiva Extranjera* (“PFICs”), deben reportar cierta información sobre sus inversiones en “PFICs” de forma anual¹². Al igual que vimos anteriormente, la Ley FATCA vuelve a replicar el régimen interno de declaraciones en el contexto transfronterizo, obligando a los contribuyentes y a los terceros que presenten las declaraciones con la información requerida.

Como se indicó anteriormente, el aspecto tributario de la Ley FATCA está diseñado para asegurar que se declaren las rentas extranjeras de contribuyentes

9 En particular la Forma 1099-DIV es una declaración informativa que se le requiere a los bancos y otras instituciones financieras por los dividendos o distribuciones de fondos que realicen a los contribuyentes. Vid. <https://www.irs.gov/uac/Form-1099-DIV,-Dividends-and-Distributions>.

10 Form 8938. Statement of specified foreign financial assets . Declaración de activos financieros extranjeros específicos. <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/f8938.pdf>.

11 Esta aparente redundancia en presentar dos declaraciones con casi idéntico contenido ha sido ampliamente criticada por los asesores tributarios norteamericanos, tanto ha sido así que el propio IRS publicó una tabla estableciendo las diferencias entre ambas declaraciones. Vid. <http://www.irs.gov/Businesses/Comparison-of-Form-8938-and-FBAR-Requirements>.

12 Cfr. En sentido comentario sobre este mismo punto en J. Malherbe, et ál. Op. cit., p. 76.

de Estados Unidos y verificar si los depósitos realizados en cuentas en el extranjero son montos que ya han estado sometidos a impuestos americanos. Ahora bien, para lograr ese objetivo, la Ley FATCA de forma unilateral, pretende vincular a todas las entidades extranjeras que se consideran sujetas a los procedimientos de notificación o certificación de Estados Unidos, donde quiera que estas se encuentren. Para alcanzar este cometido, FATCA contiene una disposición sancionatoria según la cual los pagos que se realicen desde los Estados Unidos y que reciban las entidades que no cumplan con las previsiones de FATCA, estarán sujetos a una retención en la fuente del 30%. Esta retención podría ser reembolsable en algunos casos, siempre que se trate de un país que posea un Convenio de Doble Imposición con los Estados Unidos¹³.

Bajo las reglas de FATCA, las entidades extranjeras se dividen en dos clases: las “FFIs” que ya comentamos, y las *Entidades Extranjeras No Financieras* “NFFEs”. Las “FFIs” incluyen custodios, bancas de inversión, fondos mutuales y ciertas compañías de seguros que emiten contratos de seguro con contravalor en efectivo o en rentas anuales. Las “FFIs” deben celebrar un acuerdo con el IRS mediante el cual se comprometen a determinar cuáles de sus titulares de cuentas son personas de los Estados Unidos, así como también enviar información sobre la propia cuenta.

Por el otro lado una “NFFE” es cualquier tipo de entidad extranjera que no sea una “FFI”. Aunque a una “NFFE” se le obliga igualmente a cumplir con los deberes de identificar a sus clientes estadounidenses, una “NFFE” no está obligada a celebrar un acuerdo con el IRS. En cambio, la “NFFE” debe proporcionar al agente de retención pagador en los Estados Unidos, un certificado¹⁴ que confirme que la NFFE no tiene clientes que sean considerados personas contribuyentes estadounidense, o en caso contrario identificar a los dueños de cuentas que sean estadounidenses.

13 “Con algunas excepciones importantes, montos retenidos de los pagos sujetos a retención a FFIs o NFFEs son reembolsables para el beneficiario de tales pagos en la medida en que tales cantidades serían reembolsables bajo las reglas de retención a no residente del capítulo 3, secciones 1441 hasta la 1446 del Código de Rentas de Los Estados Unidos §1474(b)(1). Por ejemplo, si el beneficiario tiene derecho bajo un convenio de doble imposición a una tasa reducida de retención de impuestos en el pago, o si el pago no es de otra manera sujeto a impuesto sobre la renta en Los Estados Unidos (p. ej., excepto como se indica a continuación, el pago es elegible para la exención de intereses de cartera, etc.), el beneficiario tendría derecho a un crédito o un reembolso de cualquier exceso impuesto retenido”. Fred F. Murray & Joseph M. Erwin (Informantes). Directives Subject 2: Exchange of Information and Cross-Border Cooperation between Tax Authorities, USA Branch Report. Congreso IFA Copenhagen 2013. Vid. para mayor referencia explicación técnica de las regulaciones de rentas contenidas en la enmienda del Senado 3310. <https://www.jct.gov/publications.html?func=startdown&id=3648>.

14 Código de Rentas Internas de los Estados Unidos Sección 1472(b).

1.2. El intercambio de información fiscal bajo los convenios de doble imposición y los acuerdos para el intercambio de información fiscal

En el año 2000, la OCDE estableció el llamado Foro Global sobre la Fiscalidad (*Global Forum on Taxation*)¹⁵ de los países miembros de la OCDE y los países no miembros para discutir el intercambio de información. Posteriormente en el año 2002, la OCDE creó el modelo de Acuerdo de Intercambio Información Fiscal (“TIEA”)¹⁶. El TIEA es un acuerdo bilateral más limitado que los Convenios de Doble Imposición, ya que solo está enfocado exclusivamente en permitir el intercambio de información tributaria. Cuando se celebra un TIEA, se establece el compromiso de las autoridades fiscales de ambos países para intercambiar información que involucra tanto cuestiones fiscales civiles, como penales. Las partes acuerdan compartir esta información sin importar incluso si la persona es un ciudadano de cualquier país, o si con este procedimiento las partes estarían violando las leyes internas de secreto fiscal o bancario.

En el año 2004 la OCDE publicó una modificación importante del artículo 26 del Modelo de Convenio de Doble Imposición, introduciendo un nuevo párrafo N°. 4 (sobre el alcance de la obligación de intercambio de información) y N°. 5 (sobre secreto bancario, que no puede invocarse para rechazar tal intercambio de información)¹⁷. A partir de esta fecha los intercambios de información a petición de las partes se han convertido en un estándar para los Convenios que siguen el modelo de la OCDE, aunque no se prevean los detalles del procedimiento a seguir, es un hecho que en la última década se ha incrementado vertiginosamente la actividad de intercambio de información con fines fiscales, pudiéndose afirmar que hoy en día existen más de 3.000 Convenios de Doble Imposición que contienen la versión actualizada del Artículo 26 sobre intercambio de información¹⁸.

El proceso de intercambio de información previsto en los Convenios de Doble Imposición y en los TIEAs, supone un intercambio de información previa solicitud expresa y específica, para no permitir peticiones al azar e imprecisas de la información, que son conocidas como “*expediciones de pesca*”¹⁹; este hecho

15 Actualmente continúa bajo la denominación de “Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes”. Vid. <http://www.oecd.org/tax/transparency/>.

16 Vid. <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/taxinformationexchangeagreementstieas.htm>.

17 Vid. [http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/120718_Article%2026-ENG_no%20cover%20\(2\).pdf](http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/120718_Article%2026-ENG_no%20cover%20(2).pdf).

18 Vid. <http://www.oecd.org/ctp/treaties/>.

19 William H. Byrnes IV (autor principal), Denis Kleinfeld & Alberto Gil Soriano (colaboradores). Lexis-Nexis® Guide to FATCA Compliance. Chapter 1. Background and Current Status of FATCA. pp. 1-26. Sobre comentarios acerca de la problemática de las llamadas “expediciones de pesca”. Vid. <http://www.repealfatca.com/>.

es relevante precisamente en el alcance que pretende FATCA, tal y como lo veremos más adelante.

Es importante notar que el nivel de la especificidad requerida por el Modelo de Convenio de la OCDE²⁰ es bastante alto. El país solicitante debe proporcionar al menos la siguiente información al país solicitado: (i) el nombre del contribuyente; (ii) un reporte sobre la información que se busca, incluyendo su naturaleza; (iii) el propósito específico del tributo para el cual se solicita la información; (iv) las razones para creer que la información solicitada es poseída por la parte requerida, o está en posesión o control de una persona dentro de la jurisdicción de la parte requerida; (v) en la medida que sea conocido, el nombre y los datos de dirección de cualquier persona que se crea que está en posesión de la información solicitada; (vi) una declaración que asegure que la solicitud está de conformidad con las leyes y prácticas administrativas de la parte solicitante, y que si la información solicitada está dentro de la jurisdicción de la parte solicitante, la autoridad competente de la parte solicitante sería capaz de obtener la información bajo la ley de la parte solicitante, o en el curso normal de sus prácticas administrativas; y (vii) una declaración que exponga que la parte demandante ha ejercido todos los medios disponibles en su territorio para obtener la información, excepto en aquellos casos en que se enfrenten con dificultades desproporcionadas. Por otra parte, un TIEA no especifica qué pasará si no existen las disposiciones jurídicas nacionales apropiadas para obtener la información, mucho menos la obligación de crear nuevos mecanismos de acceso a la información.

En la actualidad los Estados Unidos utiliza más de 61 Convenios de Doble Imposición y 30 TIEAs para obtener información sobre impuestos de sus contribuyentes. En este sentido, el Artículo 26 del Modelo de Convenio de Doble Imposición de los Estados Unidos²¹ afirma que los firmantes del tratado “*intercambiarán información que puede ser relevante para llevar a cabo las disposiciones del presente Convenio o de las legislaciones nacionales de los Estados contratantes relativas a los impuestos de todo tipo incluyendo información relativa a la evaluación o la recaudación de, la ejecución o acusación respecto de, o la determinación de las acciones con relación a, dichos impuestos.*” Así mismo el Artículo 26 permite a un país parte del Convenio negarse a compartir la información requerida en algunas situaciones como por ejemplo, si la obtención de la información violaría expresamente la ley doméstica de dicho el país. Finalmente los Estados Unidos también poseen varios Convenios de Asistencia Legal Mutua (“MLAT”) en vigor, sin embargo este tipo de tratado internacional, se limita a que lo países partes presten asistencia recíproca en investigaciones y enjuiciamientos crimina-

20 <http://www.oecd.org/tax/treaties/oecd-model-tax-convention-available-products.htm>.

21 <https://www.irs.gov/Businesses/International-Businesses/United-States-Model---Tax-Treaty-Documents>.

les. Como la mayoría de los asuntos fiscales de Estados Unidos son de carácter civil en lugar de penal, este tipo de Convenios no suelen ser una fuente posible de información de carácter tributario.

Aunando sobre este punto es pertinente señalar los esfuerzos mancomunados de las más relevantes administraciones tributarias para alcanzar fines comunes de intercambio significativo de información de interés fiscal. En este sentido en abril de 2004 se estableció El Centro Conjunto de Compilación de Información Fiscal Internacional (*Joint International Tax Shelter Information Centre* “JITSIC”) por las administraciones de impuestos de Australia, Canadá, Reino Unido y Estados Unidos²². Esta iniciativa encaminada a fomentar el intercambio de información y experiencias así como procesos fiscales en conjunto recientemente fue integrada a la plataforma del Foro de Administraciones Tributarias²³, según se señala en el comunicado final de su encuentro celebrado en octubre de 2014 en Irlanda²⁴.

1.3. Los acuerdos intergubernamentales (IGA) bajo FATCA, como herramientas para evitar el conflicto con la ley local

Por el hecho que se trata primordialmente de una iniciativa unilateral de parte de los Estados Unidos, la implementación de la Ley FATCA con su ámbito de aplicación global, inevitablemente genera conflictos legales entre los requisitos que prevé FATCA, y las diversas legislaciones nacionales que prevén los derechos de privacidad de los contribuyentes de cada país. Siendo inclusive que en algunos casos, las normativas penales prohíben expresamente la recopilación y publicación de datos de carácter personal, excepto bajo ciertas particulares condiciones. En la Unión Europea, la Directiva Europea de Protección de Datos²⁵, es una norma armonizadora que requiere que cada Estado miembro debe promulgar leyes compatibles con los principios de protección que establece dicha Directiva Europea, para la recopilación y divulgación de datos personales.

Bajo la Directiva citada, no se permitiría divulgar ciertos datos, como por ejemplo que si un titular de una cuenta es un ciudadano estadounidense o contribuyente de ese país. Además, incluso en el caso de que tales datos podrían obtenerse legalmente, no podrían divulgarse al IRS, tal y como lo exige la Ley FATCA. Aunque muchas de las leyes de privacidad de datos permiten la recopilación y divulgación de información requerida por el gobierno del país de origen, generalmente la divulgación de estos datos hacia los gobiernos extranjeros no está

22 <https://www.irs.gov/uac/Australia,-Canada,-UK-and-US-Agree-to-Establish-Joint-Task-Force>.

23 <http://www.oecd.org/tax/forum-on-tax-administration/>.

24 <http://www.oecd.org/ctp/administration/fta-2014-communique.pdf>.

25 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:l14012>.

permitida. Sin embargo, si un “FFI” no recopila ni revela los datos al IRS, entonces el “FFI” estaría sujeto a la norma sancionatoria de retención en la fuente del 30% que prevé FATCA tal y como lo indicamos anteriormente. Aquí es importante acotar que aunque la Ley FATCA toma efectivamente en cuenta las leyes locales de privacidad de estos datos, al exigir que el titular de una cuenta de Estados Unidos debe renunciar a cualquier ley de privacidad aplicable en el exterior que impida la divulgación de la información de su cuenta²⁶, debe considerarse que de conformidad con el ordenamiento jurídico de algunos países, la exigencia de este tipo de renuncia puede ser vista como una coerción y, por tanto, no sería admitida legalmente.

Para darle solución a esta disyuntiva, el departamento del Tesoro de los Estados Unidos desarrolló la iniciativa de los Acuerdos Intergubernamentales o “IGAs”, cuyo adelanto se llevó a cabo en conjunción con las administraciones fiscales del Reino Unido, Alemania, Francia, Italia y España. El concepto IGA fue anunciado en un comunicado conjunto emitido el 7 de febrero de 2012, por los Estados Unidos y los cinco países en conjunto con las regulaciones de la Ley FATCA propuestas²⁷. Los “IGAs” están diseñados para resolver los conflictos de ley que se esbozaron con anterioridad, requiriendo a las “FFIs” locales que proporcionen la información que requiere FATCA directamente a las autoridades fiscales de su país, en lugar de la IRS. Para los efectos Europeos, el reporte de información tributaria a un cuerpo gubernamental local generalmente no tiene inconvenientes bajo la Directiva Europea de Protección de Datos, por lo tanto las “FFIs” no estarían violando las normas de privacidad de información locales. Además, bajo un IGA, un país socio IGA accedería a aprobar cualquier legislación habilitante requerido para permitir sus FFIs para recopilar la información.

El Modelo 1 del IGA²⁸ prevé las obligaciones bajo las cuales las “FFIs” deben informar acerca de los titulares de cuentas que sean ciudadanos o residentes de los Estados Unidos directamente a sus autoridades fiscales locales que, a su vez, proporcionarían la información al IRS mediante el intercambio automático de información autorizado bajo el artículo de intercambio de información previsto en un Convenio de Doble Imposición, o un TIEA o según lo previsto en el Convenio sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia fiscal (OCDE 1988) según sea el caso. Según el texto previsto del Modelo 1 del IGA, los Estados Unidos pueden acordar proporcionar informes similares en las cuentas de Estados Unidos de residentes fiscales de otro país (la versión de acuerdo recíproco) o simplemente

26 Código de Rentas Internas. Estados Unidos. Sección 1471(b)(1)(F).

27 <https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Documents/020712%20Treasury%20IRS%20FATCA%20Joint%20Statement.pdf>.

28 <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx>.

te se acuerda solamente el intercambio de información del otro país bajo la versión de acuerdo no-recíproca. En todo caso es importante advertir que el Modelo 1 IGA aun cuando contemple la reciprocidad en el intercambio, está indudablemente enfocado a la obtención de información de contribuyentes norteamericanos en países extranjeros, que contribuyentes extranjeros que posean cuentas en los Estados Unidos. En este sentido, el Modelo mencionado indica necesidad de emisión de una orden ejecutiva en Los estados Unidos que apruebe estándares de confidencialidad en el país receptor de la información, e incluso reconoce expresamente en el artículo 6 que el gobierno de los Estados Unidos reconoce la necesidad de alcanzar niveles equivalentes de intercambio de información automático recíproco con el país con que firme el acuerdo y por lo tanto se compromete a mejorar la transparencia y mejorar la relación de intercambio, aplicando la adopción de normas y defendiendo y apoyando legislación para lograr tales niveles equivalentes de intercambio recíproco de información automática.

En la actualidad 71 países han firmado formalmente una acuerdo IGA modelo 1 con los Estados Unidos estando ya en vigencia según sus normas locales y 23 países más se consideran que lo han firmado “*en sustancia*”, es decir, que han sido firmados los tratados pero a pesar de faltar alguna formalidad han considerado que el acuerdo es aplicable desde el punto de vista de los Estados Unidos²⁹. De la lista se puede apreciar que casi todas las económicas importantes del mundo ya han celebrado este convenio, con la excepción quizás de Rusia. En Latino América, los únicos países que no ha entrado en esta lista son que mantienen sus diplomacias “*enfrentadas*” a los Estados Unidos como Argentina, Bolivia, Cuba, Ecuador y Venezuela³⁰, aunque sorprende que Nicaragua haya firmado un Modelo 2 de IGA.

Resalta por su importancia la muy recientemente suscripción del IGA entre los Estados Unidos y Colombia, celebrado el 20 de mayo de 2015, sobre este tema la doctrina Colombiana rápidamente ha determinado el correcto alcance de este acuerdo intergubernamental:

29 Vid. Información del portal del departamento del tesoro de los EEUU. <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA-Archive.aspx>.

30 Es oportuno recordar el texto de la célebre comunicación por escrito fechada el 11 de septiembre del 2012, que le envió el Secretario del Tesoro de los EEUU Timothy F. Geithner en respuesta a una carta enviada por el legislador Debbie Wasserman Schultz, (D-Fla) en la cual señaló: “Su carta pide también la confirmación de su comprensión de las consecuencias de las regulaciones de depósitos bancarios para venezolanos residentes que mantienen cuentas de depósito en instituciones financieras de los Estados Unidos. A pesar de que Estados Unidos tiene un Tratado de Doble Imposición con Venezuela, Venezuela actualmente no satisface los requisitos descritos anteriormente y en su carta, para el intercambio de información en virtud del tratado. Por consiguiente, los Estados Unidos no lo hacen y no tienen planes de hacer, intercambio de información alguna con Venezuela, incluyendo la información recogida con arreglo al reglamento de depósitos bancarios”. Vid. <http://www.newmiamiblog.com/files/2012/09/Secretary-of-the-Treasury-Department-responded.pdf>.

“El IGA para Colombia no es un nuevo tratado ya que se fundamentó en el Acuerdo para el Intercambio de Información Tributaria (“AIF”) firmado en el año 2001 entre los dos países, aprobado mediante Ley 1666 de 2013 y que entró en vigencia el año 2014. **Este IGA refleja cómo Colombia** asume la tarea frente a Estados Unidos de suministrarle información y si bien busca reciprocidad en el intercambio, estos acuerdos están sujetos a la aplicación de las reglas y limitaciones vigentes en cada país sobre **recolección de información local** que hacen la reciprocidad imposible en la actualidad” (resaltado en original)³¹.

Todos estos IGAs incluyen una extensa lista de entidades exentas FATCA socias y cuentas en el anexo II. Sin embargo, como se explica abajo, probables futuros IGAs no contendrán listas detalladas en el anexo II como el Departamento del tesoro anunció que ya no negociarán sobre cuentas excepto en casos donde no está claro si una entidad o cuenta calificaría como considerados conformes o exentos en virtud del Reglamento final FATCA y entidades específicas.

El texto del Modelo 1 del IGA contiene generalmente 10 artículos en los que se incluyen definiciones, obligaciones para obtener e intercambiar información, el tiempo y forma del intercambio y la modalidad de aplicación de FATCA al país de que se trata. También detalla la colaboración en el cumplimiento y ejecución, el compromiso mutuo para mejorar la eficacia del intercambio de información y transparencia, se detalla el trámite de la aplicación de FATCA, el procedimiento de consultas y enmiendas, y además se incluyen dos anexos técnicos muy específicos. El Anexo I³² establece la diligencia debida que tienen que cumplir las “FFIs” para identificar y reportar las cuentas de Estados Unidos. En el Anexo II³³ se señalaban inicialmente las “FFIs” de forma individual que no requerían realizar informes específicos, es decir, aquellos “FFIs” y cuentas que no están sujetos a retención y por lo tanto no requieren informar sobre los titulares o propietarios. No obstante lo anterior, ahora en el Anexo II no se puede realizar una lista con identificación personalizada de las “FFIs” y cuentas no sujetas, sino por el contrario se establecen todos los parámetros técnicos para que se consideren “FFIs” de bajo riesgo de evasión de impuestos y por lo tanto no están sujetos a las disposiciones de FATCA. Este es el caso del Anexo II que incluye el Acuerdo IGA celebrado con Colombia, en el cual se establecen todas las características de las entidades sujetas al cumplimiento de la normativa, incluyendo figuras específicas del orde-

31 Camilo Ramírez Baquero. *FATCA en Colombia*. Revista Dinero. Junio 1, 2015. <http://www.dinero.com/opinion/columnistas/articulo/alcance-del-fatca-colombia-2015/209097>.

32 <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Annex-I-to-Model-1-Agreement-11-30-14.pdf>.

33 <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Annex-II-to-Model-1-Agreement-11-30-14.pdf>.

namiento colombiano tales como los patrimonios autónomos que se originan en una Fiducia mercantil.

El otro modelo IGA, el Modelo 2, no prevé que el intercambio de información de FATCA se realice indirectamente al IRS a través de las autoridades fiscales locales. Por el contrario, permite que las “FFIs” locales informen directamente al IRS de conformidad con las regulaciones de FATCA, complementado por un intercambio de información entre los dos gobiernos con respecto a los titulares de cuentas llamadas “*recalcitrantes*”³⁴ (que no cooperan con los requisitos de FATCA). El Modelo 2 IGA es similar al Modelo 1 de IGA, salvo que proporciona autoridad legal para que las “FFI” locales celebren acuerdos directamente con el IRS y reporten la información sobre los titulares de cuentas estadounidenses directamente al IRS, bajo observancia de la legislación local. El Modelo 2 IGA contiene igualmente un anexo I y anexo II. En los actuales momentos Austria, Bermuda, Chile, Hong Kong, Japón, Moldova, San Marino y Suiza han firmado un IGA Modelo 2 que ya se encuentra en vigencia y también Armenia, Iraq, Nicaragua, Paraguay, Taiwan y Macao lo han firmado “*en sustancia*” siendo que se consideran vigentes a efectos de FATCA.

Finalmente, a los efectos que nos ocupan es pertinente señalar que el Departamento del Tesoro de Estados Unidos negocia igualmente una versión de cualquiera de los dos modelos de IGA que se considera de “*aplicación libre*”, es decir, que se negocia con países que no tienen acuerdos que prevean el intercambio de información tributaria como sería un Convenio de Doble Imposición, o un TIEA³⁵. Esta versión del IGA estaría limitada a la modalidad de no-reciprocidad y contiene los procedimientos y la autoridad legal para el intercambio de información, que de otro modo estarían establecidos en un Convenio de Doble Imposición, un TIEA o un acuerdo multilateral. El desarrollo de los IGA de “*aplicación libre*” es importante para jurisdicciones que constituyen centros financieros significativos como Singapur y Hong Kong, que actualmente no tienen una relación de intercambio de información tributaria con los Estados Unidos. Es evidente que este tipo de acuerdos suponen una modalidad de convenio internacional que al menos de parte de los Estados Unidos no se considera que deba responder a las exigencias de discusión y ratificación formales de un Tratado, aunque sus efectos no parecen diferir mucho de los que se obtendría de un Convenio de Doble Imposición o de un TIEA.

34 El término «*recalcitrant account holder*» se define en IGA 1A por remisión expresa a la Sección 1471(d)(6) del IRC, según la cual un titular recalcitrante es «*any account holder that fails to provide the information required to determine whether the account is a U.S. account, or the information required to be reported by the FFI (Foreign Financial Institution) or that fails to provide a waiver of a foreign law that would prevent reporting*». Jesús López T. Actualidad Jurídica. N° 34. Uría Menéndez. (2013).

35 Cfr. Comentario en este mismo sentido en J. Malherbe, et ál. Op. cit., p. 91.

1.4. La naturaleza jurídica de los IGA y sus efectos con los convenios de doble imposición

Para los propósitos de Estados Unidos, el Departamento del Tesoro ha adoptado la posición que considera un IGA, así como también un TIEA, un acuerdo del Ejecutivo y no un tratado³⁶.

Para analizar este punto debemos tener en cuenta los posibles escenarios que se pueden plantear en el plano de las relaciones bilaterales de los distintos países con los Estados Unidos, esto es que bien puede existir un Convenio de Doble Imposición entre ambas naciones, o bien puede existir un TIEA (que puede existir concomitante con un Convenio de Doble Imposición o por cuenta propia), y finalmente que no exista ningún tratado de carácter tributario entre ambos países. Así mismo no debemos olvidar si las partes son signatarias de la Convención Sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE que entró en vigor en el año 2011.

Para ilustrar un poco el caso colombiano, si bien es cierto que aún no existe un Convenio de Doble Imposición con los Estados Unidos, debemos tomar en cuenta el TIEA celebrado entre Los Estados Unidos y Colombia, que si bien fue suscrito en el año 2001, no fue sino hasta la promulgación de la Ley Aprobatoria N° 1666 de fecha 16 de julio de 2013 que entra en vigencia. En este convenio ratificado formalmente por Colombia como tal, que sirve de fundamento al convenio IGA celebrado posteriormente entre ambas naciones, tal y como expresamente lo invoca el texto del IGA en sus considerandos. De esta forma si bien para el caso específico de Colombia este tipo de acuerdo no tendría efecto sobre un Convenio de Doble Imposición, al no existir este, si modifica sustancialmente el ámbito y procedimientos previstos en el TIEA, del cual se considera entonces un acto de ejecución del TIEA como tratado, y por lo tanto eximido de cumplir con el procedimiento formal de ratificación legislativa mediante ley aprobatoria.

Ahora bien, en lo que concierne al supuesto de existencia de Convenios de Doble Imposición, tal y como hemos mencionado anteriormente la implementa-

36 Vid. Carol P. Tello. *FATCA: Catalyst for global cooperation on exchange of tax information*. Bulletin for International Taxation. Vol. 68 - N° 2. (2014). IBDF <http://www.ibfd.org>. Para soportar esta afirmación el autor citado señala que para los propósitos de Estados Unidos, el Departamento del Tesoro ha adoptado la posición que considera a los IGA, al igual que los "TIEA", como un acuerdo gubernamental del Ejecutivo y no un tratado como tal ya que un tratado requiere de la discusión y el consentimiento del Senado de conformidad con en el artículo II, Sección 2, Apartado 2 de la Constitución de los Estados Unidos de América. Así mismo señala también el autor que el IRS también ha adoptado la posición de que los TIEAs también se consideran como acuerdos del Ejecutivo y por lo tanto no requieren la aprobación del Senado. Para sustentar esta posición cita como referencia el "Chief Couns. Adv. 200940027 (2 octubre, 2009)" lo que materialmente significa un pronunciamiento de parte de la oficina de la consultoría jurídica del IRS en forma de email cuyo texto literalmente se limita a decir "Hola, si un TIEA es un acuerdo del ejecutivo y no necesita aprobación del senado". Vid. <http://www.irs.gov/pub/irs-wd/0940027.pdf>.

ción de la Ley FATCA a través de un IGA implica cuanto menos, la posibilidad de que se aplique una retención del 30% a los pagos que se originen desde los Estados Unidos a alguna de las entidades sujetas a cumplir con los requisitos previstos en la normativa y que se hayan negado a hacerlo. Esta realidad obliga a confrontar el mecanismo de incorporación a la legislación interna que adoptarán los diversos países para ofrecer cualidad jurídica suficiente al IGA, como para modificar efectivamente el texto del Convenio de Doble Imposición que pre exista entre ambos países.

Esta imposición de un porcentaje de retención determinado configura, a nuestro modo de ver, una modificación directa a los textos de los Convenios de Doble Imposición que pudiesen existir entre el país del que se trate y los Estados Unidos, posición que sostenemos luego de analizar las diversas opiniones doctrinales que han tocado el tema hasta ahora, algunas de las cuales pasamos a comentar

“A su vez, debe destacarse que el IGA, FATCA EE.UU.-España pivota sobre la cláusula de intercambio de información tributaria previsto en el artículo 27 (y Protocolo 17) del actualmente vigente Convenio de doble imposición hispano-norteamericano, de 22 de febrero de 1990,¹ que establece un amplio marco para la transmisión de datos fiscales entre las autoridades competentes de ambos países que permite la modalidad de intercambio automático mediando el correspondiente acuerdo entre las mismas, articulando asimismo un régimen de secreto tributario internacional a efectos de proteger la confidencialidad de la información. Esta cuestión puede incidir de forma relevante en la tramitación interna de este acuerdo, a efectos de su entrada en vigor, de suerte que en EE.UU. estos IGAs no se tramitan como tratados internacionales sino como acuerdos administrativos, a pesar de que ello ha planteado dudas sobre su constitucionalidad. En todo caso, la entrada en vigor del acuerdo FATCA EE.UU.-España requiere que se lleven a cabo en ambos países determinados procedimientos de autorización que culminarán con su publicación oficial³⁷.

La discusión ya está en los foros internacionales y se concreta en si IGA 1A cabe jurídicamente dentro de los artículos que se refieren al intercambio de información tributaria de los Convenios internacionales para evitar la doble imposición existentes. Sin perjuicio de su indudable interés, aquí nos vamos a limitar a dejarla apuntada, si bien debemos subrayar que, desde

37 Javier Seijo, et ál. *El Acuerdo FATCA Estados Unidos-España sobre control fiscal de cuentas financieras extranjeras*. Spanish Tax Alert. Gómez Acebo & Pombo Abogados. Junio, 2013. <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/el-acuerdo-fatca-estados-unidos-espana-sobre-control-fiscal-de-cuentas-financieras-extranjeras.pdf>.

una perspectiva práctica, nada obsta para que el Estado firmante de un IGA 1A tramite su firma como si se tratara por sí mismo de un nuevo Tratado internacional, con lo que quedaría salvado cualquier defecto de habilitación normativa. Será interesante observar cómo los distintos Estados abordan la cuestión. Por lo demás, si la habilitación del Convenio o Acuerdo existente se considera suficiente, bastará una norma de rango reglamentario para incorporar IGA 1A al ordenamiento nacional del Estado firmante. En este sentido, en España tenemos algún precedente, señaladamente el Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa, que desarrolla el procedimiento amistoso previsto en los convenios para evitar la doble imposición firmados por España cuando una persona considere que las medidas adoptadas por uno o ambos Estados implican o pueden implicar una imposición que no esté de acuerdo con el convenio³⁸.

El tema ha sido también objeto de amplias discusiones en la doctrina fiscal internacional como por ejemplo el conocido catedrático español Alfredo García Prats, en su intervención en la mesa redonda sobre el tema "*Los nuevos estándares internacionales de intercambio de información: FATCA o el fin del secreto bancario*" llevada a cabo durante la celebración del Congreso Internacional sobre Intercambio de información, delito fiscal y blanqueo de capitales en Valencia, España en octubre de 2013, analizó desde un punto de vista jurídico las posibles irregularidades y contradicciones legales que supone la implementación de la FATCA, cuestionando la unilateralidad y extraterritorialidad de la norma. Del mismo modo, comentó si realmente esta se adecua a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y manifestó serias dudas sobre si merece ser considerado como un tratado internacional, puesto que de así serlo, podría vulnerar el convenio bilateral (para evitar la doble imposición) entre EEUU y España al establecer una retención del 30%³⁹.

Para la doctrina americana también existen serios inconvenientes en lo que concierne a la relación de los IGA con los Convenios de Doble Imposición y el alcance que puedan tener estos acuerdos en cuanto a su aplicación territorial en los Estados Unidos. En este sentido se señala que los países de economías importantes se negaban a celebrar estos acuerdos a menos que se tratase de un acuerdo verdaderamente recíproco. Aunque el departamento del Tesoro ha mantenido que tiene autoridad para celebrar las versiones recíprocas de los IGAs, es decir con el alcance de un tratado, esta afirmación está en disputa con algu-

38 Jesús López Tello. Actualidad Jurídica. Nº 34. Uría Menéndez. (2013).

39 Vid. <http://www.tributacioninternacional.com/primera-mesa-redonda-los-nuevos-estandares-internacionales-de-intercambio-de-informacion-fatca-o-el-fin-del-secreto-bancario/>.

nos miembros del Congreso. El congresista Bill Posey, un influyente miembro del Comité de Servicios Financieros de la cámara de representantes de Congreso estadounidense, envió una carta al Secretario del Tesoro⁴⁰ con respecto al cambio de las regulaciones que requieren que los bancos de Estados Unidos informen sobre los intereses pagados a extranjeros no residentes. El congresista hace referencia al FATCA IGA celebrado con el Reino Unido, en el que se conviene en un acuerdo de reciprocidad, señalando al respecto que: *“Además noto que el AGI que está siendo celebrado no está autorizado, o ni siquiera mencionado en FATCA”*. (...) *“es evidente que la Ley FATCA debe ser sustancialmente modificada o derogada y reemplazada por un esquema cooperativo que penalizaban la evasión de impuestos real sin dañar a los inocentes”*. Algunos comentaristas también cuestionan la naturaleza jurídica de las IGAs: mientras que en Estados Unidos un IGA es simplemente una disposición interna, en el resto de los países es un tratado internacional. No hay ninguna disposición en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados similares a FATCA-IGA⁴¹.

Vistas las diversas posiciones es indudable que al permitirse el sometimiento de los países firmantes de un IGA, los efectos que dimanen de tal sometimiento son asimilables a los de un verdadero convenio bilateral, pese a las posibles condiciones o fallos en el proceso de celebración del acuerdo, sobre todo si se trata del caso en el que no existe un anterior Convenio de Doble Imposición o un TIEA, que pueda darle fundamento jurídico a la implementación del IGA. En el caso de existir el antecedente del Convenio, se trata sin duda de una extensión que modifica expresamente al menos el acuerdo en lo concerniente a las retenciones y establece nuevos parámetros de intercambio de información, en extremo más detallados.

Es un hecho que de parte de los Estados Unidos la posición ha sido clara desde el principio, sobre la no necesidad de acudir al Congreso y modificar o enmendar los Convenios de Doble Imposición y TIEAS que están en vigor, considerando los organismos del Ejecutivo que poseen facultades suficientes tanto para proceder a celebrar dichos acuerdos e inclusive someter a las instituciones estadounidenses a la obligación recíproca de reportar las informaciones relevantes a las administraciones fiscales extranjeras bien sea directamente o a través del IRS.

En lo que respecta a los demás países, se puede resaltar el empuje que ha promovido la OCDE para el establecimiento de un régimen común que con-

40 http://www.repealfatca.com/downloads/Posey_letter_to_Sec._Lew_July_1,_2013.pdf.

41 Vid. William H. Byrnes IV (autor principal), Denis Kleinfeld & Alberto Gil Soriano (colaboradores). Lexis-Nexis® Guide to FATCA Compliance. Chapter 1. Background and Current Status of FATCA. <http://ssrn.com/abstract=2457671>.

lleve un intercambio de información fiscal lo más eficiente y automático posible, creando para dicho objetivo un Estándar Común de Reporte (*Common Reporting Standard*)⁴² a través de las reglas internacionales sobre el intercambio automático de información de cuentas financieras (*Standard for Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters*) cuyo objetivo es “*combatir la evasión fiscal internacional a través de la cooperación entre las administraciones tributarias y obliga a los Estados participantes a obtener determinada información de las instituciones financieras e intercambiarla de forma automática con el resto de Estados con una periodicidad anual. La norma aprobada por la OCDE está basada en el Modelo 1A de acuerdo intergubernamental para mejorar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y aplicar FATCA*”⁴³.

No obstante lo anterior, es una realidad notoria que el importante número de acuerdos IGA que se han confirmado en tan solo dos años de la implementación de FATCA, configura un testimonio indudable de la aceptación de estas condiciones dentro del actual esquema global económico, del cual hablamos al principio de este trabajo. En las actuales circunstancias, el rol protagónico de los Estados Unidos en el sistema financiero global, le permite presionar a los diferentes países a que acepten estas condiciones, aun cuando enfrenten innegables obstáculos jurídicos que pueden socavar efectividad legal de este tipo de acuerdos. En el año 2010, el Comisionado del IRS el Sr. Doug Shulman, afirmó en un discurso pronunciado en el Instituto sobre temas de actualidad en Tributación Internacional en Washington D.C., que: “*idealmente, todos los países con sistemas fiscales desarrollados se unirán para diseñar un sistema unificado para obtener información sobre sus residentes que invierten en el extranjero. Hasta entonces, ejerceremos presión con nuestros esfuerzos para implementar FATCA tal como es requerido por la ley*”⁴⁴.

2. Conclusiones

De la resumida exposición que antecede, se puede concluir que la Ley FATCA es sin duda una propuesta unilateral de parte de los Estados Unidos, que presenta un panorama con un alcance completamente nuevo en el escenario global de las relaciones internacionales en materia fiscal, con una propuesta que modifica el paradigma de la confidencialidad de la información relacionada con el cumplimiento de las obligaciones tributarias de sus nacionales. A pesar de que se trata

42 <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/automatic-exchange-of-financial-account-information.htm>.

43 Violeta P. Montaner. *La norma internacional sobre el intercambio automático de información de cuentas financieras*. Actualidad Jurídica. Nº 37. pp. 128-132. Uria Menéndez. (2014). <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4270/documento/e09.pdf?id=5462>.

44 William H. Byrnes IV. Op. cit.

de una iniciativa que busca asegurar el cumplimiento tributario de los contribuyentes de los Estados Unidos, esta normativa afecta sin duda a entes privados y públicos que no necesariamente se encuentran bajo la soberanía fiscal de dicho país, siendo que precisamente por ello, es innegable el efecto que FATCA ejerce sobre los convenios de doble imposición celebrados entre los Estados Unidos y cada uno de los países en los cuales se pretende aplicar los requisitos de FATCA. En este sentido, los llamados Acuerdos Intergubernamentales o “IGAs”, celebrados por causa de la implementación de FATCA, muy a pesar de no ser considerados formalmente como tratados internacionales por el propio Estado Unidos, constituyen una modificación directa a un convenio de doble imposición o un convenio de intercambio de información TIEA que haya sido celebrado con antelación con los Estados Unidos, lo cual genera una coyuntura novedosa que se encuentra en pleno desarrollo en el escenario mundial.

3. Bibliografía

- Camilo Ramírez B. *FATCA en Colombia*. Revista Dinero. Junio 1, 2015. <http://www.dinero.com/opinion/columnistas/articulo/alcance-del-fatca-colombia-2015/209097>.
- Carol P. Tello. *FATCA: Catalyst for Global Cooperation on Exchange of Tax Information*. Bulletin for International Taxation. Vol. 68 IBDF - N° 2. (2014).
- Fred F. Murray & Joseph M. Erwin (Informantes). Directives Subject 2: Exchange of Information and Cross-Border Cooperation between Tax Authorities, USA Branch Report. Congreso IFA Copenhagen 2013. www.ifa.nl/CongresDocumenten/2013NRS2USA-LongVersion.pdf.
- <http://www.tributacioninternacional.com/primera-mesa-redonda-los-nuevos-estandares-internacionales-de-intercambio-de-informacion-fatca-o-el-fin-del-secreto-bancario/>.
- J. Malherbe, et ál. *La Revolución Fiscal de 2004 FATCA, BEPS, OVDP*. Ed. Legis, Bogotá. (2015).
- Javier Seijo, et ál. *El Acuerdo FATCA Estados Unidos-España sobre control fiscal de cuentas financieras extranjeras*. Spanish Tax Alert. Gómez Acebo & Pombo Abogados. Junio, 2013. <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/el-acuerdo-fatca-estados-unidos-espana-sobre-control-fiscal-de-cuentas-financieras-extranjeras.pdf>.
- Jesús López T. *Actualidad Jurídica*. N° 34. Uría Menéndez. (2013).
- Michael Zavaleta A. & Andrew Speer. *FATCA: Entre la búsqueda de los “peces gordos” y los límites jurídicos de América Latina en la fiscalidad internacional*. Revista Peruana de Derecho Tributario. Año 6. N° 17. Universidad de San Martín de Porres. 2012.
- N. Jerold Cohen. *FATCA and Beyond ... Reporting of Foreign Financial Accounts*. STEP Conference. Curacao. March, 2015.
- Patricia Ladrón de Guevara. *Los acuerdos de intercambio de información tributaria y su implementación en el Perú*. Revista Derecho & Sociedad. N° 43. Lima. (2015).

- Patricia Lampreave M. Los acuerdos FATCA: El control fiscal de las cuentas off-shores. Instituto Universitario de Investigación en Estudios Norteamericanos "Benjamín Franklin". Universidad de Alcalá. España. (2013).
- U.S. Treasury Department. *Joint Statement From The United States, France, Germany, Italy, Spain and The United Kingdom Regarding an Intergovernmental Approach to Improving International Tax Compliance and Implementing FATCA*. <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA-Archive.aspx>.
- William H. Byrnes IV (autor principal), Denis Kleinfeld & Alberto Gil Soriano (colaboradores). LexisNexis® Guide to FATCA Compliance. Chapter 1. Background and Current Status of FATCA. <http://ssrn.com/abstract=2457671>.