

LA HIBRIDACIÓN DE FATCA Y CRS EN ESPAÑA: CLAVES DEL CUMPLIMIENTO TRIBUTARIO EN LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS

Daniel Coronas Valle

Doctor en Derecho

Profesor Sustituto Interino de Derecho Financiero y Tributario

Facultad de Derecho

Universidad de Málaga

Resumen:

Transcurridos casi diez años de la firma del Acuerdo Internacional de Intercambio de Información entre España y los Estados Unidos de América, revisamos y valoramos la evolución del panorama regulatorio nacional e internacional en materia de lucha contra el fraude y la evasión fiscal. Del estudio de FATCA y CRS pueden extraerse valiosas lecciones para tratar de cerrar las grietas del sistema financiero en pos de una mayor transparencia, eficacia y sencillez para los ciudadanos. La senda legislativa muestra un claro vector en nuestro país, cuya exégesis abordamos, deteniéndonos en los hitos legislativos de mayor relieve. Desde un plano puramente práctico, abordamos sucintamente el rol desempeñado por las instituciones financieras españolas y sus departamentos legales, fiscales y de cumplimiento normativo.

Palabras clave:

Fraude fiscal, evasión y elusión fiscal, paraísos fiscales, FATCA, CRS, instituciones financieras españolas (IFE), administraciones tributarias, *compliance* tributario.

Abstract:

After ten years from the signing the Intergovernmental Agreement (IGA) between Spain and the United States of America, we review the evolution of the international legal ecosystem related with tax evasion. Studing FATCA and CRS we can obtain worthy lessons in order to achive a financial system easier and transparent for the citizens.

In Spain we analyze several regulatory tools in order to conclude the trace of FATCA and CRS spirit. Finally we study a practical case of tax compliance that affect to the spanish financial institutions and its role in the aplicacion of these milestones about international tax avoidance.

Key words:

tax fraud, tax evasion, tax avoidance, tax havens, FATCA, CRS, spanish financial institutions, tax administrations, tax compliance.

1. Consideraciones preliminares

Dentro del marco de la cooperación tributaria internacional pueden encontrarse diversos mecanismos con diferentes grados de relación respecto de la capacidad tributaria de los Estados.

Tradicionalmente los Estados han manifestado su autoridad territorial, entre otras medidas, mediante la obligación de pagar impuestos en su territorio. Hoy la globalización y la magnitud del fraude y la evasión fiscal requieren que, sin ceder su soberanía, los Estados colaboren activamente en una lucha que erosiona su sistema tributario, y, por ende, legal, implantando un nuevo régimen internacional para el intercambio de información tributaria. Incluso, señala FERGUSON, que en un plano ético los impuestos directos sobre los contribuyentes son asociados positivamente con el crecimiento de las instituciones representativas, es decir, potencian el juego democrático al estimular el debate sobre el mismo, haciendo sentirse partícipes a sus protagonistas que realmente “financian” el sistema.¹

En este sentido, FATCA y CRS, evolutivamente, no son un resultado, sino el conjunto de la puesta en marcha de una serie de actuaciones. No se trata de una sucesión de procedimientos tecnológicos o administrativos sino jurídicos, y así debe analizarse su enfoque normativo y las dudas suscitadas en su implantación.

El intercambio de información tributaria atañe a información específica del contribuyente o información general sobre los impuestos. Ese intercambio puede canalizarse, bien por un acuerdo bilateral entre jurisdicciones, bien por otro tipo de acuerdo (multilateral).

Se ha manifestado, con acierto, la proverbial imprecisión terminológica que atañe al intercambio de información tributaria.² Esta notoria imprecisión adquiere mayor relevancia cuando el intercambio, o más bien la falta de este, llega a ser un rasgo definitorio de los paraísos fiscales y de regímenes fiscales perniciosos o perjudiciales.

¹ FERGUSON, N: “*The cash nexus, money and the power into the modern world, 1700-2001*”, Penguin, 2002.

² MERINO ESPINOSA, M.P. y NOCETE CORREA, F.J.: “El intercambio de información tributaria: entre la diversidad normativa, la imprecisión conceptual y la pluralidad de intereses”, *Crónica Tributaria* Núm. 139/2011, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2011.

El intercambio, en su variedad automática, ha sido elegido internacionalmente como mecanismo de referencia. Dentro de ese automatismo destacan FATCA y CRS como modelos a implantar con sus distintas especificidades.

En términos cuantitativos el conjunto formado por los EE. UU. y la OCDE aglutina el 80% de la riqueza y los activos mundiales y genera el 59% del producto interior bruto del planeta, según informes de la propia OCDE.³ Por lo tanto, conocer y atajar los problemas de fraude fiscal en estos territorios implica actuar eficazmente en el sistema tributario y financiero global.

Siguiendo a CRUZ AMORÓS⁴ el problema de la información interna se convierte en problema de intercambio de información en tanto que el fraude fiscal no se mantiene estático en las fronteras internas de un Estado, sino que tiende a apoyarse en dificultades de obtención de información que resultan de la limitación territorial del poder tributario, así como en las facilidades de ocultación que proporcionan algunos países y territorios, principalmente por el mantenimiento extinto secreto bancario, o, sencillamente, en la negativa a proporcionar información sobre bienes y activos financieros (y en posterior instancia evolutiva, los no financieros) situados en dichos territorios⁵.

Completando este razonamiento podemos acudir a BUSTAMANTE ESQUIVAS⁶ cuando asegura que las modernas administraciones tributarias precisan, más que nunca, disponer de información fiable y actualizada que les permita verificar si los obligados cumplen sus obligaciones tributarias, pero en esa tarea es hoy imposible obviar el factor internacional y la colaboración (asistencia mutua) de otras administraciones ante una tributación cada día más propensa a la movilidad transfronteriza.

³ Una visión global del enfoque actualizado de esta organización, sus propósitos y sus miembros puede consultarse en <http://www.oecd.org/about/members-and-partners/>

⁴ CRUZ AMORÓS, M: “El intercambio de información y el fraude fiscal”, Información Comercial Española núm. 825, 2005.

⁵ No debe perderse de vista que se tratan regulaciones que han de ser aplicadas por instituciones financieras (bancos fundamentalmente) y que posteriormente los legisladores y reguladores perciben la conveniencia y oportunidad de analizar otras informaciones y activos “no bancarios” para completar una nueva estrategia de lucha contra la evasión y elusión fiscal.

⁶ BUSTAMANTE ESQUIVAS, M.D.: “Intercambio de Información Internacional” en Manual de Fiscalidad Internacional, Tomo XXX, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

Como bien ha señalado TANZI⁷, la evasión de impuestos y la elusión fiscal se conceptúan como fenómenos cada vez más globales, siendo antes de ámbito esencialmente nacional. Suelen estar relacionados con el secreto bancario y con tratamientos regulatorios especiales (y favorables) para los no residentes (tanto personas físicas como jurídicas). La dependencia del principio de residencia sin intercambio efectivo de información conduce (con demostraciones diarias) a la elusión fiscal de grandes proporciones. La tributación basada en la fuente, la potenciación de los sistemas de intercambio, así como la claridad tributaria como criterio perteneciente al bien público, son determinantes para crear un espacio en el marco de la cooperación internacional. El papel de las organizaciones internacionales en este campo es absolutamente decisivo.⁸ Así una de las menciones de mayor antigüedad y nitidez que puede encontrarse reclamando un enfoque de cooperación multilateral data de 2003 y la firmaron los estadounidenses Michael GRAETZ e Itai GRINBERG⁹. A nuestro juicio acertadas y proféticas palabras que después, lamentablemente, el Gobierno estadounidense no ha secundado.¹⁰

Por otra parte, se ha señalado muy certeramente por MARTÍNEZ GINER¹¹ que el incremento de la globalización de las actividades económicas implica cada día un número mayor de transacciones e inversiones entre operadores interestatales, lo que propicia que los esquemas de evasión no sean ya privativos de grandes fortunas y corporaciones, sino accesibles a todos los ciudadanos.

Dentro del ámbito internacional tributario tienen especial relevancia por una parte los Convenios para evitar la Doble Imposición (CDI), ya que ayudan a promover la inversión

⁷ TANZI, V.: “Sistemas Fiscales en la OCDE: Evolución reciente, competencia y convergencia” en Papeles de Economía Española, núm. 125/126 de 2010, Fundación de Estudios de las Cajas de Ahorros (FUNCAS).

⁸ GRAETZ, M.J. and GRINBERG, I.: “Taxing Foreign Portfolio Investment Income”, 56, *Tax Law Review*, 2003, pp.538, 579-85.

⁹ GRAETZ, M.J. and GRINBERG, I.: op. cit., “*multilateral coordination has become necessary to achieve the effective international information exchanges required for residence-based taxation of foreign portfolio income*” and that “*the threat of coordinated multilateral defensive measures may coerce tax havens into entering into information exchange agreements with OECD countries*”.

¹⁰ En tal sentido téngase en cuenta, en el ámbito de la OCDE, los trabajos siguientes: a) Art. 26 MC OCDE, b) Convenio conjunto con el Consejo de Europa, c) Modelo de Acuerdo sobre intercambio de información en materia tributaria (2002) y d) Manual para la aplicación de las disposiciones relativas al intercambio de información con fines tributarios.

¹¹ MARTÍNEZ GINER, L.A.: “Lucha contra el fraude fiscal, buena gobernanza e intercambio de información en la UE”, en Intercambio de Información, Blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal, García Prats, F.A. (director), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014.

exterior, confiriendo seguridad jurídica a los inversores y minorando la fiscalidad de dichas inversiones. Por otra parte, también los Acuerdos de Intercambio de Información (AII) entre las Administraciones fiscales de los Estados son elementos clave para prevenir el fraude y la evasión fiscal.

El inicio de la crisis económica y financiera en 2008 marca un periodo convulso en la fiscalidad internacional, donde se hace preciso dar una respuesta global a un problema sistémico. Se crean nuevas herramientas en la lucha contra la evasión fiscal. El intercambio internacional de información tributaria se configura como el único camino viable y sostenible para tal lucha. La estandarización y el automatismo son los rasgos característicos de los modernos sistemas de intercambio que alientan un combate sin opciones de retorno.

La reunión del Foro de la OCDE sobre Administración Tributaria (FTA) en septiembre de 2010¹² mencionaba la intención de los países participantes de intensificar la cooperación internacional para mejorar el cumplimiento fiscal y crear un marco regulador que aporte confianza a empresas y particulares. Con tal fin, se fomentarían estrategias de mejora del cumplimiento y de servicios al contribuyente centrándose en:

- cumplimiento extraterritorial¹³ sobre el cumplimiento fiscal en el extranjero;
- reducción de la carga administrativa para empresas y particulares con potenciación de avances electrónicos en sus relaciones con las administraciones tributarias;
- trabajo con los bancos para la mejora del cumplimiento de las obligaciones fiscales en una doble faceta: paliando las pérdidas causadas por la crisis financiera, y diseñando un marco de conducta voluntario para la mejora de ese cumplimiento fiscal, con una mayor transparencia entre las entidades financieras y las administraciones tributarias.

Numerosas actuaciones se canalizaban a través de las instituciones financieras y específicamente, los bancos. Su labor como canalizadores de los movimientos de capital

¹² Sitio web del Foro de la OCDE sobre Administración Tributaria: <https://www.oecd.org/tax/forum-on-tax-administration/>, Estambul, 16-9-10.

¹³ Se alude al cumplimiento tributario fuera de las fronteras previsto en la norma *ab initio* frente al contenido regulado en los Convenios para actuar sobre aspectos fiscales de los nacionales en el extranjero.

los sitúa en óptima posición para colaborar en la reducción de riesgos y mejorar la cooperación tributaria internacional, especialmente entre entes reguladores, organismos tributarios nacionales y otros bancos.

En octubre de 2015, el 8º Foro Global sobre Transparencia Fiscal¹⁴ impulsó la cooperación internacional contra la evasión de impuestos. Este foro, auspiciado por la OCDE, optó por el intercambio automático de información para enviar una firme señal de advertencia a los evasores de impuestos. El proceso arrancó con setenta y cuatro signatarios; en 2016, noventa y seis países del Foro se comprometieron a intercambiar información automática desde 2017 y 2018 lo que redundó en una sustancial mejora de la transparencia fiscal. Esta reunión fue calificada por algunos países participantes como el inicio de una nueva era del intercambio automático de información.

1.1 Los Convenios de Doble Imposición (CDI)

La existencia de un CDI resulta esencial para promover inversiones extranjeras en un país, así como propiciar el capital nacional en el extranjero. La seguridad jurídica que aporta, así como la reducción de la fiscalidad de dichas inversiones son sus notas características. España mantiene rubricados 103 convenios para evitar la doble imposición, estando en vigor 99 de ellos. Además, se han renegotiado CDIs con Austria, Bélgica, Canadá, China, Finlandia, India, Japón, México, Reino Unido y Rumanía.¹⁵

Por su interés para nuestro estudio, destacamos el Protocolo firmado el 14 de enero de 2013 entre España y Estados Unidos,¹⁶ para modificar el CDI existente desde 1990 entre ambos países. De esta forma, catorce de sus artículos han sido revisados para afrontar, con mayor flexibilidad, las necesidades y cambios económicos del entorno del siglo XXI. El criterio adoptado para el tratamiento de las inversiones en ambas jurisdicciones trata de reducir la carga impositiva sobre los dividendos y amplía los supuestos de exención. Sobre los intereses y cánones, se aplicará en general el principio de tributación en el país

¹⁴ Sitio web del Foro Global: www.oecd.org/tax/transparency

¹⁵ Convenios de doble imposición en www.aeat.es

¹⁶ Las Cortes españolas autorizaron el Protocolo y el memorándum en 2014 (El Congreso de los Diputados el día 9 de octubre y el Senado el día 10 de diciembre) mientras que el Senado estadounidense lo ratificó el 16 de julio de 2019. Boletín Oficial de las Cortes Españolas, núm. 300 de 14-7-14, disponible en http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Tributaria/CDI/En%20Tramitacion/BOCG/Protocolo_BOCG_EEUU_300.pdf

de residencia del inversor. El Protocolo, que modifica trece artículos del CDI actual, incluye medidas de lucha común contra el fraude fiscal y un memorándum de entendimiento para un futuro acuerdo con Puerto Rico, cuya fiscalidad se asimila en numerosos aspectos con la estadounidense a los efectos de FATCA. Adicionalmente, se opera una mejora en el tratamiento fiscal de los pagos por dividendos e intereses, reduciendo los tipos de retención y ampliando los supuestos de exención con el objeto de dinamizar los flujos económicos existentes.

1.2 Los Acuerdos de Intercambio de Información (AII)

En 1998, dentro del Foro de la OCDE sobre Competencia Fiscal Perjudicial,¹⁷ se forjó un grupo de trabajo para elaborar una lista de paraísos fiscales y emitir un catálogo de medidas para combatirlos.

En el año 2000 se publicó un nuevo Informe al respecto que señalaba la existencia de treinta y cinco paraísos:

- como territorios no cooperativos;
- como jurisdicciones de baja tributación.

En abril de 2002 esa lista de paraísos se actualizó, junto con la publicación de un Modelo de Acuerdo sobre Intercambio de información en materia fiscal (*Tax Information Exchange Agreement, TIEA*) que aglutinaba los estándares del momento sobre intercambio de información efectivo tanto en el campo penal como administrativo y civil. Este intercambio se articula mediante acuerdos bilaterales o multilaterales, resultando el elemento más innovador la imposibilidad de alegar el secreto bancario o el desinterés nacional sobre la información, impidiendo en todo caso que esta fluya al país requirente. Así mismo, quedaban prohibidas las peticiones de información de tipo global entre Estados y sin base alguna, conocidas como *fishing expeditions*.

¹⁷ El Foro en su documento “Combatir las prácticas fiscales perniciosas teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia” Acción 5, Informe final de 2015, alude, en su pág.21, al marco del Informe de 1998 para determinar si un régimen preferencial es pernicioso en términos fiscales. Puede consultarse el documento en <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264267107-es.pdf?expires=1553176848&id=id&accname=guest&checksum=33AD67CB4A512FE1E2FE0C5BA1716410>

1.3 El Acuerdo entre Autoridades Competentes sobre Intercambio automático de información de cuentas financieras¹⁸

Este Acuerdo incluye, junto a la multilateralidad, un elemento notable como es el carácter automático de la información. Los objetivos de transparencia fiscal, así como la relación cooperativa frente a la evasión fiscal son otras notas comunes contenidas en el mismo; no obstante, la multilateralidad no es óbice para que el intercambio se practique de forma bilateral entre autoridades competentes minimizando costes de tiempo y dinero en largas negociaciones.¹⁹

La firma de este importante Tratado de Berlín implica que España reciba información de cuentas bancarias de forma periódica, automática y estandarizada constituyendo un hecho histórico en la fijación de un estándar global de intercambio de información. Cincuenta y cuatro países y territorios del mundo,²⁰ entre ellos España, concurrieron a la firma de este Acuerdo multilateral. Actualmente supera la cifra de cien jurisdicciones firmantes.

El art.1 aborda las definiciones de jurisdicción,²¹ de autoridad competente, de institución financiera obligada comunicar información y de cuenta sujeta. Recuerda que el estándar común de información es el elaborado por la OCDE con los países del G20.

¹⁸ Conceptual y académicamente el estudio del intercambio automático de información tributaria puede abordarse desde numerosos ángulos (por materias, jerarquía normativa o ámbito de producción) a través de las versiones sucesivas del *Common Reporting Standard* (CRS) tanto en la legislación OCDE, UE y la normativa española. En este trabajo hemos optado por un enfoque mixto ya que, en numerosas ocasiones, y dada su transversalidad, es difícil deslindar de FATCA sobre el que supone una evolución, pero al tiempo una influencia.

¹⁹ MARTOS BELMONTE, P.: “El nuevo estándar global de intercambio automático de información sobre cuentas financieras de la OCDE: estructura y funcionamiento. Aplicación del mismo en la UE: Directiva 2014/107/UE del Consejo de 9 de diciembre de 2014” en *Crónica Tributaria* núm. 159/2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2016, pp. 103-130.

²⁰ Los cincuenta y cuatro países y jurisdicciones que se comprometieron a intercambiar información desde 2017 eran los siguientes: Alemania, Argentina, Barbados, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Colombia, Corea, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, India, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Mauricio, México, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumanía, San Marino, Seychelles, Sudáfrica, Suecia, Trinidad y Tobago, Curaçao, Groenlandia, Islas Feroe, las Dependencias de la Corona del Reino Unido de Guernesey, Isla de Man y Jersey, y los Territorios Británicos de Ultramar de Anguila, Bermuda, Gibraltar, Islas Caimán, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas y Montserrat. Fuente: <http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/minhap/Paginas/2014/291014acuerdoberlin.aspx>

²¹ Art. 1: “el término «Jurisdicción» significa un país o un territorio para el que el Convenio está en vigor y surte efectos, bien por firma y ratificación conforme al artículo 28 o por extensión territorial conforme al artículo 29, y que es signatario de este Acuerdo”.

El art.2 reafirma que cada autoridad competente intercambiará, anualmente y de forma automática con las otras autoridades competentes, la información obtenida en aplicación de dichas normas.

El contenido de esa información incluye:

- a) nombre, domicilio, NIF y lugar y fecha de nacimiento de personas físicas y para personas jurídicas nombre, NIF y domicilio de la entidad, así como de la persona (s) de control y su fecha de nacimiento;
- b) número de la cuenta;
- c) nombre y número de identificación de la IF obligada a comunicar información;
- d) saldo o valor de la cuenta;
- e) en el caso de cuenta de custodia, el importe bruto total en concepto de intereses y los ingresos brutos totales derivados de la enajenación o reembolso de activos financieros pagados o anotados en cuenta durante el año civil o periodo de referencia;
- f) en cuentas de depósito, el importe bruto total de intereses pagados o anotados en cuenta durante el año civil u otro periodo de referencia pertinente; para cuentas no descritas previamente el importe bruto total pagado u anotado en cuenta al titular durante el año o periodo de referencia.

Evolutivamente este Acuerdo tiene su germen en el proyecto del G5 cuando remitió en 2013 una carta al Comisario europeo de Asuntos Fiscales, Algirdas SEMETA. En ese documento el G5 (Alemania, España, Francia, Italia y Reino Unido) mostraba su intención de avanzar en la extensión del Intercambio Automático de Información (IAI), que seguía a su vez el modelo de acuerdo FATCA. En el seno de la UE destacamos el acuerdo político alcanzado por el Consejo ECOFIN el 14 de octubre de 2014 para establecer este sistema de Intercambio Automático de Información en la UE, lo que supuso un avance histórico y radical en materia de transparencia y control fiscal internacional.²² El objeto de intercambio abarcaba todo tipo de cuentas financieras (cuentas corrientes, depósitos bancarios, valores, participaciones en fondos de inversión, seguros, rentas, etc.) al tiempo que saldos e importes percibidos por rentas o transmisiones

²²http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/145105.pdf

así como la identificación del titular real que controlaba el producto. El intercambio comenzó en 2017 respecto de las cuentas abiertas en 2016 y tiene periodicidad anual.

En España el órgano designado para la recepción y coordinación de esta información es la Agencia Tributaria (AEAT).

2. FATCA: Los orígenes

En marzo de 2010 el Gobierno de los Estados Unidos de América (Administración Obama) aprobó un nuevo Capítulo 4 del Código Tributario estadounidense (*Internal Revenue Code*) inserto en la Ley de incentivos para restaurar el empleo (*The Hiring Incentives to Restore Employment, HIRE*). El mismo contenía las disposiciones de la *Foreign Account Tax Compliance Act*, conocida por el acrónimo de FATCA.²³

Se trata de una normativa (*US Regulations*) cuya finalidad era combatir la evasión fiscal de los contribuyentes estadounidenses (los *US persons*) tratando de que no eludiesen el pago de los impuestos por rentas obtenidas fuera de los EE. UU.; en otras palabras, se pretende conocer las rentas de los estadounidenses por todo el mundo, al objeto de exigirles la tributación en EE. UU. por su renta mundial.²⁴

La discusión de la *HIRE Act* en el Congreso de los Estados Unidos dejó patente que esa iniciativa legislativa pretendía imponer a las instituciones financieras extranjeras la divulgación de las cuentas mantenidas en ellas por contribuyentes estadounidenses o, en su defecto, abonar una sanción por no revelar sus nombres.²⁵

La definición que el texto lleva a cabo sobre un *US Person* incluye a aquellos ciudadanos con doble nacionalidad (una de ellas estadounidense), ciudadanos estadounidenses aun cuando no residan en EE.UU., personas físicas con pasaporte nacidas en EE.UU. salvo renuncia expresa a la nacionalidad, residentes permanentes en EE.UU. (titulares de una

²³ Para un sistemático conocimiento de FATCA, el IRS mantiene en su web toda la información actualizada al respecto, diferenciando el enfoque del contribuyente, bancos estadounidenses y del resto del mundo, así como para los Gobiernos extranjeros. Un apartado es para legislación y *FAQs*, registro y comprobación de GIIN y otro para formularios relacionados.

<https://www.irs.gov/businesses/corporations/foreign-account-tax-compliance-act-fatca>

²⁴ PEDROSA LÓPEZ, J.C.: “FATCA como límite a las planificaciones fiscales agresivas, especial referencia a los instrumentos híbridos” en Intercambio de Información, Blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal, García Prats, F.A. (director), IEF, Madrid, 2014, pp.363-377.

²⁵ HIRE ACT, 156, Cong. Rec. \$1745-01, 2010 WL984520.

green card), ciudadanos que han superado el test de presencia sustancial para extranjero que permanece al menos 183 días con contrato en EE.UU. o supuestos de estancias menores y que excluyen a diplomáticos, profesores, deportistas o estudiantes. Conviene recordar que ciertos territorios (y sus ciudadanos) como Puerto Rico, Islas Vírgenes americanas, Samoa americana, Isla de Guam y Marianas del Norte son fiscalmente territorio estadounidense sujeto, por tanto, a tributación bajo normas estadounidenses.

Quizás la definición más franca y condensadora del núcleo duro de FATCA y de los retos que conlleva la ofrece el profesor GRINBERG²⁶ al afirmar en 2012: “el sistema fiscal internacional está en medio de una novedosa contienda entre un modelo de intercambio de información y un modelo de retención anónima de cara a garantizar que los países tengan la posibilidad de gravar cuentas en el extranjero. Está en juego la capacidad de muchos países de gravar las rentas de personas físicas y los beneficios de los negocios controlados por un número reducido de inversores mediante un impuesto sobre la renta en un mundo financiero cada vez más globalizado. Existen cuatro iniciativas incongruentes entre sí, de la UE, la OCDE, Suiza y Estados Unidos, que juntas representan el nacimiento de un nuevo régimen internacional consensuado en el cual las instituciones financieras deben actuar como intermediarios fiscales transfronterizos y así coadyuvar en la capacidad de los países de gravar a sus residentes por las cuentas que se mantengan en el extranjero. Diferentes resultados en esta contienda auguran claramente diferentes futuros sobre el alcance de la cooperación administrativa transfronteriza en materia fiscal. El eventual triunfo de un modelo de intercambio de información sobre un modelo de retención anónima es clave para gravar el capital, asegurar que la mayoría de los países se benefician de que las instituciones financieras actúen como intermediarios financieros transfronterizos y fomentar el compromiso de los contribuyentes con los gobiernos y sus políticas, especialmente en economías emergentes y en desarrollo.”

2.1 Consideraciones generales para el cumplimiento de FATCA

²⁶ GRINBERG, I.: “*Beyond FATCA: An Evolutionary Moment for the International Tax System*”, en www.scholarship.law.georgetown.edu, 2012. Aquí el concepto de FATCA viene a ser una punta de lanza, un instrumento disruptivo en la lucha contra el fraude tributario en sus diversas facetas.

Para el cumplimiento de FATCA se puede optar entre dos escenarios alternativos:²⁷

- por una parte, aplicando directamente las *Final Regulations* estadounidenses;
- por otra, mediante la suscripción de acuerdos bilaterales con EE. UU. conocidos como IGA.

Los grandes protagonistas de FATCA son las instituciones financieras (*Foreign Financial Institutions*), que han de colaborar obligatoriamente el fisco de su país y con el estadounidense en otro aspecto capital: el registro y supervisión de los datos enviados, quedando incluso la autoridad tributaria estadounidense facultada a auditar a la institución financiera extranjera, circunstancia que no se ha producido si bien la normativa es meridiana en este sentido y se asume por las instituciones financieras que esto pueda ocurrir, razón por la que suele situarse al frente de las unidades FATCA a personas con poderes legales suficientes para entablar relaciones con esta autoridad tributaria: el *Internal Revenue Service (IRS)*.

La firma de un IGA aporta innegables ventajas para las instituciones financieras de las cuales destacamos las siguientes:

- a) elimina para las IF la obligación de retener sobre los *passthru payments* (pagos de paso o tránsito entre IF) por el mero hecho de la firma del acuerdo;
- b) los participantes no están sujetos a retención del 30% de sus rendimientos;
- c) no es preciso cerrar, tan solo comunicar las cuentas de clientes recalcitrantes (aquellos no dispuestos a proporcionar información o documentación requerida);
- d) la administración tributaria local se configura como interlocutor válido para la IF;
- e) se identifican ciertos productos (ej. planes de pensiones) e instituciones financieras que quedan excluidos de la comunicación de datos como, por ejemplo, el Banco de España dado su escaso riesgo para la evasión fiscal;
- f) se simplifican los procedimientos de diligencia debida de las instituciones financieras siguiendo las normas de conocimiento del cliente (*KYC*) y Prevención de

²⁷ CORONAS VALLE, D.: “FATCA: El control fiscal internacional de cuentas bancarias de ciudadanos estadounidenses”, Cuadernos de Información económica, núm. 234, mayo-junio 2013, Fundación de las Cajas de Ahorros (FUNCAS), Madrid, 2013.

Blanqueo de Capitales. Se trata de normas inspiradoras que pueden invocarse con carácter supletorio.

Estas instituciones financieras extranjeras (FFI) o “no estadounidenses” deben identificar e informar (reportar)²⁸ las cuentas de sus clientes estadounidenses, pues en el caso de incumplimiento legal se prevé como sanción (*stick*) una retención del 30% de los ingresos procedentes de activos estadounidenses. Esta constituye otra crítica: la base legal de la retención de parte de la propiedad o rendimientos de activos en suelo estadounidense.

El otro gran actor de FATCA es el cliente bancario y ciudadano estadounidense. No todos los casos son fáciles de resolver al determinar si la persona ostenta la ciudadanía y podrá ser reportable. En la práctica bancaria se han producido casos donde el ciudadano estadounidense tiene la cualidad de no residente en EE. UU. (trabajador de buena fe) y encuentra dificultades en las IF en el momento de gestionar o abrir una cuenta bancaria en el país de residencia, ya que esta cuenta en realidad no debe ser considerada “*offshore*” en el sentido legal, aunque sí semántico de la palabra.

En nuestra opinión, el mayor reto que plantea FATCA es su interpretación,²⁹ en otras palabras, conjugar los criterios y conceptos jurídicos anglosajones en nuestro ordenamiento. Esos conceptos ajenos pueden crear conflictos interpretativos en el plano judicial, y por esta vía puede llegarse a la inseguridad jurídica tributaria internacional. Tanto las *US Regulations*³⁰ (versión definitiva de 17 de enero de 2013) como sus desarrollos a través de *Notice*³¹ son mecanismos complejos y de gran dificultad técnica, singularmente para los no avezados en un sistema tributario ajeno.

²⁸ El formato de *reporting* FATCA, conocido como *schema*, está basado en el STF (*Standard Transmission Format*), sistema creado por la OCDE que usa lenguaje XML. El IRS publicó en noviembre de 2013 una guía (*wordbook*) integrando en este campo los trabajos de la OCDE.

²⁹ Buen ejemplo de ello es la consideración de los periodos de tiempo en días naturales, no en días laborales.

³⁰ El Departamento del Tesoro mantiene actualizado su portal web, presentando de manera cronológica todas las actualizaciones de estos Acuerdos, así como la relación de países firmantes. <https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/tg1825.aspx>

³¹ Del extenso entramado jurídico de *Notices* destacamos las siguientes por su repercusión práctica en España:

La *Notice* 2010-60 supuso el primer desarrollo de FATCA conteniendo sus obligaciones principales (*Grandfathered obligations*); definía tipologías de las FFI y las NFFE así como el régimen sancionador de las cuentas recalcitrantes; la *Notice* 2011-34 completaba a la anterior proveyendo una guía para ciertos casos; destacaba la definición del *passthru payment* y la de ciertos vehículos de inversión (propios del mercado estadounidense) e informaba sobre las cuentas de custodia al tiempo que enunciaba el uso del W-

Las instituciones financieras no tienen la obligación de asesorar a sus clientes sobre qué postura tomar, ni ayudar a cumplimentar los datos relacionados con FATCA. Este aspecto abre la puerta a la formación de juristas expertos en estas materias con una importante vertiente de Derecho comparado.

Aunque no compartimos por completo la idea exclusivamente recaudadora de FATCA,³² pues pensamos que no sólo se trata de recaudar y equilibrar los maltrechos presupuestos estatales anteriores y posteriores a la crisis financiera de 2008, es obvio que FATCA ha supuesto un hito en la lucha contra la evasión y elusión fiscal. Las cifras son importantes, pero no descolantes, lo que apoya nuestra tesis de que tras FATCA no hay tan solo motivaciones recaudatorias: se trata de una norma tributaria con fines de seguridad nacional, que viene a completar la información que desde 2001 la *Patriot Act* recopila para saber dónde se ubican sus contribuyentes y cuál es su actividad. Todo aquel contribuyente que tenga pasaporte estadounidense o una *green card* se encuentra sujeto a protección, pero también a control y EE. UU. ha recopilado información de los contribuyentes estadounidenses residentes fuera de sus fronteras o que incluso nunca han visitado EE. UU. (véanse los nacidos en bases militares fuera de territorio físico estadounidense).

La previsión inicial del Gobierno estadounidense era recaudar 8.700 millones de dólares en diez años, es decir, unos 870 millones anuales.³³ Estos datos, en correlación con las pérdidas expresadas por el Tesoro superiores a los 100 billones anuales, así como los costes de implantación de FATCA, no hacen sino corroborar el argumento expuesto previamente; al mismo tiempo, han surgido voces en la doctrina que defienden la

9 y W-8; por su parte la *Notice* 2011-53 actualizaba el marco temporal para aplicar FATCA resumiendo las fases de implantación: registro, *due diligence*, *reporting*, retenciones y regulando la continuidad de los Acuerdos QI.

³² CORONAS VALLE, D.: “CRS o el imparable Big Bang en el ámbito del intercambio automático de información tributaria”, *Revista IIEE* 119/2015, Madrid, 3 de noviembre de 2015, disponible en http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2015/DIEEO119-2015_CRS_InformacionTributaria_DanielCoronas.pdf

³³ Exactamente las cifras del Gobierno estadounidense señalan “8,7 billones de dólares” si bien hemos de recordar que el billón en dólares estadounidenses equivale a mil millones europeos.

inutilidad de FATCA. Tal es ese caso de HATTEN-BOYD,³⁴ si nos ceñimos a aspectos meramente tributarios.

En conclusión, conviene retener que FATCA es una norma estadounidense, hecha en EE. UU., para estadounidenses, que han de aplicar personas e instituciones financieras no estadounidenses. Por consiguiente, no debemos perder de vista esta idea, sabiendo que los beneficios de su aplicación normativa redundan mayoritariamente en EE. UU.³⁵

2.2 La aplicación de FATCA por las instituciones financieras españolas³⁶

El BOE de 1 de julio de 2014 publica el Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la implementación de la *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) Ley de Cumplimiento Tributario de Cuentas Extranjeras, hecho en Madrid el 14 de mayo de 2013.³⁷

Se compone de diez artículos y dos Anexos.

Partiendo del deseo de un “intercambio recíproco” que salvaguarde la debida confidencialidad de los datos, el art.1 aporta las definiciones de esta normativa.

Se precisan los conceptos de IF y de cuentas sujetas a comunicación de información:

- a) cuenta financiera;

³⁴ HATTEN-BOYD, L.: “FATCA: ¿Will this penal withholding regime have its intended effect?” International Tax Journal, July-August, 2010.

³⁵ Esta “*realpolitik*” no debe extrañar a la doctrina ya que ver en FATCA un instrumento del “imperio norteamericano” nos parece una visión trasnochada, sesgada e injusta (por maniquea) de un entramado jurídico donde numerosos juristas y técnicos de bastantes países del mundo han trabajado y colaborado activamente. Siempre puede darse un margen de mejora, pero volviendo la vista atrás, en los últimos quince años se ha avanzado notablemente y no reconocerlo sería mezquino y profundamente injusto. Quizás este sea el único aspecto positivo que haya aportado la crisis financiera.

Por otra parte, y en términos cuantitativos, según fuentes del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, se estima que residen en España (a 30 de junio de 2021) una cifra ligeramente inferior a los 30.000 ciudadanos estadounidenses, disponible en <https://www.mites.gob.es>

³⁶ Desde el punto de vista de este estudio, se consideran instituciones financieras españolas aquellas cuyo lugar de residencia fiscal sea España y pueda acreditarse su sujeción al impuesto de sociedades en nuestro país. Su lugar esencial de operaciones debe ser nuestro territorio nacional, con independencia de la nacionalidad de los clientes afectados.

³⁷ <https://www.boe.es/boe/dias/2014/07/01/pdfs/BOE-A-2014-6854.pdf>

- b) cuenta de custodia;
- c) participación en el capital;
- d) contrato de seguro.

El art. 1 aa) considera preexistente aquella cuenta abierta a 30 de junio de 2014. El primer texto antes de su firma indicaba el 31 de diciembre de 2013, pero las diferentes modificaciones para su firma y entrada en vigor llevaron a la referida fecha.

Por contraposición, una cuenta se considera nueva cuando su apertura consta desde el 1 de julio de 2014, quedando sujeta a revisión y comunicación en condiciones diferentes.

El apartado ee) define al “titular” del producto o cuenta FATCA. A estos efectos no se incluye la figura habitual en la banca española del autorizado en cuenta. Además, el texto señala que los representantes, custodios, dignatarios, asesores de inversiones o intermediarios no tendrán la consideración de titulares de cuenta.

El apartado ff) define un aspecto clave: la persona estadounidense o *US Person* será:

- a) la persona física con estatus de ciudadano o residente en los Estados Unidos;
- b) las sociedades de personas o sociedades de capital constituidas en EE. UU. o conforme a su legislación o la de alguno de sus Estados;
- c) los fideicomisos, si existe un tribunal estadounidense competente que pueda dictar sentencias conforme a la normativa aplicable o una o más personas estadounidenses pueden ejercer el control sobre sus decisiones importantes.

Resulta sorprendente la técnica jurídica por la que, como texto supletorio para interpretar estos conceptos, se nos remita al Código Tributario estadounidense. Esto no facilita en exceso la labor jurídica española ni aclara demasiado a las IF que deben conocer la Ley y aplicarla después.

La situación se torna ardua cuando se traslada el concepto de persona estadounidense específica (*Specified US Person*). Se define por exclusión, es decir, como todas aquellas “distintas de” y se enumeran hasta doce tipologías propias de la legislación tributaria estadounidense como sociedades de capital, operadores de futuros o planes de jubilación individuales, entre otros.

Para la banca y aseguradoras es trascendental el concepto de la “entidad vinculada” como aquella que controla a otra a través de la participación directa o indirecta en más del 50% del capital o más de 50% de sus derechos de voto. (ap.kk)

A continuación, se tratan las personas que ejercen el control de una entidad o persona jurídica. Por una parte, se nos remite a las normas del Grupo de Acción Financiera contra el Blanqueo de Capitales (GAFI), para conocer esta circunstancia, es decir, personas que ostentan más del 25% del capital de la sociedad en cuestión.

El art. 2 desglosa la obligación de obtener, en primer término, e intercambiar información en segundo término de ciertas cuentas por parte de ambos países, siguiendo el art. 27 del CDI. Se diferencia entre la información que debe reportar España sobre cuentas estadounidenses (compuesta por siete datos) y EE. UU. sobre cuentas españolas (compuesta por seis), constándose así una asimetría en la información intercambiada.

España, a través de la AEAT y de las instituciones financieras ha de remitir, cuando se trate de un cliente o cuenta estadounidense, los siguientes datos:

- 1) tratándose de personas físicas: nombre, domicilio y NIF estadounidense,³⁸ es decir, el TIN. En caso de personas jurídicas nombre, domicilio y TIN de cada persona de control;
- 2) número de cuenta;
- 3) nombre y número identificador de la IF española obligada a reportar. Se trata del número de registro otorgado para su funcionamiento por el Banco de España a cada entidad;
- 4) saldo o valor de la cuenta y en caso de cancelación en el año en cuestión su saldo inmediatamente anterior a tal circunstancia;
- 5) para los supuestos de cuenta de custodia se añade a lo anterior el importe bruto en concepto de dividendos y otras rentas en relación con los activos depositados en cuenta y

³⁸ *US Tax Identification Number* (TIN): El TIN corresponde al número de identificación fiscal en EE. UU.; para personas físicas corresponde al número de la Seguridad Social (SSN). Para un extranjero residente que no tiene ni reúne los requisitos para obtener un SSN, el TIN corresponde al número de identificación personal ante el IRS, el ITIN. El empresario por cuenta propia puede aportar el SSN o su *Employer Identification Number* (EIN) siendo preferible el SSN. Para personas jurídicas el TIN será el número de identificación del empleador (EIN).

los ingresos brutos totales procedentes de la enajenación o reembolso de bienes pagados o debidos en cuenta en el año en año civil en cuestión;

6) para los supuestos de cuenta de depósito se informará además el importe bruto total de intereses pagados o debidos en la cuenta durante el año civil u otro periodo de referencia.

Las obligaciones de información para las instituciones financieras estadounidenses consisten en:

1) nombre, domicilio y NIF español de todo residente en España titular de una cuenta. Nótese la clara diferencia sobre la obligación para las IF americanas: aquí se habla de residentes en España (no sólo los nacionales españoles) sino aquellos que tiene NIF español y residan en España. Entendemos que busca el criterio de residencia que ya sabemos no es habitual en la legislación estadounidense; Y si nos encontramos a un nacional español (con pasaporte y DNI) con cuenta en EE. UU. que no sean residente en España, ¿no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley para ser objeto de *reporting*?, ¿Y si ese nacional además tiene o alega tener otra residencia u otra doble nacionalidad? Pensamos que estaría fuera del ámbito de la norma y que no obligaría a las IF estadounidenses a indagar más pues no olvidemos que EE. UU. no es firmante de los acuerdos CRS de la OCDE ya que sostiene que estos se han construido sobre la base y filosofía de FATCA. Sin embargo, no afectan por igual y mantienen una gran diferencia conceptual: nacionalidad frente a residencia;

2) número de cuenta;

3) nombre y número de la IF estadounidenses donde se halle la cuenta;

4) importe bruto de intereses y dividendos pagados o debidos;

5) un cajón de sastre: el importe bruto de otras rentas de fuente estadounidenses pagadas o debidas en cuenta en tanto se hallen sujetas a comunicación de información según el Código Tributario estadounidense; es decir, según decisión de las autoridades tributarias podrían ser objeto de comunicación otras rentas americanas del ciudadano español en cuestión. Lo cierto es que resulta algo impreciso jurídicamente salvo que conozcamos en profundidad el complejo Capítulo 3 a 61 (Subtítulo A) del citado Código, y sus actualizaciones.

El art. 3.3 insiste en la asimetría desde el punto de vista temporal estableciendo diferentes y más nutridas obligaciones para las IF españolas que para las estadounidenses. El ap.6 del art. 3 nos conduce al Acuerdo entre Autoridades Tributarias de 15 de enero de 2016.

El art. de mayor trascendencia en el Acuerdo Intergubernamental es el 4. Con una redacción algo farragosa, señala que las obligaciones de las instituciones financieras españolas pasan por cumplir los ya comentados arts. 2 y 3, no estando sujetas a retención siempre que:

- a) la institución financiera identifique cuentas estadounidenses sujetas a información y comunique la misma anualmente a la AEAT en tiempo y forma;
- b) para 2015 y 2016 comunique además los nombres e importes realizados a toda institución financiera no participante de cualquier parte del mundo. Esta obligación exige que cada IF tenga en su unidad especializada un seguimiento y control, a través de la web del IRS, de aquellas IF con las que se relaciona y su situación actual respecto a FATCA. Adicionalmente, algunas instituciones han optado por solicitar formularios y autodeclaraciones a aquellas contrapartes con las que trabajan;
- c) haberse registrado ante el IRS;
- d) si la institución financiera española interviene como intermediario cualificado con obligación de retener, como sociedad extranjera retenedora o como fideicomiso extranjero retenedor, habrá de retener un 30% sobre los rendimientos generados en la inversión (pagos) de fuente estadounidense.

El texto suspende la aplicación de las cuentas “recalcitrantes”, pero observamos que se trata de una circunstancia cuya potestad ostenta el IRS, por lo que se sobreentiende que tal calificación no se da en EE. UU. para cuentas españolas. La suspensión tiene un doble efecto: evitar la retención correspondiente y evitar el cierre de la cuenta. Como veremos al tratar el CRS, la legislación de desarrollo española habla de “bloqueo” y no cierre, término propio de las normas de prevención de blanqueo de capitales. Para evitar que las IF con filiales vinculadas (o sucursales) en países no firmantes y con habituales malas relaciones políticas y comerciales con EE. UU., como Venezuela o Irán, puedan afectar a un grupo bancario, se aplica la regla contenida en el art. 4.5: prescribe que la matriz de la institución financiera seguirá siendo cumplidora siempre que mantenga sus obligaciones para sí y el resto del grupo.

El art. 5 permite, salvo mejor criterio del Acuerdo entre autoridades competentes, que una Autoridad (española o estadounidense) consulte directamente a una IF (española o estadounidense) cuando crea que se ha producido un error menor o de tipo administrativo. Para los supuestos de incumplimiento significativo se requiere que una autoridad competente actúe a petición de la otra aplicando su normativa interna si tal caso se produce. Debido a la complejidad de los procedimientos descritos, el artículo en su apartado 3 permite a las IF recurrir a terceras partes para cumplir con sus obligaciones, es decir, contratar a asesores externos cualificados para la prestación de un servicio. En la práctica bancaria española se ha optado, de forma mayoritaria, por el asesoramiento puntual y la creación de unidades en las entidades para implantar internamente las diferentes fases normativas en función según las necesidades específicas propias.

Se definen las cuentas de menor valor como aquellas preexistentes de persona física que a 30 de junio de 2014 superen los 50.000 dólares (o los 250.000 para los contratos de seguros con valor en efectivo o contratos de anualidad), pero no exceden de 1 millón de dólares. En contraposición, las cuentas de mayor valor serán aquellas que superan el millón de dólares a término de un ejercicio o que, no haciéndolo, llegan a alcanzar o superar tal cifra al concluir un periodo revisado. Para facilitar la gestión de las cuentas de menor valor (en la práctica las más numerosas) se ha diseñado un sistema de “indicios” en la búsqueda de archivos electrónicos. Estos indicios o señales funcionan como presunciones de americanidad (*sic*) de un cliente y sus circunstancias personales. Se trata de pautas definidas para seleccionar e identificar clientes que pudieran ser estadounidenses y cuyas circunstancias serán objeto de revisión y comprobación.³⁹ La

³⁹ “1. Búsqueda en los archivos electrónicos. La Institución financiera española obligada a comunicar información debe revisar los datos susceptibles de búsqueda electrónica que posea respecto de cualquiera de los siguientes indicios de vinculación con Estados Unidos:

- a) Identificación del Titular de la cuenta como ciudadano o residente estadounidense;
- b) Indicación inequívoca de un lugar de nacimiento estadounidense;
- c) Domicilio o dirección postal actual estadounidense (incluido un apartado de correos estadounidense o una dirección estadounidense para la recepción de correspondencia);
- d) Número de teléfono actual estadounidense;
- e) Órdenes permanentes de transferencia de fondos a una cuenta abierta en los Estados Unidos;
- f) Un poder notarial de representación vigente o una autorización de firma concedida a una persona con dirección estadounidense; o
- g) Una dirección para la recepción de correspondencia o una dirección para la retención de correspondencia que constituyan la única dirección que conste en los archivos de la Institución financiera española obligada a comunicar información respecto del titular de la cuenta. En el caso de las cuentas preexistentes de persona física que sean cuentas de menor valor, si la dirección para la recepción de correspondencia está fuera de Estados Unidos no se considerará indicio de vinculación con Estados Unidos.”

norma deja patente que un indicio no supone obligación de informar sobre la cuenta y el cliente. De hecho, se enumeran supuestos donde la existencia de un indicio puede ser mitigada o descartada. Así destacan:

- a) la presentación de un certificado acreditando que su titular no es ciudadano estadounidense ni residente fiscal en EE. UU. bien en un formulario W8 (el oficial del IRS) o cualquier otro modelo similar⁴⁰. No ha sido fácil aclimatarse a estos formularios ajenos al sistema bancario y tributario español. Ha sido preciso un estudio minucioso para trasladar la información que se pretendía lograr. En este sentido, podría afirmarse que los servicios centrales de las instituciones financieras que gestionan FATCA han realizado una apreciable labor de exégesis normativa, principalmente en dos foros muy activos y con capacidad de relación y peso ante la administración tributaria (AEAT) y la Dirección General de Tributos (DGT): la CECA y la AEB.⁴¹ Por su parte, el Grupo de Trabajo compuesto por todo tipo de instituciones financieras, representadas en España dentro del Centro de Cooperación Interbancaria (CCI), ha supuesto otro puntal destacado a la hora de aplicar y solicitar aclaraciones necesarias con soluciones imaginativas y rigurosas en tal sentido;⁴²
- b) un pasaporte no estadounidense u otra certificación de un Estado que pruebe que el ciudadano es nacional de un Estado diferente de EE. UU.;
- c) una copia de un certificado de pérdida de nacionalidad estadounidense⁴³ o explicación razonable que justifique por que se carece del mismo pese a haber renunciado

⁴⁰ La práctica diaria constata como el cliente *US Person* (aquel que se declara y reconoce contribuyente estadounidense) se siente más cómodo firmando un modelo W al tratarse no solo de un formulario redactado en inglés (existe una versión oficial en castellano) sino encontrarse familiarizado con el mismo por tratarse de un documento habitual del IRS.

⁴¹ CECA: Confederación Española de Cajas de Ahorro. AEB: Asociación Española de la Banca.

⁴² Por motivos de protección de datos y confidencialidad no es posible aportar en este trabajo actas y contenidos directos de estas reuniones sectoriales mensuales que comenzaron a finales en 2013; no obstante, podemos trasladar parte de su esencia para conocer buena parte de la actuación de las entidades que aplican en la práctica las legislaciones FATCA y CRS en nuestro país y de la que hemos tenido el honor de formar parte.

⁴³ Caso de Boris JOHNSON, al renunciar a su ciudadanía estadounidense ante la Embajada de Estados Unidos en Londres, con el revuelo mediático consiguiente, siendo acompañado por los marines, que vigilaban la sede diplomática, a la puerta de esta, en un gesto político con alegato antiestadounidense incluido.

a la misma o bien razones por las que el titular de la cuenta no obtuvo la ciudadanía estadounidense en el nacimiento;

d) tratándose de dirección postal, domicilio o un teléfono estadounidense, una declaración de titular o un pasaporte no estadounidense son causa para descartar tales indicios;

e) para los supuestos de órdenes permanentes⁴⁴ de transferencia de fondos a cuenta abierta en EE. UU., los elementos que podrían descartar tales indicios son la declaración del titular acreditativo de no ser ciudadano estadounidense u otra prueba documental en tal sentido. La norma contiene una especialidad (apartado 4) destinada a la banca privada y sus gestores personales para los casos de cuentas de mayor valor.

f) Ante un cambio de circunstancias sobre la información o dudas sobre la veracidad de esta con relación a la cuenta y su titular, la IF española deberá recabar nueva declaración válida y en caso de no poder hacerlo la cuenta será tratada como cuenta reportable. Podría afirmarse que en este supuesto el *in dubio* no es *pro reo* (Apartado D).

El Anexo II del Acuerdo FATCA entre EE. UU. y España tiene una estructura simple y concisa: tres apartados.

El I se destina a definir los beneficiarios efectivos exentos, es decir, aquellas Instituciones Financieras Españolas (IFE) no obligadas por FATCA. Así resulta lógico que el Banco de España, Instituto de Crédito Oficial, el Consorcio de Compensación de Seguros, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y ciertos fondos y planes de pensiones (y ciertas mutualidades de previsión social) se vean incluidos entre las mismas⁴⁵.

El apartado III señala directamente los productos, que, por su naturaleza y temporalidad, se consideran exentos de comunicación de información, es decir, productos no reportables

⁴⁴ En un nutrido sector de la banca española tal circunstancia técnica no es posible; tan solo podían realizarse transferencias periódicas entre cuentas españolas, siendo preciso para las extranjeras (al menos las estadounidenses) repetir periódica y manualmente tales operaciones. Esto supuso descartar este indicio por numerosas Cajas de Ahorros.

⁴⁵ En un alarde propio de los neófitos conversos que acaban de descubrir su fe en FATCA, no faltó entre las IF españolas alguna, de gran tamaño y presencia internacional, que pretendía solicitar un certificado FATCA sobre su no americanidad al propio Banco de España para un “cumplimiento estricto del tenor literal de las normas” ... (*sic*).

para FATCA (aunque los suscriba un ciudadano estadounidense y rebasen los umbrales que se han mencionado en sus correspondientes apartados). Se trata de:

- 1) planes individuales de ahorro sistemático⁴⁶ y planes de previsión asegurados;
- 2) planes de previsión social empresarial;
- 3) seguros de dependencia;
- 4) cuentas cuyo titular sean los planes de pensiones del ap. I;
- 5) seguros colectivos que instrumentan compromisos de pensiones entre empresa y trabajadores según un convenio colectivo entre ambas partes.

El ap. II define las instituciones financieras cumplidoras o *deemed compliant*. Se trata de instituciones financieras españolas no obligadas a comunicar información según el Código Tributario estadounidense (Sección 1471), pero que revisten la consideración de IF extranjeras cumplidoras. Se trata de pequeñas IF con clientela local (en España pequeñas cajas rurales o de ahorros o bancos muy minoritarios y sectorizados). En resumen, nos referimos a instituciones financieras con clara vocación local y de escaso impacto en la clientela estadounidense en España.⁴⁷

2.3 El Reporting de FATCA

⁴⁶ Conocidos como PIAS, con ciertas similitudes a los planes de pensiones, aunque con menor desgravación, permiten reembolsos transcurridos ciertas fechas desde su apertura.

⁴⁷ Téngase en cuenta el contenido de esta FAQ: ¿Cómo debe interpretarse el requisito previsto en la letra b) del apartado A.1 de la sección II del Anexo II del Acuerdo respecto a las Pequeñas Instituciones financieras con clientela local?

El requisito consiste en que la institución financiera no puede tener un lugar de negocios fijo fuera de España. A estos efectos, no tiene la consideración de lugar de negocios fijo fuera de España un local fuera de España que sirva exclusivamente para funciones administrativas y que no esté anunciado a clientes. Disponible

en: https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/Ayuda/Modelos_Procedimientos_y_Servicios/Ayuda_Modelo_290/Informacion_general/Preguntas_frecuentes/Como_debe_interpretarse_el_requisito_p_revisto_en_la_letra_b_del_apartado_A_1_de_la_seccion_II_del_Anexo_II_del_Acuerdo_resp_clientela_local_.shtml

El BOE de 2 de julio de 2014⁴⁸ publica la Orden HAP/1136/ 2014 de 30 de junio que aprueba el modelo 290 como declaración FATCA. Este modelo supone la plasmación documental de los datos bancarios FATCA de los clientes.

Las disposiciones de esta Orden han de ponerse en conexión con el art.37 bis del Reglamento General de gestión e inspección tributaria (RD 1065/2007), cuando impone que las IF españolas se encuentran obligadas a determinar la residencia o, en su caso, nacionalidad de las personas que ostentan la titularidad o control de estas. Este nuevo art. 37 bis fue introducido por el RD 410/2014 de 6 de junio.

El texto se compone de quince artículos y un solo Anexo.

El art.1 de esta Orden señala los sujetos obligados,⁴⁹ y excluye de la consideración de institución financiera española obligada por FATCA a:

- a) aquellas IF del Anexo II del IGA y las gestoras de fondos de pensiones reguladas por el RD Legislativo 1/2002 de 29 de noviembre;
- b) aquellas incluidas en el art. 1.1 letra q del IGA, es decir, nos remite de nuevo a IF extranjera considerada cumplidora, a los beneficiarios efectivos exentos o a una IF extranjera exceptuada.

El art. 3 desarrolla el art. 4 del Acuerdo al catalogar las cinco obligaciones que las IF deben cumplir para la comunicación de información:

- a) identificar, según las reglas de diligencia debida, las cuentas estadounidenses de depósito, custodia, seguro con valor en efectivo, contratos de anualidades y participación en capital o deuda de determinadas entidades;
- b) por primera vez se producen menciones a la AEAT como receptora de la información financiera de clientes y, al tiempo, se actualiza el calendario que determina la consideración de cuentas nuevas y preexistentes (antes y después del 1 de julio de 2014 frente a las menciones de 2013 del Acuerdo original);

⁴⁸ BOE núm. 160 de 2 de julio de 2014.

⁴⁹ Se trata de aquellos que comentamos previamente en el art. 1.1 del IGA.

c) comunicar a la AEAT el nombre de toda IF no participante que haya efectuados pagos en 2015 y 2016 así como el importe de estos.

No se considerarán incluidos como tales:

- los salarios y retribuciones a empleados, becas, alquileres y arrendamientos financieros;
- los pagos donde la IFE intervenga de manera pasiva en su proceso de pago sin conocimiento de las causas que lo generan o sin custodia de los bienes referentes al pago;
- los pagos realizados sobre operaciones de préstamo de valores, venta con pacto de recompra, futuros, swaps, opciones o similares cuya trazabilidad no permita a la IFE identificar directamente si proceden de fuente estadounidense. Es considerable, en un entorno financiero internacional, la facilidad que esta exclusión supone para la banca española, dada la complejidad de estos productos en su concepción e interpretación;

d) la penúltima de las obligaciones para las IFE es el registro ante la autoridad tributaria estadounidense (IRS) (curiosamente un paso previo a intervenir en FATCA y por ello debería ser la primera de las obligaciones cronológicamente). El fruto de este registro es la obtención de un número global identificador para el entorno FATCA, el GIIN o *Global Intermediary Identification Number*.⁵⁰

⁵⁰ El registro al que hace referencia el apartado d) del artículo 3 de la Orden se realizará por medios telemáticos en la página web que el IRS ha creado a tal efecto (<https://sa.www4.irs.gov/fatca-rup/>).

El registro, al igual que el resto de las obligaciones del artículo 4 del Acuerdo, es obligatorio con carácter general para todas aquellas entidades que tienen la consideración de institución financiera (IF) española obligada a comunicar información. No estarán obligadas a registrarse las entidades identificadas en el anexo II del Acuerdo, por ejemplo, los fondos de pensiones, así como las instituciones de inversión colectiva que cumplan los requisitos previstos en el mismo.

En cuanto al plazo límite para efectuar el registro y obtener el correspondiente *Global Intermediary Identification Number* (GIIN), si bien con carácter general las IF deben proporcionar dicho GIIN para evitar la retención sobre los pagos efectuados desde el 1 de julio de 2014, dicha fecha límite se extiende hasta el 1 de enero de 2015 para las IF de un país con el que EE. UU. haya firmado un Acuerdo FATCA modelo 1, como es el caso de España.

http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/Ayuda/Modelos_Procedimientos_y_Servicios/Ayuda_Modelo_290/Informacion_general/Preguntas_frecuentes/_Como_se_cumple_con_la_obligacion_de_registro_Cual_es_el_plazo_limite_para_que_las_instituciones_financieras_espanolas_se_registren_.shtml

Por otra parte, se plasma la posibilidad de acudir a definiciones no previstas, pero si coherentes con definiciones del Tesoro estadounidense. Esta opción es importante ya que, en bastantes casos no solo no hay similitudes jurídicas entre figuras sino incluso desconexión entre las mismas. El procedimiento para su validación puede ser un pronunciamiento legislativo expreso o la publicación de preguntas y respuestas (FAQ) en la web de la AEAT. Así estas normas de *soft law* ganan peso por su operatividad.

Por su parte, el art.7 de la Orden consagra la validez de las pruebas documentales obtenidas por canales electrónicos e incluso telefónicos siempre que se pueda acreditar contenido, fecha y titularidad del cliente. En el caso del canal telefónico nos muestra un elemento innovador al que nunca se había dado validez probatoria en el ámbito tributario. Para los casos en los que se produzca única residencia fiscal en España bastará con una declaración (“confirmación verbal”) ante la IF sobre tales circunstancias, siempre que no existan indicios de vinculación con EE. UU.

El aspecto de mayor interés radica en el punto 2 al enumerar la información mínima que debe reunir una declaración de titular de cuenta⁵¹:

- a) nombre completo o razón social;
- b) dirección completa del domicilio;
- c) país (es) / jurisdicción (es) de residencia fiscal;
- d) número de identificador fiscal en cada país (caso de haberlo);
- e) ciudadanía (que no siempre coincide con la nacionalidad).

De todos estos datos son precisamente la ciudadanía y la residencia los menos tratados, y a los que se habían prestado menos atención por parte de los operadores financieros españoles. Estamos, por lo tanto, ante conceptos clave para conocer y aplicar la legislación correctamente, y de manera especial en las cuentas de nueva apertura. Como hemos señalado, la Ley concede mayor plazo para recopilar la información de clientes ya existentes en las bases de datos de las IFE. Como ayuda se dan por válidos ante las

⁵¹ Se trata de datos esenciales (conectados con los derechos fundamentales del ciudadano) del cliente bancario que la regulación europea de protección de datos protege tras la promulgación del RGPD UE 2016/679.

autoridades españolas los modelos W-8 y W-9 propios de la administración estadounidense.⁵²

Toda la documentación (pruebas, declaraciones y demás información) debe quedar a disposición de la administración tributaria, estableciéndose un régimen de validez documental diverso:

- a) las declaraciones de titular tendrán validez indefinida;
- b) las pruebas documentales emitidas por un organismo público del Estado, las que no sean renovables y las facilitadas por IF no obligadas a comunicar información, tendrán validez indefinida;
- c) el resto de las pruebas documentales tendrán validez general de tres años salvo caducidad posterior señalada en las mismas.

Un cambio de circunstancias determinará la invalidez de cualquiera de estos tres supuestos.

El art.13 aprueba la periodicidad anual del modelo 290, estableciendo un plazo entre el 1 de enero y 31 de marzo de cada ejercicio para el envío de este en el formato electrónico correspondiente (en lenguaje XML, como CRS), garantizando la calidad y seguridad (encriptación y uso de certificado de AEAT sobre la persona que lo remite) del envío.

El Anexo original fue sustituido por la Disposición Final Quinta de la Orden HAP/2783/2015 de 21 de diciembre que aprueba el modelo 151 sobre la Declaración de la renta de las Personas Físicas y modifica la Orden HAP/1136/2014 de 30 de junio sobre FATCA y el modelo 290.⁵³

⁵² El modelo W-9 se usa cuando una persona es ciudadana o extranjera residente en EE. UU. o cuando una sociedad colectiva o anónima está creada u organizada en EE. UU. o conforme a leyes estadounidenses; los caudales relictos (no extranjeros) y los fideicomisos estadounidenses completan los casos que han de firmar el citado modelo. El modelo W8-IMY se utiliza con carácter general por parte de las entidades que actúan como intermediarios por cuenta de clientes, es decir, que no son los beneficiarios finales de la inversión, sino que actúan por cuenta de algún cliente titular de la misma; su utilización es habitual en España dentro del ámbito de la custodia de valores estadounidenses y específicamente en el contexto de intermediarios financieros que aplican el régimen QI. El W-8BEN-E es un autocertificado para personas jurídicas.

⁵³ BOE núm. 306 de 23 de diciembre de 2015: Orden HAP/2783/2015, de 21 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 151 de declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para contribuyentes del régimen especial aplicable a los trabajadores desplazados a territorio español, así como el modelo 149 de comunicación para el ejercicio de la opción por tributar por dicho régimen, y se modifican la Orden HAP/1136/2014, de 30 de junio, por la que se regulan determinadas cuestiones relacionadas con las obligaciones de información y diligencia debida establecidas en el acuerdo entre el Reino de España y

El Anexo contiene cuatro partes bien diferenciadas con un total de veintisiete datos que podemos sintetizar de la siguiente manera:

La primera está dirigida a la IF (datos 1 a 7) obligada a presentar la declaración para que conozca los datos propios que debe incluir en las pestañas que el modelo ha dibujado; Se trata de datos identificativos que, sin ser exhaustivos, incluyen NIF, GIIN, dirección, país de residencia, año de *reporting*, indicación de declaración complementaria o sustitutiva sobre una primera, y en caso de actuar como en calidad de *sponsoring entity* informar datos tanto de la entidad *sponsoring* como la *sponsored entity*.

La segunda parte (datos 8 a 11) son atinentes a la información sobre la cuenta financiera, en sí misma, que se halla sujeta a comunicación. Los datos más significativos incluyen:

- el número de la cuenta (IBAN, ISIN o número de contrato de seguro o cualquier código identificativo usado por la institución financiera);
- el saldo al final del año natural o periodo de referencia o en el momento previo a la cancelación;
- la moneda en que se encuentre.

Para los casos de cuentas de custodia y de depósito ha de informarse separadamente el total de intereses brutos pagados o “debidos” (art. 2.2 a), 6 del IGA) en concepto de intereses, dividendos u otros conceptos relacionados.

La tercera parte (datos 12 a 25) glosa aspectos sobre el titular de la cuenta financiera incluyendo datos identificativos como el TIN para las personas físicas y el EIN (*Employer Identification Number*) para las personas jurídicas o entidades. Al mismo tiempo se exigen: nombre y apellidos, dirección, fecha de nacimiento⁵⁴ y el país de residencia “con

los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la aplicación de la ley estadounidense de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras y se aprueba la declaración informativa anual de cuentas financieras de determinadas personas estadounidenses, modelo 290, y otra normativa tributaria.

⁵⁴ En los inicios de FATCA la fecha de nacimiento sustituía al TIN cuando este no encontraba disponible; posteriormente como hemos señalado, la legislación española (Disposición 22ª de la LGT, Apartado 8) exige el TIN a todo cliente desde 2016. El punto 13 de este Anexo señala al art. 3.4 de IGA cuando se refiere a cuentas preexistentes; por lo tanto nos parece incorrecta la interpretación que parte del sector bancario español dio en su día a este punto al completar con fechas de nacimiento a requerimientos del IRS sobre clientes nuevos en el primer *Reporting* enviado en 2015; tales cuentas se referían necesariamente a clientes nuevos (aquellos que habían abierto cuenta desde el 1 de julio de 2014 reservándose para este art. 3.4 solo para los casos restantes. La cuestión hubo de requerir la publicación de una FAQ por parte de la AEAT, a instancias de la CECA, que aseguraba que si transcurrido el plazo de 60 días desde el 1 de enero

carácter opcional”; no obstante, para las IFE no es opcional ya que deben cumplir simultáneamente con CRS y este dato es crucial en tal sentido.⁵⁵

La cuarta y última parte (datos 26 y 27) vienen a arrojar luz sobre el difícilmente aprehensible concepto de las IF no participantes y su régimen transitorio de 2015 y 2016. Así aquellas instituciones financieras que han declarado pagos a IF no participantes (como podría ser el caso de bancos españoles que hubiesen realizado pagos a bancos venezolanos) deberán informar en el *reporting* del modelo 290 el nombre de la IF no participante y el importe anual de los pagos realizados. En consecuencia, no se trata de conocer la identidad de las personas sino de las instituciones financieras para tratar de aislarlas en el concierto internacional.

Adicionalmente a lo ya expuesto, las IFE tienen que nombrar un responsable (*Responsible Officer*) FATCA para coordinar el adecuado cumplimiento de este corpus legislativo y servir como único interlocutor válido de la institución financiera ante el IRS. La persona designada ha de ostentar autoridad suficiente para supervisar el programa de cumplimiento FATCA de la IF sobre la que después habrá de certificar.⁵⁶

Otras funciones, perfiladas en la Guía de Registro emitida por el IRS,⁵⁷ incluyen:

- a) recepción de comunicaciones del IRS (y AEAT) y requerimientos de más información;
- b) facultad de establecer la clasificación y estatus FATCA de su IF y su grupo;
- c) designar los Puntos de contacto (*Points of Contact, POC*) de cada empresa del Grupo Afiliado y autorizar a los mismos a actuar ante el IRS;

de 2016, no se aportará el TIN del titular “antes del plazo de presentación del modelo 290, puede cumplimentarlo con ceros y consignando los datos personales del titular con independencia del bloqueo de la cuenta. En el momento en que se disponga de la mencionada información se debe proceder a la modificación de la información presentada”.

⁵⁵ Téngase en cuenta el contenido de la FAQ número 22 que asevera la posible inclusión de la fecha de nacimiento solo para cuentas preexistentes y caso de que conste en la base de datos de la IFE; en caso contrario, los campos podrán quedar vacíos. Así mismo, conectamos esto con la FAQ 35 cuando asegura que la obligación de información sobre cuenta preexistente debe mantenerse, aunque no se disponga del TIN correspondiente de su titular.

⁵⁶ Véase Sección 1 1471-1b (108) de las *US Regulations* al respecto.

⁵⁷ Guía de Registro FATCA, versión noviembre 2015: <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p5118.pdf>

- d) ser el POC de la IF;
- e) cumplimentar y firmar el formulario de registro ante el IRS.

Las tareas encomendadas a la unidad FATCA, al frente de la cual se sitúa el responsable, incluyen la verificación de la correcta implantación de las soluciones desarrolladas, así como garantizar la adecuada incorporación de las obligaciones FATCA a los procedimientos operativos internos de la institución financiera.

El modelo de certificación se inspira en los modelos de responsabilidad piramidal aplicados por el organismo regulador de los mercados de valores estadounidense, la *Securities and Exchange Commission (SEC)*. La primera certificación trata de asegurar que ningún empleado de la IF en cuestión ha revelado información alguna a clientes tendente a la elusión de FATCA. El periodo incluido en esta certificación abarca desde el 6 de agosto de 2011 hasta la fecha efectiva del acuerdo FATCA.⁵⁸ Para lograr este objetivo, las IF publicaron circulares internas informando de tales instrucciones a sus empleados y en otros casos se les ha remitido la información por medios telemáticos, dejando constancia del envío como salvaguarda del cumplimiento. Una posterior certificación garantizaba la completa revisión de todas las cuentas preexistentes de mayor valor de la IF. Una tercera certificación garantizaba que la IF había completado los procesos de identificación y documentación para todas las cuentas preexistentes, no habiéndose ocultado ninguna información en el proceso. Las citadas certificaciones deben renovarse cada tres años.

3. CRS: La evolución

El entendimiento de la regulación CRS debe observarse como un estándar que propone a las jurisdicciones la adopción de un enfoque flexible a sus circunstancias particulares. Reconociendo el valor pionero de FATCA, la construcción del modelo CRS persigue un ahorro de costes y una maximización de la eficiencia por el *know how*, así como la experiencia en la implantación, resolución de problemas técnicos y uso compartido de herramientas informáticas. De igual manera, se recuerda el notable apoyo proporcionado por el G20 y la cercana cooperación ofrecida por la UE de cara al resultado final.

⁵⁸ En el caso español nos guiamos por la publicación en el BOE de julio de 2014. En nuestra opinión, resulta más adecuado guiarse por esta fecha de publicación ya que, además de abarcar un lapso mayor de tiempo, se ajusta más a la versión definitiva y su desarrollo.

En su afán por reutilizar información sobre los clientes de las instituciones financieras se permite, yendo más allá del literal de los IGAs FATCA, utilizar procedimientos estandarizados de codificación de cuentas y significativamente para las preexistentes de entidad; en el principio de CRS, este criterio supuso un notable alivio para el sector financiero dado que podía así catalogar a personas jurídicas con los sistemas y herramientas usados hasta el momento, tal y como permite la normativa europea. En términos prácticos, la codificación sobre el sector de actividad (en España, CNAE) de una empresa presupone la misma para CRS con lo que buena parte del trabajo está hecho y tan solo ha de ser revisado y, en su caso, informado a las autoridades tributarias. Esta misma actuación se hace extensible a las cuentas preexistentes que, previamente, han superado los procedimientos sobre conocimiento de clientes y de prevención del blanqueo de capitales.

Como elemento de consulta y resolución de problemas técnicos en la implantación ha de citarse, dentro del Portal de la OCDE sobre intercambio automático de información, el Manual para la implementación del CRS (*the CRS Implementation Handbook*, agosto de 2015 ⁵⁹ y actualización de 2018).

Las diferencias más notables entre FATCA y CRS a la luz de sus respectivas legislaciones pueden condensarse en los siguientes puntos:

1. con CRS la aplicación de las normas de diligencia debida para cuentas nuevas es extensible a las cuentas preexistentes y los procedimientos de cuentas de mayor valor a las de menor valor. FATCA, en su modelo de IGA 1 no concretaba esta opción, tan solo la esbozaba. Es importante dado el esfuerzo y la magnitud de clientes que deben ser tratados en una y otra iniciativa;
2. el Estándar de la OCDE no permite usar los umbrales de 50.000 dólares para cuentas preexistentes de persona física frente a la prerrogativa que si otorgaba FATCA. Idéntica circunstancia es predicable de los 250.000 dólares para contratos de seguro en efectivo y de anualidad;

⁵⁹ En abril de 2018 se publicó una segunda edición, que glosamos en este epígrafe. <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/implementation-handbook-standard-for-automatic-exchange-of-financial-information-in-tax-matters.pdf>

3. en CRS la búsqueda por indicios no es posible para cuentas nuevas (auto declaración del cliente); por tanto, a sensu contrario, caben los indicios para cuentas preexistentes. FATCA determina todas las cuentas nuevas deben ser documentadas con autodeclaración;

4. bajo CRS las instituciones financieras tienen que obtener la fecha de nacimiento del cliente en el proceso de apertura de cuentas nuevas como parte de la autodeclaración. Se trata de uno de los núcleos que permite a las jurisdicciones comprobar documentación de los clientes/contribuyentes. Por su parte, FATCA no exige esto. Una solución aplicable para entidades cumplidoras FATCA puede consistir en añadir a la información a recopilar este dato tanto para clientes FATCA (no exigible) como para clientes sujetos a CRS;

5. bajo CRS una cuenta preexistente de persona jurídica o entidad se convierte en reportable si el saldo agregado o valor supera los 250.000 dólares o su contravalor; bajo el IGA 1 de FATCA, una entidad con saldos agregados de 250.000 o menos no es requerida para reportar información hasta que el valor o saldo supere 1.000.000 de dólares o contravalor en un ejercicio posterior. La diferencia es, por tanto, para cuentas previas que alcanzan posteriormente un saldo. Resulta obvio que la solución CRS simplifica bastante la labor y no excluye la detección ni el cumplimiento de FATCA. Este caso nos anticipa una de las conclusiones substanciales de nuestro planteamiento: CRS no solo completa y simplifica a FATCA, sino que profundiza y detalla numerosas instituciones jurídicas contenidas por la codificación de origen estadounidense. Sus soluciones son de mayor amplitud y parece haber perfeccionado objetivos y métodos, buscando una versión potente y de conjunto.

6. por su multilateralidad, CRS, en casos de doble o múltiple residencia del titular de una cuenta o producto, establece sobre las bases de la diligencia debida que la información debe ser intercambiada (entre las administraciones tributarias) con todas las jurisdicciones que sean halladas a los efectos de la residencia fiscal del cliente. Esta regla no existe en el entorno FATCA dado su cariz bilateral.

7. CRS permite el *reporting* del saldo de las cuentas sobre saldos medios mensuales o de final de mes frente a la opción de considerar tan solo cifras de fin de año. Este sistema dificulta el fraude (p. ej. eliminando saldo un día antes de fin de año) ya que se ajusta más a la realidad al aportar una imagen más fiel del cliente. Este método es aplicado por gran

parte de la banca española ya que dispone de herramientas informáticas para gestionar las posiciones globales del cliente;

8. sobre la validez de las pruebas documentales referentes al estatus del cliente, introduce CRS un periodo de cinco años mientras que FATCA sostiene validez ilimitada hasta que se produzca un cambio de circunstancias a partir del cual el cliente debe comunicar a la IF su contenido. Entendemos que la regla de los cinco años complica notablemente la labor de las IF que no solo tienen que volver a contactar y comprobar datos con los clientes, sino que tendrán que instalar sistemas de alarmas para la detección de la caducidad exigida por esta norma. Afortunadamente, este aspecto no ha sido seguido por el legislador español, que optó por la solución FATCA;

9. una de las grandes innovaciones presentadas en el Manual consiste en que CRS admite la auto certificación o la afirmación verbales de la misma. Los mecanismos son diversos, desde una grabación de voz a una huella; se busca que la IF pueda demostrar fehacientemente una actuación conforme al estándar, incluso a los efectos de auditorías posteriores. FATCA no contiene esta posibilidad, fiándolo todo a la declaración escrita del cliente.

4. El marco normativo común de FATCA y CRS en España

Hasta el momento hemos analizado las normas internacionales y españolas que inciden exclusivamente bien sobre FATCA o bien sobre CRS. No obstante, el legislador español ha promulgado un marco normativo que desarrolla estas legislaciones.

En España se aprueba el **RD 1021/2015**⁶⁰ que fija reglamentariamente la obligación de las instituciones financieras de identificar la residencia fiscal de personas que ostenten la titularidad o el control de cuentas financieras, así como la obligación de informar acerca de las mismas en el ámbito de la asistencia mutua. El mecanismo exige la identificación de la residencia de las personas que ostenten la titularidad o control de las cuentas financieras y posteriormente el suministro de la información a la AEAT, quién de manera posterior y automática, la intercambia con el país de residencia fiscal de los titulares de las cuentas. El mencionado Real Decreto se estructura en cinco artículos, tres disposiciones adicionales, una transitoria, cinco disposiciones finales y un anexo con las

⁶⁰ BOE núm. 275 de 17 de noviembre de 2015.

normas y procedimientos de diligencia debida para su aplicación por las instituciones financieras respecto a las cuentas financieras abiertas, distinguiéndose entre cuentas nuevas y preexistentes tanto de personas físicas como de entidades.

El art. 1 establece el objeto del Real Decreto, alineando el mismo con lo dispuesto en la Directiva 2011/16/UE, modificada por la Directiva 2014/107/UE del Consejo de 9 de diciembre de 2014⁶¹, respecto a la obligatoriedad del intercambio automático de información tributaria así como el Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes firmado en Berlín el 29 de octubre de 2014, el art. 29 bis de la LGT (obligaciones tributarias en el marco de la asistencia mutua) así como la Disposición Adicional vigésimo segunda de la LGT reformada por la Ley 34/2015 y por la Ley 11/2021.

El art.3 regula la primera de las dos grandes obligaciones contenidas en esta codificación, cual es la obligación de identificar la residencia fiscal de las personas con titularidad o control de cuentas financieras, siendo esta obligación un punto clave sobre el que se sustenta el sistema de intercambio de información. Nótese que se trata de identificar la residencia fiscal de todas las personas (independientemente de donde residan) para después comunicar tan solo ciertos casos recogidos en el art. 4. Este enfoque amplio o *wider approach* proviene de los Comentarios de CRS y persigue, entre otros, un ahorro de costes para la industria financiera.

El art. 4 determina la segunda gran obligación: la de informar.

Esto se lleva a término concretando a quién se aplica la obligación de identificar la residencia fiscal, acotando a aquellos que:

- a) residan fiscalmente en otros Estados de la UE;
- b) otro país o jurisdicción firmante del Acuerdo Multilateral con el que exista reciprocidad en el intercambio de información;
- c) cualquier país o jurisdicción con quien España haya celebrado acuerdo al respecto en régimen de reciprocidad en el intercambio.

⁶¹ Respecto a la incardinación de las Directivas europeas sobre intercambio puede consultarse nuestro trabajo “Las Directivas de la Unión Europea sobre el intercambio automático de información tributaria contra el fraude fiscal: una revolución silente”, en Revista General de Derecho Europeo, núm. 54, Ed. Iustel, mayo de 2021.

Para evitar confusiones, el ministro de Hacienda emitirá anualmente una orden que determina los países y territorios que se encuentren en cualquiera de los supuestos anteriores. De conformidad con el Real Decreto 366/2021⁶² de 25 de mayo se añade un último y significativo párrafo a este art. 4 que recuerda a las instituciones financieras su obligación de presentar declaraciones informativas pese a que, tras la aplicación de las medidas de diligencia debida, concluyan que no existen cuentas sujetas, es decir, se deberá comunicar a la AEAT incluso la no existencia de estas.

A mayor abundamiento, el punto 3 del apartado D de la Sección VIII del Anexo completa el concepto de persona residente fiscal en otro país o jurisdicción como la persona física o entidad que reside en ese país o jurisdicción conforme a su legislación tributaria o al caudal relicto de un causante residente en ese país o jurisdicción. Además, si una entidad carece de residencia fiscal será tratada como residente en el país o jurisdicción en que este situado su lugar de administración efectiva. Esta idea eficaz en apariencia, aunque algo expeditiva, no lo es tanto ya que pueden surgir dudas a la hora de confirmar la administración efectiva, es decir, desde donde se maneja habitualmente el negocio, se toman las decisiones y se realizan los pagos y cobros.

El art. 5 determina el contenido de la información a suministrar.

Su contenido es este:

- a) nombre y apellidos o razón social, domicilio y NIF de las personas sujetas a información. Para las personas físicas es obligatorio el lugar y fecha de nacimiento. Es curioso comprobar que el término “NIF “es propio de España con lo que entendemos que la norma pretende señalar al número de identificación fiscal del cliente, no en España sino en su país de origen (el *Tax Identification Number, TIN*);
- b) número de cuenta;
- c) nombre y NIF de la entidad financiera donde ubica sus cuentas el cliente;

⁶² Real Decreto 366/2021 de 25 de mayo por el que se desarrolla el procedimiento de presentación e ingreso de las autoliquidaciones del Impuesto sobre Transacciones Financieras y se modifican otras normas tributarias. BOE núm. 125 de 26 de mayo de 2021

- d) saldo o valor a final de año natural considerado expresando la moneda correspondiente. Para el caso del contrato de seguro con valor en efectivo o anualidades se tomará el valor en efectivo o valor de rescate;⁶³
- e) para las cuentas de custodia importes brutos totales en concepto de intereses, dividendos u otras rentas generadas en el año natural, así como ingresos brutos totales derivados de la venta o amortización de activos financieros pagados o anotados en cuenta durante el año natural por el custodio de la cuenta;
- f) en el caso de cuentas de depósitos, el importe bruto total de intereses pagados o anotados en cuenta;
- g) cláusula genérica para cuentas no contempladas en las letras e y f: importe bruto pagado incluidas amortizaciones efectuadas al titular de la cuenta en el año natural.

Las excepciones se recogen en el art.5.2 y se refieren a cuentas preexistentes y la no obligatoriedad de comunicar el NIF ni la fecha de nacimiento si el NIF o la fecha de nacimiento no se encuentran los registros o bases de datos de la entidad financiera, si bien se pide que la entidad financiera obtenga el NIF y la fecha de nacimiento a más tardar al final del segundo año natural siguiente al año en que se haya identificado tales cuentas como sujetas a información. Tampoco será obligatorio comunicar el NIF si la jurisdicción o país no lo expide (por ej. las Islas Caimán).

La Disposición Adicional primera transpone a nuestro Derecho la Directiva europea 2011/16 UE,⁶⁴ con su reforma en 2014. Las normas del Real Decreto han de interpretarse, según la Disposición Adicional (D.A.) segunda, conforme a los Comentarios de la OCDE al Modelo de Acuerdo para la Autoridad Competente y al Estándar común de comunicación de la información. Dado el valor aclaratorio de esta legislación complementaria resulta, a nuestro juicio, criticable que no esté disponible gratuitamente ya que solo mediante suscripción onerosa es posible su consulta. La D.A. tercera exigía a todas las entidades financieras españolas o con actividad en España obtener el *TIN*

⁶³ El sector bancario solicitó aclaración a través de sus patronales CECA y AEB sobre el saldo a informar en caso de cancelación antes de fin de año lo que pone en contexto el sentido aclaratorio del último párrafo de esta letra d) que determina la comunicación de la cancelación de esta, es decir, el saldo previo a la cancelación de la cuenta en cuestión.

⁶⁴ Directiva 2011/16/UE del Consejo de 15 de febrero de 2011 relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/99/CEE. DO nº L 64 de 11 de marzo 2011.

estadounidense durante el año 2017 indicado para todas las personas que ostentasen la titularidad o control de cuentas financieras.

Por primera vez aparece el término “Declaración del Titular” (DRF), admisible en cualquier formato, para acreditar la residencia. De forma innovadora se opta por dar, quizás por influjo anglosajón de la norma, libertad a particulares y entidades al configurar esa declaración, que en todo caso deberá contener la siguiente información:

- a) nombre completo o razón social;
- b) dirección completa del domicilio;
- c) país (es) o Jurisdicción (es) de residencia fiscal;
- d) número de identificación fiscal del país de residencia fiscal;
- e) fecha de nacimiento.

La declaración debe incluir una mención por la que el titular asume el compromiso de comunicar cualquier cambio de circunstancias, teniendo validez indefinida mientras tal cambio no se produzca.

La norma permite optar a la entidad financiera por utilizar el domicilio de la persona física que se tenga en los archivos documentales de la IF o aplicar en revisión electrónica seis indicios:

- a) identificación del titular de la cuenta como residente en otro país o jurisdicción;
- b) dirección postal o domicilio actual o apartado de correos en otro país o jurisdicción;
- c) número (s) de teléfono en otro país o ningún número en España (muchas entidades y clientes optan no declarar ninguno lo que en este caso desvirtúa el indicio ya que estarían dentro del mismo por el mero hecho de no declarar un teléfono);
- d) órdenes permanentes de transferencia de fondos, salvo relativas a cuenta de depósito, a cuenta abierta en otro país o jurisdicción; En numerosas entidades españolas no es técnicamente posible grabar periódicamente la transferencia internacional con lo que esa “permanencia” mencionada queda siempre fuera del ámbito posible;

- e) poder notarial de representación vigente o autorización de firma a favor de persona domiciliada en otro país o jurisdicción;
- f) instrucciones para retener correspondencia o dirección de recepción en otro país o jurisdicción si la institución financiera no tiene otra dirección en sus archivos para ese titular.

En caso de que tras la búsqueda electrónica no aparezcan los indicios citados no habrá que realizar ninguna otra comprobación sobre el cliente salvo cambio de circunstancias o que la cuenta se convierta en cuenta de mayor valor.

La Sección IV está íntegramente dedicada a las cuentas nuevas de persona física. Para estos casos el momento de apertura de la cuenta es crucial, siendo necesario obtener una declaración del titular y verificar su razonabilidad con toda la información que la institución dispone incluida la procedente de la normativa contra el blanqueo de capitales. La institución financiera ha de recabar una nueva declaración en caso de cambio de circunstancias del cliente, así como si consta que la misma no sea fiable o incorrecta.

Para la determinación de la residencia fiscal de una persona jurídica o entidad puede emplearse la información de fines reguladores, la recopilada por la normativa contra el blanqueo de capitales o la obtenida del conocimiento del cliente. Radica aquí la esencia de la banca tradicional, que presume de conocer a su cliente y que tiene que conocer legalmente, en la medida de lo posible, las circunstancias personales y económicas del mismo.

La letra C contiene, a nuestro juicio, los aspectos de mayor utilidad para la gestión de las cuentas por las instituciones financieras; así en el caso de las personas físicas se permite, a semejanza de la legislación FATCA, agrupar al cliente y todos sus productos abiertos tanto la matriz como resto de entidades del grupo siempre que esa información esté informatizada y agrupe la información utilizando el NIF o algún otro.

Las instituciones financieras que, estando sujetas a la normativa, no tienen obligación de comunicar información son según este texto:

- a) los bancos centrales, las organizaciones internacionales o entidades estatales (incluidas subdivisiones políticas como comunidades autónomas, estados federales, municipios, entidades controladas, etc.;

- b) los fondos de pensiones de amplia participación privada o de una entidad estatal;
- c) los instrumentos de inversión colectiva exentos. Se trata de una entidad de inversión siempre que la titularidad de todos los intereses corresponda o se ejerza por una sociedad de capital social regulado en uno o varios mercados de valores reconocidos o entidad estatal o bien una organización internacional o un banco central;
- d) las entidades descritas en el Anexo I (B.1.e, Sección VIII) de las Directivas 2011/16/UE, modificada por la Directiva 2014/107/UE dedicadas al intercambio automático de información.

La letra C adopta el concepto de cuenta financiera. Es vital comprender los datos que debe obtenerse de los clientes que vamos a informar. Nos referimos a toda aquella cuenta abierta en una IF que comprende la cuenta de depósito, las de custodia, así como las participaciones de capital o de deuda en el caso de entidades de inversión. Habrá que añadir los contratos de seguro con valor en efectivo y los de anualidades ofrecidos por la institución financiera diferentes de rentas vitalicias, inmediatas, intransferibles y no ligadas a inversión de persona física que se traduzcan en pensiones o prestaciones por incapacidad. La compleja definición de los subepígrafes anteriores (a, b y c) podría resumirse, y así lo ha entendido el sector bancario, como el deber de la banca de revisar e informar en su caso todos los productos de “pasivo” de cliente, todos aquellos saldos, ahorros e inversión que el cliente dispone para invertir por lo cual parece lógico dejar al margen pensiones, seguros e indemnizaciones (ahorro para futuro) que poco tienen que ver con una capacidad de defraudar. Se manifiesta de nuevo el conocimiento del cliente para decidir qué productos son objeto de análisis e información. Si el cliente lleva años ahorrando e invirtiendo en un producto de jubilación parece lógico pensar que no reúne un perfil defraudador. Por tanto, las cuentas corrientes, libretas, depósitos, deuda, valores, participaciones en fondos de inversión, contrato de seguro donde el emisor paga un importe en caso de que se materialice la contingencia de fallecimiento, enfermedad, accidente, responsabilidad o riesgo patrimonial. Las rentas vitalicias y temporales se encuentran incluidas aquí. Pensamos que esta regulación tan completa y detallada del campo asegurador es una mejora introducida por la legislación CRS frente a FATCA, que en este punto se muestra menos ambiciosa y profunda. En nuestra opinión, y salvo casos muy excepcionales, la amplia mayoría del sector asegurador gravita bajo los parámetros de esta normativa.

Para concluir, la Sección IX aporta tres normas adicionales:

- 1) el cambio de circunstancias es aquel que da lugar a incluir nueva información relevante sobre la condición de una persona o que no concuerde con la asignada. La modificación de la información existente también se considera cambio (nuevos titulares, cambio de titulares, nuevo domicilio, etc.). En estos casos la institución financiera deberá obtener, a más tardar en el último día del año natural o en noventa días naturales después de la notificación o descubrimiento de ese cambio de circunstancias, una nueva declaración de residencia fiscal con sus pruebas consiguientes;
- 2) se nos recuerda que para determinar los conceptos de residencia y sucursal se aplica la Ley del Impuesto de Sociedades (LIS) 27/2014 así como el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (RDL 5/2004); el criterio se sintetiza en que el lugar de constitución o supervisión financiera (España), implica que queden obligadas a comunicar información;
- 3) las cuentas inactivas son aquellas en las que su titular no ha realizado operaciones durante los tres años anteriores ni ese titular ha tenido contacto con la IF durante los seis años anteriores y la cuenta ha sido tratada como inactiva según los procedimientos habituales de la institución financiera.

El marco normativo español de FATCA y CRS se completa con la **Disposición Adicional vigesimosegunda de la Ley 34/2015 de 21 de septiembre**⁶⁵ que reforma la Ley General Tributaria. A través de esta se incorporan nuevas obligaciones (información y diligencia debida sobre cuentas financieras en el ámbito de la asistencia mutua y se establece un régimen sancionador específico. El texto contextualiza la identificación de la residencia de las personas con titularidad o control de ciertas cuentas financieras con las Directivas

⁶⁵ BOE núm. 227 de 22 de septiembre de 2015.

2011/16/UE y 2014/107/UE, así como el mencionado Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes.⁶⁶

El punto 3 diferencia dos tipos de infracción tributaria:

a) infracción de las instituciones financieras por no identificar la residencia de las personas que ostentan titularidad o control de cuentas financieras siempre que el incumplimiento no determine el incumplimiento de la obligación de suministro de información de esas cuentas. Para estos casos la conducta se considera grave y se sanciona con multa fija de 200 euros por cada persona que no haya sido informada.

Si consideramos que la base de datos de una institución financiera está compuesta por cientos de miles de clientes y extrapolamos los clientes afectados por el intercambio automático de datos CRS, el panorama es complejo para aquellas instituciones financieras que no tomen en serio el asunto. Nuestra recomendación consiste en invertir en medios, sistemas y asesoramiento para implantar el conjunto normativo, evitando estas sanciones económicas junto a los riesgos reputacionales implícitos.

b) infracción de las personas que comuniquen a la IF datos falsos, incompletos o inexactos en relación con las declaraciones exigibles para identificar su residencia fiscal siempre que se derive de esa actuación una incorrecta identificación al respecto. Esta infracción, considerada igualmente grave, se sanciona con multa fija de 300 euros.

El punto 6⁶⁷ recuerda que las instituciones financieras deben conservar por un periodo no inferior a cinco años las pruebas documentales del cliente que acrediten la titularidad o el control de las cuentas financieras.

El marco normativo de CRS incluye la redacción que el **Real Decreto 410/2014** de junio daba al art. 37 bis del Real Decreto 1065/2007 de 27 de julio, que aprobaba el Reglamento General de actuaciones y procedimientos de gestión e inspección tributaria y desarrollo

⁶⁶ Nótese que el Acuerdo Multilateral de Berlín se firmó el 29 de octubre de 2014 y posteriormente el 9 de diciembre 2014 se aprobó la Directiva 2014/107/UE que amplía el ámbito de información de los Estados miembros, alineándose sus obligaciones con respecto al CRS.

⁶⁷ Disposición Adicional 22ª, ap.6 LGT: 6. Las pruebas documentales, las declaraciones que resulten exigibles a las personas que ostenten la titularidad o el control de las cuentas financieras y demás información utilizada en cumplimiento de las obligaciones de información y de diligencia debida a que se refiere esta disposición adicional deberán estar a disposición de la Administración Tributaria hasta la finalización del quinto año siguiente a aquel en el que se deba suministrar la información respecto de las citadas cuentas, según el tenor del art. 13.28 de la Ley 11/2021 de 9 de julio.

de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos. En su párrafo tercero este RD 410/2014⁶⁸ menciona la necesidad de adaptar la normativa sobre asistencia mutua a los proyectos en desarrollo de intercambio automático de información basados en un sistema global y estandarizado de prevención y lucha contra el fraude fiscal. Efectivamente, el artículo segundo de este Real Decreto introduce una nueva redacción en el Reglamento de Gestión Tributaria: el art. 37 bis con cinco apartados. El primer punto recuerda a todas las instituciones financieras su obligación de presentar una declaración informativa sobre cuentas financieras abiertas que estén dentro de los perfiles del intercambio automático tributario. Reiteramos que es precisamente el identificador fiscal la nueva exigencia impuesta a las instituciones financieras y a sus clientes.

Mediante Orden publicada en el BOE, el Ministro de Hacienda aprueba los modelos o formularios para el cumplimiento de la obligación de informar; estos modelos aluden a la **Orden HAP 1136/2014** de 30 de junio que implanta el modelo 290 para FATCA y a la **Orden HAP 1695/2016** de 25 de octubre que aprueba el modelo 289 de declaración informativa anula de cuentas financieras en el ámbito de la asistencia mutua (CRS).⁶⁹ Esta Orden de 2016 se compone de seis artículos, siete disposiciones y tres anexos.⁷⁰ La parte substancial de la OM se encuentra en la Disposición derogatoria única y los Anexos; aquí encontramos singularidades de calado tanto en el terreno de la diligencia debida como en la aplicación práctica que las instituciones financieras puedan llevar a cabo sobre la misma.

En la Orden destacan las siguientes decisiones:

- aprueba el modelo 289 anual de declaración informativa a efectos de CRS de tal forma que queda dibujado el contenido y el formato de esta declaración. El plazo de presentación de este abarca el periodo de 1 de enero a 31 de mayo sobre información del año anterior (art.1); señala en su art.2 (mediante remisión al RD 1021/2015) las IF españolas con consideración de obligadas a comunicar información (entre otros bancos,

⁶⁸ BOE núm. 138 de 7 de junio de 2014.

⁶⁹ BOE núm. 260 de 27 de octubre de 2016.

⁷⁰ El Borrador contenía cinco artículos, seis disposiciones y dos anexos, habiéndose, por tanto, realizado en el texto final un esfuerzo clarificador en la norma sobre la propuesta inicial que incluye las aportaciones del sector bancario y asegurador principalmente.

ciertas aseguradoras, sociedades y fondos de capital riesgo, determinados vehículos de inversión, instituciones de inversión colecta y empresas de servicios de inversión).

- el Anexo I incluye un listado de países cuya residencia fiscal es relevante para la comunicación de información. Este listado se actualizará periódicamente en atención a los acuerdos internacionales que España suscriba en esta materia. Tres bloques lo componen: países miembros de la UE, países y jurisdicciones con acuerdo UE y países y jurisdicciones firmantes del Acuerdo de Berlín (AMAC) comprometidos con el intercambio de información tributaria desde 2017. Así mismo, se adopta un orden alfabético en la presentación de las jurisdicciones y se incluye novedosamente a Gibraltar.⁷¹

- el Anexo II reúne las jurisdicciones participantes con las que España acuerda la obligación de identificar la residencia fiscal de las personas con titularidad o control de ciertas cuentas financieras y la obligación de informar sobre las mismas. La lista incluye notable ausencias como Hong Kong, Panamá, o Bahamas. Nos preguntamos la consideración que debe adoptarse sobre estos territorios y en qué medida su ausencia de la lista de intercambios de información los aísla o los condena en su consideración de paraísos fiscales. Este es un aspecto esencial de la Orden Ministerial y determinará la manera de obtención de los datos del cliente en el proceso de apertura de cuentas “de activo, pasivo o de valores” salvo que se opte por recabar esa información posteriormente y con las molestias que ello pueda conllevar;

- por último, como elemento destacado, se recuerda y pone en valor la Declaración de Residencia Fiscal (DRF) establecida por la Orden HAP/2487/2014 de 17 de diciembre⁷² y que refundía en un único modelo oficial otros previos que declararan la condición de no residente ante una IF. Hemos sostenido el casi nulo uso que de este modelo ha realizado el sector bancario español, quizás preso de urgencias de última hora, al aplicar la legislación o quizás porque nunca aprehendió el sentido real de la norma al

⁷¹ Sobre el valor jurídico y las consecuencias de la firma de los últimos Acuerdos de Intercambio de Información firmados por este territorio véase PONTÓN ARICHA, T.: “Los Acuerdos de Intercambio de Información Fiscal de Gibraltar”, Cuadernos de Gibraltar – Gibraltar Reports, (2), 2018, pp. 225-262. Disponible en: <https://revistas.uca.es/index.php/cdg/article/view/4603>

⁷² El BOE núm. 31 de 31 de diciembre de 2014 señala: “Con el objeto de simplificar los procedimientos aplicables, mediante estas modificaciones se ha procedido a la refundición en un único modelo de declaración de residencia fiscal.”

pretender facilitar y unificar información del cliente, aligerando cargas administrativas para todos los involucrados en el proceso; bien es cierto que si reconocemos la complejidad de la normativa CRS lo es más tratar de coordinar esfuerzos entre diferentes departamentos a los que pueda afectar en una IF esta DRF; cabría citar a Organización, a la unidad de Prevención de Blanqueo de Capitales, Fiscal, Operaciones o Informática, sin olvidar que los datos se reciben a través de oficinas y por tanto las redes de negocio y su colaboración son esenciales en esta labor; en todo caso, nos hallamos ante un cambio de paradigma, acostumbrados hasta ahora a ceñirnos a la literalidad de un Boletín Oficial, un procedimiento más abierto y de inspiración anglosajona, como el propio origen de todo este cuerpo jurídico. Un amplio sector de la banca española, representado en la AEB y CECA, como sus dos patronales más fuertes y nutridas, considera que nos hallamos ante una oportunidad para revisar, los formularios de autodeclaración de los clientes CRS y FATCA.

MARCOS NORMATIVOS en España			
	FATCA	CRS	UE
LEY	IGA España 1/7/14	AMAC 29/10/2014	Directiva 2003/48
	Orden HAP/1136/2014 (Mod. 290)	Orden HAP/1695/2016 (Mod. 289)	Directiva 2011/16
	AAC España - EEUU 15/1/16	CRS OCDE, manual, comentarios y FAQs	Directiva 2014/107
	RD 1021/2015, DA 3º	RD 1021/2015 DA 3º	RD 1021/2015 DA 3º
	Artículo 37 bis RD 1065/2007	Artículo 37 bis RD 1065/2007	Artículo 37 bis RD 1065/2007
	DA 22º LGT (ley 34/2015)	DA 22º LGT (ley 34/2015)	DA 22º LGT (ley 34/2015)
	FAQs AEAT		

Fuente: D. Coronas

Por último, el BOE de 13 de abril publica la Orden HAC/342/2021 de 12 de abril por la que se aprueban los modelos 234, 235 y 236 de declaraciones sobre mecanismos transfronterizos de planificación fiscal. Esta Orden completa la trasposición al

ordenamiento jurídico español de la DAC 6.⁷³ Partiendo de la premisa de que los Estados miembros deben proteger de la erosión sus bases imponibles atacadas por la complejidad y movilidad de los capitales en el seno del mercado europeo, se catalogan ciertos mecanismos potencialmente agresivos, previéndose cerrar las lagunas legales al respecto, en la confianza de crear un entorno de equidad tributaria europea. El país de residencia fiscal resulta el nexo común exigible en todos estos modelos.

5. Conclusiones

1. El intercambio de información tributaria es hoy el criterio esencial que permite distinguir un paraíso fiscal de una jurisdicción fiscal transparente y cooperadora.
2. FATCA nace de la necesidad de “estandarizar” el intercambio de información; ese intercambio tendrá, *ab initio*, un marcado automatismo que atañe a las facetas técnicas, organizativas y, sobre todo, legales.
3. Pese a la naturaleza simbiótica de FATCA y CRS, puede afirmarse que sus anclajes al sistema jurídico español son diferentes.
4. La adaptación de FATCA a CRS ha supuesto, entre otras medidas, la eliminación de aspectos específicos de la normativa estadounidense, esencialmente el concepto de ciudadanía basado en nacionalidad frente al de residencia; la eliminación de umbrales, la inclusión de productos, o la supresión de la retención del 30%. En otras palabras, el cambio de enfoque bilateral a multilateral aporta ventajas tales como la remoción de obstáculos legales, mejoras técnicas y una mayor efectividad normativa sin pérdida de legitimidad.
5. Como ha podido colegirse, FATCA es una norma compleja y en constante evolución que exigiría para una correcta interpretación un campo de juego equilibrado (*level playing field*) que por el momento no se da, constatándose una asimetría evidente. Así, tal coordinación no se aprecia, generando diferencias competitivas entre las

⁷³ Directiva 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información. D.O. nº L 139 de 5 de junio de 2018.

instituciones financieras de ambos lados del Atlántico y lo que es más importante, para sus clientes.

6. CRS incluye como novedad el test de residencia para determinar la misma de un cliente bancario. En FATCA no se produce esta posibilidad.

7. CRS admite la auto certificación o la afirmación verbal positiva sobre la residencia y otros datos contenidos en la misma. FATCA no contiene esta posibilidad.

8. El identificador fiscal es la nueva exigencia que la legislación impone a las instituciones financieras y clientes para ser intercambiado entre los Estados.

Bibliografía destacada:

Libros

ALMUDÍ CID, J.M.: *La normativa contra la elusión fiscal internacional en los Estados Unidos* en Soler Roch, M.T. y Serrano Antón, F. (directores), Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho comunitario, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002.

CALVO ORTEGA, R y CALVO VÉRGEZ, J.: *Curso de Derecho Financiero I, Derecho Tributario*, 25ª ed., Civitas, 2021.

COLLADO YURRITA, M.A. y PATÓN GARCÍA, G.: *Las fuentes del Derecho Tributario Internacional*. Manual de Fiscalidad Internacional, Tomo I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007

CORDÓN EZQUERRO, T. (director): *Manual de Fiscalidad Internacional*. 3ªed. Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

CORONAS VALLE, D.: *La regulación FATCA y CRS en la lucha contra el fraude fiscal. Aplicación por las instituciones financieras españolas*. Ed. Aranzadi Thomson Reuters, 2ª edición, Cizur Menor, 2022.

FALCÓN Y TELLA R. y PULIDO GUERRA, E.: *Derecho Fiscal Internacional*. 2º ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

GIMÉNEZ-REYNA, E. y RUIZ GALLUD, S. (Coordinadores): *El fraude fiscal en España*. Ed. Aranzadi Thomson Reuters, 2018.

HINOJOSA TORRALVO, J.J.: *El fraude fiscal: una lucha de contrastes*. Medidas y procedimientos contra el fraude fiscal, Hinojosa Torralvo J.J. (director), Ed. Atelier, Barcelona, 2012.

KRUGMAN, P., WELLS, R. y GRADDY, K.: *Fundamentos de Economía*. Ed. Reverté, Barcelona, 2013.

LUCAS DURÁN, M. y DEL BLANCO GARCÍA, A. (directores): *Residencia y establecimiento permanente como puntos de conexión en la fiscalidad internacional: reflexiones y propuestas de futuro*. Documentos de Trabajo 3/2018, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2018.

MACHANCOSES, E: *La transposición de la Directiva 2011/16/UE en la LGT, en particular el intercambio de información previa solicitud*. Intercambio de Información, Blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal, Gracia Prats, A.F. (director), Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014.

MARTÍN ABRIL y CALVO, D.: *Obligaciones Formales y Gestión Tributaria de los no residentes*. Manual de Fiscalidad Internacional, Tomo I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

NEUMARK, F.: *Principios de la Imposición*. Ed. IEF, Madrid, 1994.

TANZI, V.: *Globalization, tax systems and the architecture of the global economics system*. Taxation an Latin American Integration, Tanzi, V., Barreix, A., Vilella, L. (Eds.), capítulo 13, IDB, Harvard University, 2008.

TOOZE, A.: *Crash: como una década de crisis financiera ha cambiado el mundo*, Ed. Crítica, Barcelona, 2018.

Artículos en revistas científicas

BUSTAMANTE ESQUIVAS, M.D.: “Instrumentos de asistencia mutua en materia de intercambios de información (impuestos directos e IVA)” *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 23, 2002.

CALDERÓN CARRERO, J.M.: “El intercambio de información entre Administraciones tributarias como mecanismo de control del fraude fiscal internacional”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 258, 2000, pp.796 y797.

-- “Hacia una nueva era de cooperación fiscal europea: las Directivas 2010/24/UE y 2011/16/UE de asistencia en la recaudación y de cooperación administrativa en materia fiscal”, *Revista de Contabilidad y Tributación* núm. 343, 2011.

CORONAS VALLE, D.: “El control fiscal internacional de cuentas bancarias de ciudadanos estadounidenses”, *Cuadernos de Información Económica*, núm. 234, junio 2013. Fundación de las Cajas de Ahorros, FUNCAS, Madrid, 2013.

-- “FATCA: La información (contra el fraude fiscal) es poder...más que nunca”. *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos* del Ministerio de Defensa, Documento de Opinión, núm. 85, 4 de agosto de 2014.

“Consideraciones/Reflexiones sobre los avances europeos en cooperación internacional e intercambio automático de información tributaria: Presente y futuro de FATCA y CRS.” *Revista Aranzadi Doctrinal*, Ed. Thomson Reuters, núm. 11, diciembre, 2018.

GRINBERG, I.: “The Battle over taxing offshore Accounts”, *UCLA Law Review*, num. 304, 2012, disponible en www.uclalawreview.org/pdf/60-2-1.pdf

GIL SORIANO, A.: “Las amenazas de la Foreign Account Tax Compliance Act estadounidense”. *Tribuna Fiscal*, núm.257, 2012.

MARTÍN MORATA, B.: “Los acuerdos de Intercambio de Información”, *Escuela de Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales*, Madrid, 2009.

MORENO GONZÁLEZ, S.: “Nuevas tendencias en materia de intercambio internacional de información tributaria: Hacia un mayor y más efectivo intercambio automático de información”, *Crónica Tributaria* núm. 146/2013, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2013, pp.193-221.

NOCETE CORREA, F.J.: “Ilusión fiscal y economía digital: ¿hacia una planificación normativa agresiva?” *Carta Tributaria*, núm. 43, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, octubre, 2018.

RING, D.M: “Intercambio de información” *United Nations Handbook on Selected Issues in Administration of Double Tax Treaties for Developing Countries*, New York, 2013, disponible en http://works.bepress.com/diane_ring/83/

SÁNCHEZ LÓPEZ, M.^a E.: “La transmisión automática de información. ¿Hacia un estándar global de intercambio de información?” *Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 11, Bogotá, 2016, pp.165-182.

SERRANO ANTÓN, F.: “El informe sobre erosión de las bases imponibles y traslación de beneficios de la OCDE: origen e implementación en un marco internacional y globalizado”, *Derecho PUCP*, vol.72, 2014, pp-45-70.

SPENCER, D.: “FATCA: progress towards automatic information Exchange”, en *Tax Justice Network blog*, 2-3-12, disponible en <http://taxjusticeblogspot.com/2012/03/factaprogress-towards-automatic.html>

