

ESTUDIOS

LA REGULACIÓN FATCA Y CRS EN LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL

APLICACIÓN POR LAS INSTITUCIONES
FINANCIERAS

DANIEL CORONAS VALLE

TERCERA EDICIÓN

III ARANZADI

© Daniel Coronas Valle, 2025
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 91 602 01 82
e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es
<https://www.aranzadilaley.es>

Tercera edición: 2025

Depósito Legal: M-1823-2025
ISBN versión impresa con complemento electrónico: 978-84-1078-947-0
ISBN versión electrónica: 978-84-1078-948-7

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.
Printed in Spain

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY, S.A.U. no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY, S.A.U. se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY, S.A.U. queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY, S.A.U. se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice General

	<i>Página</i>
PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN	17
PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN	19
PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN	21
ABREVIATURAS Y SIGLAS	31
GRÁFICOS	37
CAPÍTULO I	
CONSIDERACIONES CONCEPTUALES: LAS RELACIONES ENTRE FRAUDE, ELUSIÓN FISCAL Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL	39
1.1. Introducción	39
1.2. Consideraciones Básicas	41
1.2.1. <i>Aproximación al concepto de fraude fiscal</i>	42
1.2.2. <i>Evasión frente a Elusión Fiscal</i>	52
1.2.3. <i>Principios normativos rectores e instrumentos jurídicos en la lucha contra el fraude fiscal.</i>	54
1.2.3.1. La Doble Imposición	58
1.2.3.2. Fuente y Residencia Fiscal	65
1.2.4. <i>El necesario papel de los Estados en la lucha contra el fraude fiscal. Los pilares del fraude fiscal</i>	73
1.2.4.1. El secreto bancario	74

	<i><u>Página</u></i>
1.2.4.2. Las jurisdicciones no cooperativas (los paraísos fiscales)	77
1.2.4.2.1. Terminología.....	77
1.2.4.2.2. Evolución y diferencias	78
1.2.4.2.3. Listados: el nuevo concepto de paraíso fiscal	89
1.2.4.3. La normativa contra el blanqueo de capitales como antecedente del intercambio de información tributaria.....	101
1.2.4.3.1. El Blanqueo de capitales en la cooperación internacional	101
1.2.4.3.2. El Blanqueo de capitales en la legislación española.....	107
1.3. El papel de las Organizaciones Internacionales en la cooperación internacional. La producción normativa específica para el intercambio de información. Implicaciones e intersecciones	116
<i>1.3.1. Naciones Unidas</i>	<i>117</i>
<i>1.3.2. El G20</i>	<i>117</i>
<i>1.3.3. Consejo de Europa y OCDE</i>	<i>119</i>
<i>1.3.4. La UE</i>	<i>124</i>
1.3.4.1. La OLAF.....	133
1.4. La irrupción de nuevos actores en la lucha contra el fraude fiscal	136
<i>1.4.1. Reguladores</i>	<i>137</i>
1.4.1.1. El Banco de Pagos Internacionales.....	137
1.4.1.2. La Autoridad Bancaria Europea	137
<i>1.4.2. Regulación financiera</i>	<i>142</i>
1.4.2.1. La Ley Sarbanes-Oxley	142
1.4.2.2. Ley Dodd-Frank.....	146
1.5. Conclusiones.....	151

	<u><i>Página</i></u>
CAPÍTULO II	
MARCO LEGAL DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN INTERNACIONAL	155
2.1. Introducción	155
2.2. Instrumentos normativos internacionales contra el fraude fiscal	162
2.2.1. <i>Los Convenios de Doble Imposición (CDI)</i>	165
2.2.1.1. El intercambio de información en los Convenios de Doble Imposición	166
2.2.2. <i>Los Acuerdos de Intercambio de Información (AII)</i>	167
2.2.2.1. Definición y tipologías	167
2.2.2.2. La práctica española sobre Acuerdos de Intercambio de Información (AII)	170
2.2.2.3. El Acuerdo entre Autoridades Competentes sobre Intercambio automático de información de cuentas financieras	171
2.2.2.4. Antecedentes del Intercambio de Información Tributaria	175
2.2.2.4.1. <i>Treaty Relief Compliance Enhancement (TRACE)</i>	175
2.2.2.4.2. RUBIK	178
2.2.2.4.3. <i>Qualified Intermediary (QI)</i>	180
2.3. El intercambio automático de información: FATCA y CRS como nuevos modelos de cooperación internacional.	185
2.3.1. <i>FATCA</i>	187
2.3.1.1. Orígenes y evolución	187
2.3.1.2. Críticas a FATCA	190
2.3.1.3. Consideraciones generales para el cumplimiento de FATCA	191
2.3.1.4. Consideraciones específicas para la aplicación de FATCA en España: el IGA entre España y EE.UU.	198

	<i><u>Página</u></i>
2.3.1.5. Aplicación de FATCA por las Instituciones Financieras Españolas.....	201
2.3.1.5.1. Normas para revisión de productos y clientes.....	201
2.3.1.5.2. Normas para <i>Reporting</i>	217
2.3.2. <i>CRS</i>	230
2.3.2.1. Orígenes y evolución.....	230
2.3.2.2. El Manual de la OCDE para aplicación de CRS	231
2.3.3. <i>El marco normativo de FATCA y CRS en España</i>	245
2.3.4. <i>Las Directivas de la UE sobre el intercambio de información tributaria: Evolución y aplicación en España</i>	275
2.4. Conclusiones	313
CAPÍTULO III	
LA PRÁCTICA ESPAÑOLA	319
3.1. Introducción	319
3.2. Reformas tributarias significativas sobre fraude fiscal en el ordenamiento jurídico español tras FATCA y CRS	320
3.2.1. <i>Normas generales</i>	320
3.2.1.1. Ley General Tributaria y su desarrollo.....	320
3.2.2. <i>Normas específicas</i>	323
3.2.2.1. Ley 7/2012 contra el Fraude Fiscal.....	323
3.2.2.1.1. El fallido Modelo 720.....	326
3.2.2.1.2. La Oficina Nacional de Fiscalidad Internacional (ONFI).....	329
3.2.2.1.3. Los Planes de Control Tributario de 2013 a 2021.....	331
3.2.3. <i>La Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal</i>	354
3.3. Un caso práctico: La implantación de un plan de Cumplimiento Normativo sobre CRS en una institución financiera española	359
3.4. Conclusiones	364

CAPÍTULO IV

DERECHOS Y GARANTÍAS INDIVIDUALES EN LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL CONTRA EL FRAUDE Y LA ELUSIÓN FISCAL	367
4.1. Introducción	367
4.2. Marco regulatorio	374
4.2.1. <i>El estado de la materia en la OCDE</i>	374
4.2.2. <i>Unión Europea</i>	380
4.2.2.1. <i>La Directiva 95/46/CE y el Acuerdo Safe Harbour</i>	380
4.2.2.2. <i>El Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2018 y el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD)</i>	388
4.2.2.3. <i>El Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016</i> .	398
4.2.2.4. <i>El Swift Agreement</i>	405
4.2.3. <i>España: La Ley Orgánica de Protección de Datos Personales (LOPD)</i>	409
4.3. Jurisprudencia	416
4.3.1. <i>Caso 362/14 (Max Schrems frente a la Autoridad Nacional irlandesa de Protección de Datos)</i>	417
4.3.2. <i>El Caso 131/12 (Google Spain frente a Mario Costeja)</i> ...	420
4.3.3. <i>El Caso C-25/17Jehovan todistajat</i>	427
4.3.4. <i>El caso C-694/20</i>	429
4.4. La figura del whistleblower en el marco jurídico internacional de la protección de datos y del intercambio de información tributaria	430
4.5. Conclusiones	437
CONCLUSIONES	441
BIBLIOGRAFÍA	451

franqueza y la excelencia deben ser bandera del Foro y las instituciones que en él colaboran. La formación constante de su personal es clave para un desempeño de tareas exitoso como también lo es el intercambio de experiencias entre las diversas administraciones tributarias. Ello puede permitir el desarrollo de enfoques innovadores en cuestiones de cumplimiento fiscal.

En octubre de 2015, el 8.º Foro Global sobre Transparencia Fiscal¹⁵ 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 redundará 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. La información financiera comenzó a recopilarse desde el 1 de enero de 2016, lo que ha implicado la modificación de la legislación interna para garantizar que las instituciones financieras faciliten la información sobre los activos financieros propiedad de los no residentes.

El compromiso del Foro incluye prestar apoyo a países en desarrollo, en colaboración con el Banco Mundial y otras Organizaciones internacionales, de forma que aprovechen los beneficios que ofrece la introducción del intercambio automático. Este enfoque nos resulta sumamente interesante pues incentiva tanto a las administraciones como a los ciudadanos, cuyos datos van a ser intercambiados, propiciando un espíritu de colaboración fiscal eficaz.

Las revisiones o auditorías entre pares (dos países) se desarrollan como muestra de los cambios realizados en cada jurisdicción a partir de las recomendaciones del Foro Global. En total se han producido doscientas quince revisiones entre pares y se han asignado calificaciones de conformidad a ochenta y cinco jurisdicciones. El Foro acuerda esforzarse en una mayor colaboración con los países africanos (con menor tradición y base jurídica al respecto) para fomentar la perfección de la fiscalidad transfronteriza mediante el uso efectivo del intercambio de información en versión automática o de petición previa.

2.2. INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONALES CONTRA EL FRAUDE FISCAL

La fuente más significativa del Derecho Internacional es el Tratado y dentro de estos, en materia fiscal, destacan los Convenios de Doble Imposición (CDI) y los de Asistencia Administrativa (CAA).

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

En Derecho Internacional Público, siguiendo a RODRÍGUEZ CARRIÓN¹⁶, las reglas jurídicas que obligan a los Estados proceden de la voluntad de estos, manifestada a través de convenios o costumbres generalmente aceptadas, es decir, que el consentimiento de los Estados determina el sistema de fuentes materiales del Derecho internacional. De tal suerte, el art. 38.1¹⁷ del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia cita además de convenios y costumbres, los principios generales del Derecho Internacional y la jurisprudencia y doctrina más destacada.

Es evidente que los Tratados se han convertido durante el siglo XX en la mayor fuente de creación jurídica, aspecto acrecentado desde la progresiva multilateralización de los mismos, especialmente al permitir la aplicación de la regla de la mayoría y las reservas mediante las cuales un Estado puede excluir la aplicación de una disposición no satisfactoria para sus intereses.

El texto de referencia internacional en materia de todo tipo de Convenios, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en su art. 24¹⁸ recoge que un tratado entrará en vigor en la manera y fecha en que el mismo establezca.

En nuestra opinión, el aspecto más arduo y a la vez decisivo, consiste en la interpretación jurídica que se realice de las normas internacionales. Legislador,

16. RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J.: «Lecciones de Derecho Internacional Público», Tecnos, 6.^a edición, Madrid, 2006, pp. 170 a 205.

17. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: Art. 38.1
«1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59».

18. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969):
Art. 24 Entrada en vigor
«1. Un Tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores.
2. A falta de tal disposición o acuerdo, el Tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el Tratado.
3. Cuando el consentimiento de un Estado en obligarse por un Tratado se haga constar en una fecha posterior a la entrada en vigor con relación a ese Estado en dicha fecha a menos que el Tratado disponga otra cosa».

tribunales y doctrina podrán ser fuente de interpretación. Según el art. 31.1¹⁹ de la Convención de Viena buena fe, tenor literal y apreciación de la totalidad y finalidad del tratado son los principios esenciales para tal labor.

El peso de la negociación, en materia tributaria, suele llevarlo la Dirección General de Tributos hasta el momento de la rúbrica, otorgando al texto el carácter definitivo salvo modificaciones propias de la ulterior negociación. El texto rubricado es remitido al Ministerio de Asuntos Exteriores que solicita al Consejo de ministros autorización para la firma del Convenio tras ser tramitado por nuestras dos Cámaras legislativas. La firma corresponde al momento de autenticación del texto (art. 10 Convención de Viena²⁰).

Tras este paso se requiere un preceptivo, pero no vinculante, dictamen del Consejo de Estado. Habitualmente en materias sobre doble imposición y evasión fiscal, el criterio del Consejo de Estado es que debe recabarse autorización previa de las Cortes por estar incluidos en el art. 94.1.e de la CE²¹. Superado el trámite parlamentario se realiza la ratificación por la cual el Rey firma, con el refrendo del Ministerio de Asuntos Exteriores, quedando desde ese momento el Estado obligado por el convenio a todos los efectos (art. 63.2 CE)²². El siguiente paso es la publicación en el BOE (BOE), tras lo cual el convenio pasa a formar parte de nuestro ordenamiento interno y, por tanto, es de obligado cumplimiento para todos los ciudadanos e instancias del Estado.

Adicionalmente a lo expuesto, son de aplicación las disposiciones de la Ley 25/2014 de 27 de noviembre, sobre Tratados y otros Acuerdos Internacionales²³ y de forma singular los artículos 13 a 13 sobre negociación, adopción y autenticación de los tratados internacionales firmados por España en cualquier materia, así como el art. 20 sobre el depósito de instrumentos de ratificación, el art. 28 sobre la eficacia de los tratados y el art. 31 al consagrar la prevalencia de

19. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969):

Art. 31.1 Regla general de interpretación

«1. Un Tratado deberá interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado en el contexto de estos teniendo en cuenta su objeto y fin».

20. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969):

Art. 10 Autenticación del texto

«El texto de un Tratado quedará establecido como auténtico y definitivo:

a) mediante el procedimiento que se prescriba en él o que convengan los Estados que hayan participado en su elaboración o;

b) a falta de tal procedimiento, mediante la firma, la firma *ad referendum* o la rúbrica puesta por los representantes de esos Estados en el texto del Tratado o en el acta final de la Conferencia en la que figure el texto».

21. El mecanismo jurídico, consciente de la vertiente internacional que presenta el fraude fiscal, ya prevé el trámite parlamentario con las garantías jurídicas que ellos supone.

22. Constitución Española de 1978, Artículo 63.2:

«Al Rey corresponde manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados, de conformidad con la Constitución y las leyes».

23. BOE núm. 288 de 28 de noviembre de 2014.

los tratados internacionales sobre otras normas del ordenamiento interno español.

2.2.1. LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN (CDI)

Desde el siglo XIX fueron necesarios una serie de mecanismos para evitar la doble imposición de carácter internacional. Esos mecanismos se centraban en evitar la tributación de una misma renta de una persona o sociedad en dos Estados. Ciertamente es que no se afrontaban los problemas inherentes a la doble imposición con un enfoque integral en parte por la reticencia estatal a la pérdida de soberanía fiscal, auténtico atributo de aquella fiscalidad. En esa línea, BÜHLER recuerda que los primeros convenios se definían como tratados de doble imposición²⁴. Será Neumark²⁵ quien proponga en 1963 la necesidad de alumbrar un convenio multilateral para evitar la doble imposición en el seno de la UE. Sin embargo, esta propuesta no cristalizó.

La existencia de un CDI deviene 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. Los otros 5 se encuentran en distintas fases de tramitación (Bahréin, Montenegro, Namibia, Perú y Siria). Además, se han renegociado CDI con Austria, Bélgica, Canadá, China, Finlandia, India, Japón, México, Reino Unido y Rumanía²⁶.

Por su interés para nuestro estudio, destacamos el Protocolo firmado el 14 de enero de 2013 entre España y Estados Unidos²⁷, 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 de residencia del inversor. De igual manera, se establece un nuevo mecanismo de arbitraje para resolver ágilmente las diferencias entre las Administraciones, redundando en un

24. Se refiere el autor a los convenios firmados por Bélgica, Luxemburgo, Holanda y Francia entre 1843 y 1845. BÜHLER, O.: *Principios de Derecho Internacional Tributario*, Ed. de Derecho Financiero, Madrid, 1968.

25. NEUMARK, F.: Report of the Fiscal and Financial Committee in the EEC on Tax harmonization, Amsterdam, 1963.

26. Convenios de doble imposición en www.aeat.es

27. 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_BOCC_EEUU_300.pdf

menor coste para los contribuyentes afectados. 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 norteamericana hasta el punto de que un ciudadano o residente portorriqueño es, a efectos FATCA, un contribuyente estadounidense. En términos generales, protocolos como este, mejoran y actualizan los CDI, incluyendo artículos para la adaptación de estos a las relaciones económicas actuales, así como los cambios que se han ido introduciendo en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE para evitar la doble imposición. Se produce 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 objetivo de dinamizar los flujos económicos existentes. Los nuevos textos mencionan los impuestos sujetos al Convenio, incorporando la asistencia en recaudación de impuestos, y actualizando la regulación del intercambio de información, así como los procedimientos amistosos de solución de conflictos entre Administraciones. De igual forma se incluye una cláusula anti-abuso para evitar que el Convenio pueda utilizarse precisamente en contra de su finalidad.

2.2.1.1. El intercambio de información en los Convenios de Doble Imposición

El art. 26 del Modelo OCDE en materia de renta y patrimonio consagra el intercambio de información en materia tributaria incluso cuando sea relevante para la aparición de cualquier tributo interno de cualquier nivel de la administración tributaria, aunque no esté cubierto por el Convenio. Este artículo constituye, por lo tanto, una referencia internacional y un punto de partida para la construcción de un mecanismo internacional de cooperación que desemboca en FATCA y CRS, con sus correspondientes matizaciones.

Siguiendo este art. 26 no se aplican limitaciones por residencia ni por nacionalidad de las personas afectadas y el envío de información puede ser:

- previa petición del otro Estado tras haber agotado (aspecto relevante) sus fuentes internas;
- con carácter automático para ciertas rentas;
- con carácter espontáneo cuando la información obtenida por un Estado puede ser útil a otro.

Puede afirmarse que el contenido del artículo funciona como un mínimo obligatorio para el intercambio de información, que no impide la aparición de otros acuerdos de mayor alcance.

Según el tenor del art. 26.3 se dan únicamente tres supuestos para denegar la información requerida:

- cuando la información no pueda obtenerse sobre la base de la legislación o práctica administrativa de cualquiera de los dos Estados;
- si la información revela secretos comerciales, industriales o profesionales;
- si implica la adopción de medidas contrarias a la legislación o práctica administrativa del Estado requerido.

El art. 27 del citado Modelo de Convenio dispone la asistencia mutua en materia de recaudación en los Convenios de Doble Imposición, en relación con créditos tributarios a cualquier nivel de las Administraciones de Hacienda, incluso en aquellos no específicamente cubiertos por el Convenio.

Otro pilar que conforma el marco de referencia internacional sobre cooperación e intercambio, y al que hemos aludido en el capítulo I, es el Convenio Multilateral de Asistencia Administrativa Mutua en materia tributaria (1988), redactado por el Consejo de Europa, sobre un borrador de la OCDE. Entró en vigor en 1995 y lo han ratificado Argentina, Australia, Azerbaiyán, Bélgica, Belice, Corea del Sur, Costa Rica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Georgia, Ghana, Grecia, Holanda, India, Islandia, Irlanda, Italia, Japón, Malta, México, Moldavia, Noruega, Polonia, Reino Unido, Suecia, Ucrania y Estados Unidos. España lo ratificó en 2010. Tras su reforma en 2010, este Tratado incluye la opción, para los miembros de la UE, de elegir para cumplir con el mismo, instrumentos de intercambio propios de la Unión Europea (opción a nuestro juicio, redundante ya que la UE sigue los criterios OCDE de forma mayoritaria²⁸). En consecuencia, 2010 es un año clave en la adopción de una nueva conciencia internacional, que siembra un planteamiento firme sobre el intercambio de información y la lucha contra la evasión y la elusión fiscal.

2.2.2. LOS ACUERDOS DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN (AII)

2.2.2.1. Definición y tipologías

En 1998, dentro del Foro de la OCDE sobre Competencia Fiscal Perjudicial²⁹, se forjó un grupo de trabajo para elaborar una lista de paraísos fiscales y emitir un catálogo de medidas para combatirlos.

28. Cuando abordemos el apartado sobre Directivas de la UE retomaremos este argumento al estudiar los mecanismos de la Unión en lucha contra la elusión fiscal y su evolución jurídica.

29. 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 p. 21, al marco

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.

No debe extrañar su reducido número pues, en aquel momento, se habían dejado al margen del Informe aquellos territorios que simplemente se habían comprometido a realizar reformas sobre el intercambio de información tributaria (por eso no figuraban, entre otros, Islas Caimán, Bermuda o San Marino).

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 y lo más innovador es que no se puede oponer el secreto bancario ni alegar desinterés nacional sobre la información para que esta fluya al país requirente. Quedan prohibidas las peticiones de información de tipo global entre Estados y sin base alguna, conocidas como *fishing expeditions* al tiempo que se asegura la confidencialidad de la información recibida. Un año después, en 2003 se creó el Foro Global sobre Imposición, llamado desde 2009 de Foro de Transparencia e Intercambio de Información³⁰. Está integrado por los miembros de la OCDE y las jurisdicciones cooperativas, es decir, con voluntad de implantar normas de intercambio o de crear unas condiciones iguales de funcionamiento (*level playing field*) buscando un equilibrio en los estándares exigibles entre países similares o incluso simétricos.

En 2004, en su Informe de Berlín, este Foro señaló la necesidad de extender el intercambio no solo a la OCDE y jurisdicciones cooperativas sino a los centros financieros como Andorra, Barbados, Brunéi, Costa Rica, Dubái, Guatemala, Hong Kong, Liberia, Liechtenstein, Macao, Malasia, Islas Marshall, Mónaco, Filipinas, Singapur y Uruguay. Desde 2006 los informes tienen periodicidad anual.

El Foro distingue tres tipos de jurisdicciones bajo vigilancia especial:

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>

30. <http://www.oecd.org/tax/transparency/el-foro-global-marca-un-cambio-dramatico-en-la-lucha-contrala-evasion-fiscal-con-el-inicio-generalizado-del-intercambio-automatico-de-informacion-financiera.htm>

- a) jurisdicciones³¹ ajustadas a los estándares internacionales del intercambio de información o lista blanca. Se trata de aquellas que al menos han firmado doce TIEA o CDI que incluyan el art. 26 del Modelo OCDE. Es mencionable que algunos Estados firmaron entre sí, en fraude de ley, esos acuerdos para después no intercambiar la información³²;
- b) jurisdicciones que no cumplen los estándares (no han firmado al menos esos doce acuerdos), pero que han manifestado intención de hacerlo (lista gris). Hoy solo la componen Nauru y Niue ambos territorios insulares en el Pacífico. Austria y Suiza formaron parte de esta lista en su día por decisión política de sus gobiernos;
- c) jurisdicciones que no se han comprometido a alcanzar estándares de intercambio o lista negra y que actualmente está vacía, como ya se ha dicho anteriormente.

Por lo tanto, el sistema el sistema de «listas» y suscripción de acuerdos para la salida de estas no ha dado resultados, generando incluso fraudes de ley al firmar diferentes jurisdicciones los doce acuerdos necesarios para confluir en una nueva posición jurídica. Consciente de ello y especialmente tras el año (post crisis) 2009, la OCDE, a través de su Foro, comenzó un nuevo sistema de revisión por pares, es decir, revisar jurisdicciones mediante informes concretos para cada país mediante una comisión mixta entre países miembros OCDE y países que fueron paraísos fiscales. Se revisa y publica en un informe detallado la aplicación del intercambio de información en los CDI y su cumplimiento efectivo, así como la existencia y estado de los TIEA.

Sobre el acceso a la información las autoridades podrán recabar e intercambiar la misma, salvaguardando los derechos y garantías de cada ciudadano afectado. El contenido de la información afecta a titulares de cuentas en las entidades financieras, así como de sus sociedades, añadiendo soporte documental de las mismas. De las sociedades o entidades se exige conocer la identidad de todos sus socios o partícipes. La información intercambiada tiene carácter confidencial. Su contenido afecta a nacionales y residentes que cuenten con inversiones en el país en cuestión. Su plazo de envío será el «razonable» según los propios Convenios firmados por el país.

31. El concepto de «jurisdicción» que emplea aquí la OCDE alude a Estados y sus dependencias, así como territorios bajo su administración o mandato. Tradicionalmente su definición, como se explicó al tratar el secreto bancario, generaba grietas y dudas en el sistema financiero internacional que propician el fraude en alguna de sus vertientes.

32. Cabe destacar, entre otros, los acuerdos firmados entre Liechtenstein, Andorra, Mónaco, Nauru y Vanuatu.

2.2.2.2. La práctica española sobre Acuerdos de Intercambio de Información (AII)

Estos Acuerdos establecen un cauce de intercambio de información tributaria entre las Administraciones Tributarias de los Estados parte, determinante para prevenir y luchar contra el fraude fiscal.

En España, actualmente, se encuentran en vigor Acuerdos de Intercambio de Información (en adelante AII) con: Andorra, Aruba, Bahamas, Curazao, y San Martín; todos ellos han sido paraísos fiscales bajo la consideración de las leyes españolas, habiendo perdido la calidad de tales desde la firma de estos AII³³. Entre los AII merece mención aparte el Acuerdo con Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la implementación de la *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA). Este tratado ha sido llamado en nuestro país Ley de Cumplimiento Tributario de Cuentas Extranjeras, denominación no del todo afortunada pues solo se refiere a las abiertas por contribuyentes estadounidenses en España y no a las recíprocamente abiertas por contribuyentes españoles en Estados Unidos. Dada la singularidad de esta normativa la estudiaremos con profusión posteriormente³⁴.

España mantiene en tramitación (es decir, negociados, pero no ratificados) AII con otros territorios tradicionalmente considerados, tanto en el plano nacional como internacional, paraísos fiscales: Bermudas, Guernsey, Islas Caimán, Islas Cook, Isla de Man, Jersey, Macao, Mónaco, San Vicente y las Granadinas y Santa Lucía.

Todo este enfoque, mostrado hasta el momento, reviste carácter bilateral, es decir, se trata de acuerdos entre dos países si bien el texto de carácter multilateral más ambicioso firmado en la última década sea el Acuerdo entre Autoridades Competentes sobre Intercambio automático de información de cuentas financieras, realizado en Berlín el 29 de octubre de 2014³⁵.

33. Estos AII son así mismo objeto de revisión y dictamen por la Dirección General de Tributos.

34. El 12 de abril de 2013 el Consejo de ministros autorizó la firma del acuerdo FATCA entre España y Estados Unidos. BOE núm. 159 de 14 julio de 2014.

El texto implica, en puridad, que las entidades financieras de España y Estados Unidos deben comunicar a sus autoridades fiscales información sobre contribuyentes del otro país que posteriormente será intercambiada de forma automática por un procedimiento estandarizado siguiendo las tendencias actuales de cooperación internacional.

El acuerdo ha sido considerado un hito en el intercambio de información tributaria a nivel internacional y considera que tanto en el marco de la OCDE como de la UE se producirá una réplica de un intercambio estandarizado y automático de información.

35. BOE núm. 193 de 13 de agosto de 2015.

2.2.2.3. El Acuerdo entre Autoridades Competentes sobre Intercambio automático de información de cuentas financieras³⁶

Este notable Acuerdo incluye, junto a la multilateralidad, un elemento notable como es el carácter automático de la información en la búsqueda de la equidad tributaria. Los objetivos de transparencia fiscal, así como la relación cooperativa frente a la evasión fiscal son otras notas comunes contenidas en este Acuerdo, así como en otros de idéntica finalidad en los últimos años; 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 negociaciones³⁷.

La firma de este importante Tratado de Berlín supone 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 cuya iniciativa parte del llamado G5 europeo: Alemania, Francia, Italia, Reino Unido y España. Cincuenta y cuatro países y territorios del mundo³⁸, entre ellos España, concurren a la firma de este Acuerdo Multilateral de Berlín. Actualmente supera la cifra de cien jurisdicciones, lo que aporta una idea del interés suscitado por el mismo.

El texto contiene ocho artículos y seis anexos.

36. 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.
37. 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.
38. Los cincuenta y cuatro países y jurisdicciones que se comprometieron a intercambiar información desde 2017 eran los siguientes (seis de ellos no han firmado hoy en Berlín): 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 Guernsey, 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/2014/291014acuerdoberlim.aspx>

El art. 1 aborda las definiciones de jurisdicción³⁹, autoridad competente, IF obligada comunicar información y cuenta sujeta. Recuerda que el estándar común de información es el elaborado por la OCDE con los países del G20.

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 período de referencia;
- f) en cuentas de depósito, el importe bruto total de intereses pagados o anotados en cuenta durante el año civil u otro período de referencia pertinente; para cuentas no descritas previamente el importe bruto total pagado u anotado en cuenta al titular durante el año o período de referencia.

El art. 3 recoge los procedimientos y plazos máximos para el intercambio. La referencia a plazos se hace mediante remisión al Anexo F del Acuerdo, pero en general ningún país que lo suscriba tardará un plazo superior a dos años (2018) en proceder al intercambio efectivo de información tributaria.

La designación de una unidad competente de cada autoridad tributaria aparece en el art. 4, encargándose de comunicar errores o incumplimientos sobre la información recibida. El marco que protege la confidencialidad de los datos intercambiados y el correcto uso que se haga de ellos están plasmados en el art. 5 y desarrollado por el Anexo C, aún pendiente de ser cumplimentado. Abordaremos su detalle en el siguiente capítulo de este trabajo. Para los casos de consultas y discrepancias que surjan sobre este Acuerdo se acudirá a la Secretaría

39. 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».

del órgano de coordinación, cuya creación se regula en el art. 8. Se prevé la modificación del Acuerdo si todas las Autoridades competentes lo deciden por consenso.

El art. 7 nos habla de la vigencia del Acuerdo mediante la que cada Estado participante habrá de transmitir a la Secretaría confirmación sobre si su jurisdicción cuenta con legislación necesaria para aplicar el estándar común de comunicación de información especificando además los métodos de transmisión de datos y salvaguardas personales de los mismos, y presentando un listado de las jurisdicciones con las que se tiene intención de que el acuerdo surta efectos. El párrafo 2.1 de este artículo profundiza en la notificación del Acuerdo y en la fecha de entrada en vigor según las reglas del Derecho Internacional Público en materia de Convenios, y que se mantendrá actualizada en el sitio web de la OCDE. El art. 7.3 regula el incumplimiento significativo de los deberes de los Estados que conlleva la suspensión del intercambio «con efecto inmediato». La importancia de la protección que los Estados dan a los datos se percibe en que su confidencialidad es una de las causas de incumplimiento significativo; la no aportación de datos o la definición (en concreto la falta de esta) sobre la naturaleza de las entidades, cuentas e instituciones financieras son igualmente motivo de suspensión. La definición del artículo es expresamente enunciativa. Analizaremos la necesidad de encontrar un criterio común respecto a las instituciones financieras a informar al abordar el estudio del RD 1021/2015⁴⁰.

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 escrito el G5 mostraba su intención de avanzar en la extensión del Intercambio Automático de Información (IAI), que seguía a su vez el modelo de acuerdo FATCA con Estados Unidos y en cuya elaboración ya habían participado activamente. Desde ese momento la OCDE aprobó el 17 de enero de 2014 un modelo de acuerdo sobre un sistema común y estandarizado de intercambio de información.

En el seno de la UE, por su parte, 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 supone un avance histórico y radical en materia de transparencia y control fiscal internacional⁴¹. El objeto de intercambio abarca todo tipo de cuentas financieras (cuentas corrientes, depósitos bancarios, valores, participaciones en fondos de inversión, seguros, rentas, etc.) e incluye saldos e importes percibidos por rentas o transmisiones así como la identificación del titular real que controla el producto.

40. Real Decreto 1021/2015, de 13 de noviembre, por el que se establece la obligación de identificar la residencia fiscal de las personas que ostenten la titularidad o el control de determinadas cuentas financieras y de informar acerca de las mismas en el ámbito de la asistencia mutua. BOE núm. 275 de 17 de noviembre de 2015.

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

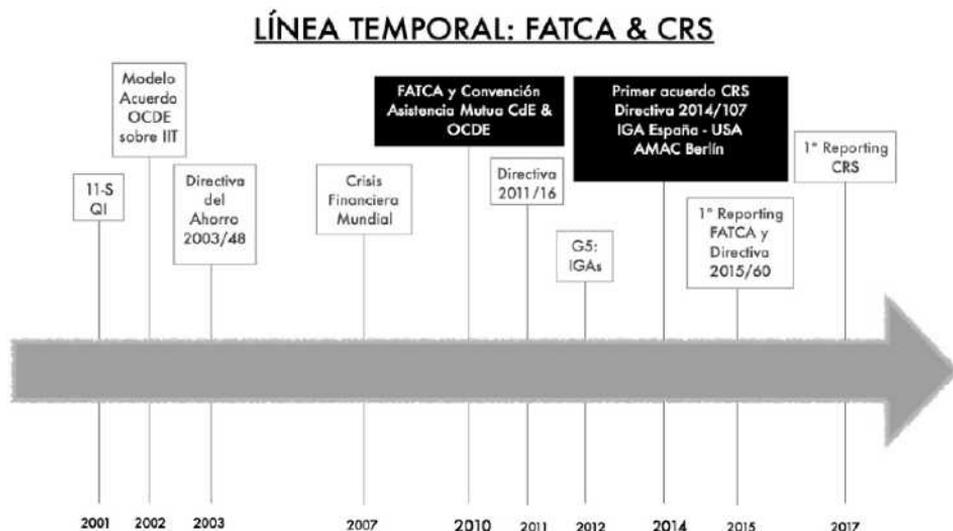
En España el órgano que recibe y coordina esta información es la Agencia Tributaria (AEAT).

El BOE de 9 de septiembre de 2016 publicó una Declaración de España sobre la fecha de efecto sobre los intercambios de información en virtud de este Acuerdo Multilateral. Esencialmente contiene dos declaraciones:

- de una parte, España viene a declarar que el Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal será aplicado con arreglo al CRS en su versión del Acuerdo Multilateral; es decir, se supedita y modifica el compromiso de asistencia administrativa en la materia al más reciente texto que regula el mismo.
- de otra, se afirma que el citado Convenio también se aplicará a la asistencia administrativa en virtud del art. 5 de tal instrumento. De esta manera podemos decir que se sigue la Propuesta de Directiva (2016) 452 Final, que modifica, a su vez, a la Directiva 2011/16 y que será convenientemente tratada en el epígrafe sobre la UE de este capítulo.

El 9 de noviembre de 2022 tuvo lugar la firma de un nuevo Acuerdo Multilateral en Sevilla sobre intercambio de información relativa a los mecanismos de elusión del Estándar común de comunicación de información y las estructuras extraterritoriales opacas (publicado en el BOE núm. 223 de 18 de septiembre de 2023) así como otro Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes sobre intercambio automático de información relativa a ingresos obtenidos a través de plataformas digitales (en BOE núm. 224 de 19 de septiembre de 2023).

Se trata de dos acuerdos multilaterales suscritos por España para reforzar la cooperación sobre mecanismos y estructuras jurídico-financieras propicias al fraude fiscal transfronterizo. Para limitar el efecto de las mismas deben detectarse y comunicarse entre las administraciones tributarias firmantes los mecanismos elusivos de carácter opaco y extraterritorial definidos en 2018 por la OCDE. El texto deja claro que cada Autoridad competente «intercambiará de forma automática con la autoridad competente de la jurisdicción o jurisdicciones» la información obligatoria del contribuyente residente fiscal sujeto a comunicación de información. Y no solo su nombre, apellidos sino también su NIF. El lenguaje informático para transmitir de manera encriptada estos datos será el formato XML.



Fuente: D. Coronas

2.2.2.4. Antecedentes del Intercambio de Información Tributaria

2.2.2.4.1. *Treaty Relief Compliance Enhancement (TRACE)*

Como iniciativa pionera en el intercambio de información tributaria destacamos la implementación del paquete conocido como TRACE, aprobado por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE en su reunión de enero de 2013.

A través de un sistema de Intermediario Autorizado (AI), de evidentes similitudes semánticas y contenido con el Intermediario Cualificado (*Qualified Intermediary*, en adelante QI, lanzado por el *Internal Revenue Service*, IRS), se reclaman las retenciones correspondientes a impuestos en la fuente de una cartera de inversiones. Este sistema elimina barreras administrativas que habitualmente afectan a la posibilidad de que los inversores puedan reclamar la reducción de las retenciones tributarias a las que tienen derecho según leyes locales o en aplicación de los Convenios para evitar la Doble Imposición.

El sistema puede aplicarse tanto a países que gravan la fuente como la residencia, minimizando en ambos casos costes administrativos. Los *reporting* o informes que contiene TRACE están alineados con otras regulaciones FATCA.

En 2006 tanto el Comité de Asuntos Fiscales (CFA por sus siglas en inglés) como el Comité Asesor de los Negocios y la Industria (BIAC) acordaron mejorar el proceso por el cual los inversores en cartera de valores pueden reclamar sus

beneficios recogidos en los tratados con un doble objetivo: desarrollar un sistema de asistencia eficiente para asegurar la reducción de costes y procedimientos así como identificar soluciones para que los países pudieran asegurarse el cumplimiento de las obligaciones fiscales.

En 2008 se presentó al público el Informe sobre Posibles Mejoras Procedimentales para la asistencia tributaria de inversores transfronterizos. El documento incluye unas recomendaciones sobre las mejores prácticas en este campo. Aconseja igualmente que los países desarrollen sistemas de reclamación de beneficios por tratados fiscales que permitan a intermediarios autorizados reclamar, en nombre de los inversores, los beneficios que les corresponden. Una de las mejoras es que la información sobre el beneficiario efectivo del ingreso se mantiene por el intermediario en el final de la cadena. Los intermediarios financieros pueden así contribuir en gran medida al intercambio estatal de información sobre obligaciones fiscales de sistemas que gravan tanto la fuente como la residencia.

En 2009 el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE presentó un borrador para un paquete dirigido a la implementación de formularios y acuerdos aplicables a las partes. En 2010 se presentó un grupo piloto que aprobó la creación del grupo TRACE con representantes gubernativos y otro con expertos de las ramas de la industria y la tecnología de la información. El Grupo TRACE aprobó en 2012 el Paquete de Implementación sujeto a comentarios.

Por su parte, el Grupo de Expertos completó su trabajo desarrollando un formato electrónico por el cual las instituciones financieras debían informar a las Autoridades Tributarias y a su vez colaborar entre ellas mismas. Este sistema utiliza el lenguaje informático XML (el mismo que FATCA, CRS y la UE en la Directiva del Ahorro) y se conoce como TRACE XML *Schema*. El sistema reúne los requisitos de seguridad adecuados para el tipo de información a enviar. En enero de 2013, el Comité de Asuntos Fiscales aprobó el paquete final de implantación, así como la exploración de concurrencias entre TRACE, FATCA, CRS y UE.

Por una simple cuestión de fechas, entre otras razones, TRACE no llegó a tiempo como sistema de intercambio, pero constituye una iniciativa (aunque parcial pues solo afecta a los valores), que aproximó a ciertas partes y alumbró una idea: fomentar el intercambio de información entre países.

El documento sobre el Paquete Final de Implementación comienza explicando la labor del Grupo Consultivo Informal (ICG) como grupo formado por representantes de Estados y expertos del sector financiero y bancario. Su trabajo se centraba durante los dos años iniciales (desde 2006) en crear un marco legal y desarrollar políticas para extender los beneficios de los Tratados a los vehículos de inversión colectiva y otros tipos de inversores. En todo caso, el

objetivo de estos trabajos era crear un marco eficiente e identificar soluciones que no amenacen las opciones de los países para el cumplimiento de las obligaciones fiscales pertinentes.

El citado Grupo Consultivo recomendó que se promoviera la uniformidad en los países que gravan la fuente para conseguir un *reporting* a múltiples países fuente permitiendo a los intermediarios confirmar la identidad de sus clientes. Todo el mencionado estudio se basaba en las mejores prácticas recogidas por el sector. La idea se situaba en un contexto donde los diversos retenedores de rendimientos sobre las rentas obtenidas por inversiones en productos financieros, podrían reclamar los beneficios en nombre de sus clientes propietarios de diversas carteras de valores, pero lo harían sin desvelar el nombre de estos especialmente a sus competidores. Los intermediarios deben presentar y reclamar beneficios para sus clientes de forma anual y deben incluir los ingresos recibidos, nombre y dirección del propietario beneficiario, así como país de residencia del inversor y su número de identificación fiscal o TIN.

La implementación de este paquete pretende fortalecer el proceso por el cual países que gravan la fuente o la residencia puedan determinar el ingreso para el que aplicar la retención para la asistencia de los beneficios de un Convenio de Doble Imposición.

Los países que gravan la fuente podrían controlar y determinar qué intermediarios actuarán como autorizados. Estos se encuentran sujetos al conocimiento del cliente y a las normas anti-blanqueo de capitales operando siempre bajo las leyes del país donde ese intermediario tenga su oficina. Incluso se permite que un intermediario revise el trabajo del intermediario autorizado. Se establece un plazo máximo de seis meses para recibir los reembolsos de los importes retenidos, una vez que las autoridades tributarias tengan toda la información de los intermediarios autorizados. Estos acuerdos se firman como contratos privados entre los países y los intermediarios que pretenden alcanzar tal estatus. En la información puesta a disposición de las partes (países e intermediarios financieros) destacamos la siguiente documentación:

- formulario para el solicitante de intermediario autorizado pidiendo autorización para actuar como intermediario financiero en el país fuente;
- autodeclaraciones para el inversor persona física y persona jurídica;
- formularios anuales para el *reporting* y para reclamar los reembolsos que no haya sido posible reclamar en procedimientos normales o denegados;
- descripción los procedimientos a seguir por el revisor independiente.

Los documentos se adaptan a cada país dentro de este marco y contenido general, teniendo en cuenta que en ciertas casuísticas será preciso adaptar las leyes locales para dar cobertura al sistema. Se contempla la opción de que algunos países permitan los acuerdos contractuales ya descritos en el Paquete. Otros países incluyen el propio sistema en sus leyes internas haciendo no necesario el contrato con los intermediarios autorizados.

El Paquete deja fuera de su alcance el tratamiento de varios tipos de entidades o sociedades dejando el asunto a lo dispuesto por las leyes internas de cada país. Es el caso de entidades fiscalmente transparentes. También queda fuera del alcance de este sistema la regulación de ciertas transacciones relacionadas con dividendos y con préstamos en valores. Sin duda, al evitar su regulación por TRACE, se gana en agilidad, pero se deja fuera del alcance de la norma algunos de estos fenómenos, donde precisamente radica un mayor número de fraudes y ocultaciones a los fiscos.

Finalmente, el documento subraya que los sistemas tecnológicos tratarán de hacer los cambios menos gravosos para los gobiernos e intermediarios, facilitando la estandarización.

2.2.2.4.2. RUBIK

Por su parte, los llamados Acuerdos Rubik han de ser considerados, hasta cierto punto, como un antecedente de la cooperación entre Estados orientada a la lucha contra el fraude y la evasión fiscal. Su nombre proviene de las diversas combinaciones que puedan darse entre las caras del célebre cubo de Rubik. El matiz es trascendente ya que con Rubik no se produce un intercambio automático de información, al ser sustituido por un régimen de retenciones fiscales transfronterizas anónimas. Este tipo de acuerdo estatal, de carácter bilateral, fue auspiciado por Suiza llegándose a firmar en 2011 con Alemania y Reino Unido y en 2012 con Austria. El acuerdo con Alemania no fue ratificado por el Parlamento alemán, por lo que no entró en vigor.

Se trata de acuerdos relevantes pues según datos de Boston Consulting Group⁴² un 25% de la riqueza mundial *offshore*⁴³ se administran desde Suiza, mientras que aproximadamente otro 25% es gestionada desde el Reino Unido y sus colonias (*dependencias*). Proporcionan información fiscal a las autoridades de los países de origen sobre aquellos nacionales que mantengan productos financieros depositados en Suiza, sin detallar su identidad. El mantenimiento

42. BOSTON CONSULTING GROUP: Global Wealth 2011: «*Shaping a new tomorrow*» 13 (June 2011), en www.bcg.com.pl/documents/file77766.pdf

43. *Off-shore/offshore* (indistintamente): Literalmente se puede traducir el término como «extraterritorial»; en términos generales se alude con esta expresión a territorios con fuerte actividad inversora (mayoritaria) por parte de no residentes respecto de la inversión nacional o local.

del anonimato sobre esas cuentas en Suiza parece ser el objetivo último, a cambio de que Suiza recaude ciertos impuestos y los transfiera al país de residencia del depositante.

Los defensores de este sistema mantienen que es menos costoso que FATCA pues no implica *passthru payments* o retenciones en cualquier institución financiera. Como sabemos, este argumento es falaz pues las retenciones coercitivas contenidas en FATCA (como veremos) son tan solo un incentivo para el cumplimiento global de la misma. Suiza, por su parte, no requiere medidas coercitivas ya que no pretende un sistema globalizador e incluso se ha llegado a decir que con su sistema de retenciones anónimas ha pretendido frenar el avance de iniciativas globales basadas en el intercambio automático de información⁴⁴. En tal sentido, siguiendo a Saturnina MORENO⁴⁵, se prevé un pago único anónimo a modo de regularización de rendimientos no declarados en el pasado por el valor de los activos cuyos titulares sean británicos, austriacos o alemanes en Suiza. Estos pagos se realizan según los importes y antigüedad de los depósitos, manteniendo siempre el anonimato de las cuentas salvo que el titular decida lo contrario. Para el caso de Alemania y Reino Unido el importe oscila entre el 28 y el 41% y en el caso austriaco entre el 15 y el 38%.

Por otra parte, y simultáneamente (como una pieza del puzzle), se fija una retención a cuenta sobre rendimientos que provengan de activos cuya titularidad no ha sido desvelada. Austria determinó la retención en el 25%, Alemania en el 26,37% y Reino Unido en un 48% sobre intereses, 40% sobre dividendos y 27% sobre ganancias de capital.

Debemos considerar los elevados importes manejados y sus rentabilidades para que, pese a estas fuertes retenciones no declararlas en sus países de origen, resulte de interés realizar estas operaciones.

La Comisión Europea no se mostró partidaria de estos Acuerdos tal y como declaró el Comisario europeo de Finanzas ante el plenario del Parlamento Europeo el 25 de octubre de 2011⁴⁶. Al basarse estos en una retención que libera de la obligación de intercambiar información entre los Estados miembros y territorios participantes como Suiza, se entiende que Rubik choca de pleno con la esencia de la Directiva 2003/48/CE⁴⁷ del Consejo, de 3 de junio de 2003, en

44. Véanse al respecto las teorías de Stephen D. KRASNER sobre cooperación internacional, organismos internacionales y liberalismo dentro de su teoría general sobre la economía política internacional especialmente vertidas en «*International Regimes*» (1983).

45. 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.

46. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=PV&reference=20111025&secondRef=ITEM-016&format=XML&language=ES>

47. Conocida en círculos financieros como Directiva del Ahorro I.

materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses (y sus posteriores desarrollos) y por ello hubo de reformarse, en 2012, tanto el protocolo firmado con Alemania como con Reino Unido para eliminar aspectos que colisionaban con la legislación de la UE o introducir asuntos que no estaban cubiertos por el Acuerdo entre la UE y Suiza en materia de fiscalidad del ahorro, tales como pensiones o ingresos percibidos en el pasado no declarados. Junto a todo ello, ha de considerarse que las retenciones previstas en estos Acuerdos no presentan un carácter liberatorio en el país de origen del cliente, por lo que habría que proceder a su deducción ante una declaración tributaria, lo que constituye un criterio bastante discutible. La extensión de este tipo de Acuerdos hubiera significado para Suiza un triunfo parcial de cara a mantener y privilegiar a su poderosísimo sector bancario y, especialmente, el de la banca privada. Nadie contaba entonces con los efectos devastadores de la crisis financiera en Europa, y menos aún con la fuerza de la iniciativa norteamericana FATCA, que sepultó definitivamente las ambiciones de Rubik. Lo que podía percibirse como un paso atrás, de haberse extendido a otros países dentro y fuera de la UE, quedó casi en un proyecto, hoy virtualmente extinto, ante la pujanza del intercambio automático en sus versiones FATCA y CRS-UE. El 2 de junio de 2014 Suiza acabó firmando un modelo FATCA de Acuerdo Bilateral con Estados Unidos (*Model 2*), que en la práctica supone el intercambio automático de información con Estados Unidos y contribuye de paso a despejar la sensación de falta de colaboración con las autoridades tributarias estadounidenses y, por ende, con el resto del mundo. Sumado a lo anterior, desde 2013 Suiza forma parte de los países que, a través de vía de la Convención Multilateral de Asuntos Fiscales, adopta el intercambio previsto por CRS, en el marco de la OCDE, para el año 2018.

Hasta cierto punto, la historia de Rubik es contradictoria, pues acabó consiguiendo justo lo contrario de lo que se proponía: en vez de recaudar anónimamente, atacando las bases del intercambio automático de información, generó una estrategia inversa de cooperación internacional en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal. Un instrumento concebido para la elusión alertó a la opinión pública y los Estados, creando un estado de opinión contrario y exigiendo actuaciones frente al respecto⁴⁸.

2.2.2.4.3. *Qualified Intermediary (QI)*

Por su parte, los Acuerdos Intermediario Cualificado o *Qualified Intermediary (QI)* constituyen, en cierta medida, otro precedente en la lucha contra la evasión fiscal. Fueron concebidos en Estados Unidos como un régimen especial por el *Internal Revenue Service (IRS)*. Este régimen no busca el intercambio de

48. A modo de ejemplo puede consultarse al respecto la pregunta del euro parlamentario W. MEYER del 22 de enero de 2013 en el Parlamento Europeo, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2013-000630+0+DOC+XML+V0//ES>

información, sino la correcta aplicación del tipo correspondiente a los no residentes en Estados Unidos que han invertido en valores estadounidenses fuera de sus fronteras (hablamos de pago de intereses). La información que recopilen los bancos y entidades financieras firmantes de estos acuerdos privados con el fisco estadounidense será enviada directamente al IRS, plasmada en los modelos tributarios 1042 y 1042 S. A destacar, en similitud con la información de Rubik, que la información no es nominal sino por *pools* o bloques, es decir, no menciona personas sino importes retenidos y tipo de operaciones bursátiles. Los *pools* o agrupaciones se organizan por tipos de retención aplicables al pago satisfecho.

QI es relevante históricamente por tratarse del primer intento por el que las instituciones financieras debían actuar como intermediarios tributarios a través de sus fronteras (2001)⁴⁹. QI ha sido criticado por falta de eficacia, al no haber podido atajar los casos de evasión fiscal de comienzos de siglo XXI en EE.UU. con instituciones financieras suizas principalmente⁵⁰. Quizás se esté exigiendo demasiado a una normativa cuyo único afán declarado es conocer la tenencia de valores estadounidenses allende sus fronteras. Otra razón para la implantación del régimen QI se encuentra en la pretensión de las autoridades estadounidenses de restringir las prácticas de *treaty shopping*, comentadas en el capítulo I⁵¹.

Los acuerdos QI tratan sobre la localización por parte del Tesoro estadounidense de inversiones realizadas por contribuyentes no estadounidenses (definidos como *non US person*) en Estados Unidos, con el objetivo de aplicar correctamente el tipo de no residentes que fuera aplicable en función de la norma doméstica, así como los Convenios para evitar la Doble Imposición. Tienen su origen en 2001, si bien han sufrido una notable revisión desde julio de 2014, tras la entrada en vigor de los Acuerdos FATCA con los que presenta evidentes zonas de coincidencia y ciertas sinergias⁵². Concretamente el 27 de junio de 2014 el IRS publicó el Procedimiento 2014-39⁵³ que sustituía al primer acuerdo QI 2000-12. El procedimiento introduce una actualización y un acuerdo QI definitivo que trata de armonizar los requerimientos para las instituciones finan-

49. QI fue una pieza relevante para la banca privada que mediante su aplicación eludía compartir información que revelase a sus competidores y al propio IRS el nombre de los titulares de acciones norteamericanas preservando su identidad entre diferentes intermediarios y evitando el robo de estos clientes. Su funcionamiento impedía así mismo que el IRS comunicara datos al país de residencia del titular de los valores estadounidenses.

50. MARTOS BELMONTE, P.: «FATCA, un hito en la lucha contra la evasión fiscal a nivel internacional y la base del nuevo modelo de intercambio automático de información fiscal», *Crónica Tributaria*, núm. 155/2015, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2015, pp. 133-155.

51. La pretensión fundamental de la norma es identificar correctamente a los contribuyentes estadounidenses que invierten en activos norteamericanos mediante intermediarios financieros extranjeros.

52. GRINBERG, I.: «*The Battle over taxing offshore Accounts*» *UCLA Law Review*, num. 304, 2012. <http://www.uclalawreview.org/pdf/60-2-1.pdf>

53. [https://www.irs.gov/pub/irs-drop/rp-14-39%20\(1\).pdf](https://www.irs.gov/pub/irs-drop/rp-14-39%20(1).pdf)

cieras QI bajo los capítulos 3 y 61 (sección 3406) del Código Tributario estadounidense en relación con el capítulo 4 dedicado a FATCA.

Con fecha de 30 de diciembre de 2016 el IRS publicó el texto de un nuevo Acuerdo QI⁵⁴ (*Qualified Intermediary Agreement*)⁵⁵.

Para obtener el estatus QI es preciso firmar un acuerdo privado bilateral entre la institución financiera y el IRS. Ese acuerdo estandarizado (el *QI Agreement* incluye un modelo 14345, un formulario SS4, una carta de intenciones de la entidad financiera y una breve descripción de la actividad propia y forma de apertura de cuentas, entre otros). El Acuerdo tiene vigencia limitada y es pro-

54. El Procedimiento 2017-15 sustituye al Acuerdo QI de 2014 aplicando nuevos procedimientos y exigiendo nueva documentación a partir del 1 de enero de 2017. En cumplimiento de sus disposiciones todos los Acuerdos QI existentes a 31-12-16 quedan extinguidos debiendo aquellas entidades QI que deseen renovar su régimen, presentar una solicitud ante el IRS antes del 31-5-17. Una vez aprobada esta el régimen QI tiene fecha retroactiva de 1 enero de 2017 para esa entidad. Puede consultarse el texto en <https://www.irs.gov/pub/irs-drop/rp-17-15.pdf>, (último acceso 18-6-18).
55. Los principales requerimientos que introduce son los siguientes:
 - Renovación cada seis años;
 - Las instituciones financieras han de identificar a sus clientes empleando la documentación documental habitual (W8, W9, etc.);
 - Se requiere que, transcurrida la vigencia de los W8 y otras pruebas documentales, se proceda a remediar la documentación identificativa justificando la no aplicación de las limitaciones a los beneficios del CDI con EE.UU. para clientes preexistentes (2017);
 - El QI debe aplicar una retención a los rendimientos estadounidenses del 30% salvo que acrediten documentación para aplicar los beneficios de un CDI (dividendos) o intereses (*portfolio interest exemption*);
 - Los QI pueden delegar la retención en el intermediario anterior (habitualmente el custodio) facilitándole la información necesaria para ello asumiendo la responsabilidad subsidiaria;
 - El QI debe tener mecanismos para asegurarse una correcta retención sin excesos ni defectos;
 - Las instituciones QI deberán reportar al IRS en los modelos 1042 y 1042 S la información de los pagos de rendimientos de fuente estadounidense a *Non US person*;
 - Los QI podrán optar por reportar directamente al IRS en los modelos 1099 la información de los pagos de rendimientos US satisfechos a *US person* no reportados por FATCA o facilitar dicha información al intermediario anterior en el pago para que sea este quien reporte;
 - El *QI Agreement* obliga a las IF a establecer un Programa de Cumplimiento de todos los requerimientos QI y FATCA. El nuevo Acuerdo detalla cómo debe realizarse la revisión de dichos procedimientos;
 - Toda IF que sea QI debe emitir una certificación trianual obligatoria respecto al correcto cumplimiento del régimen. Si se revisa el año 2017, la fecha límite para presentar tal certificación es el 31-12-18;

El responsable de QI (RO) debe aportar un informe independiente (interno o externo) en uno de esos tres años que comprende la certificación salvo en caso de obtener un *waiver* o excepción. El *waiver* se obtiene si en los tres años antes al periodo certificado el rendimiento QI está por debajo de los 5 millones de dólares.

rrogable. Mediante el mismo las instituciones financieras se comprometen a comunicar periódicamente información tributaria sobre valores estadounidenses a la autoridad fiscal estadounidense, así como recopilar y custodiar documentación de clientes según las cláusulas del acuerdo.

El incumplimiento de las obligaciones genéricas de informar (reportar datos) en QI conlleva consecuencias tanto económicas, de negocio, así como reputacionales. Se establece una retención básica del 30% en los rendimientos de fuente estadounidense que se satisfagan a los clientes o incluir una identificación completa de sus clientes ante el custodio para que estos puedan aprovechar los beneficios de su CDI con EE.UU. (riesgo de negocio).

Las causas más notorias que pueden resolver el acuerdo QI son:

- defectos significativos en la práctica de las retenciones;
- presentación de modelos tributarios ante el IRS fraudulentos o manifiestamente erróneos;
- incorrecta implantación de un Programa de Cumplimiento específico, así como no realizar las revisiones periódicas establecidas en tal Programa;
- uso de documentación defectuosa, incorrecta o no fiable para la identificación de los titulares de cuentas;
- no atender los requerimientos de información del IRS;
- en caso de estar catalogada como institución financiera extranjera (FFI), incumplimiento significativo de las obligaciones que le corresponden por FATCA en su jurisdicción.

Las obligaciones de documentación de cuentas QI se apoyan en la identificación de estas para conocer si deben ser finalmente incluidas en el informe anual emitido al fisco estadounidense. Así han de emplearse evidencias obtenidas a partir de las bases de datos en las que se basa el conocimiento del cliente (KYC) y su identificación mediante formularios W8 y W9.

El aspecto nuclear del nuevo régimen QI radica en el Programa Consolidado de Cumplimiento y el establecimiento de la figura de un responsable (persona física) del mismo (*Responsible Officer*, RO) en las instituciones financieras firmantes.

Entre sus tareas destacamos:

- redactar políticas y procedimientos para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del acuerdo; comunicar y formar sobre las políticas a las áreas afectadas en la IF;

- garantizar la adecuación de los sistemas para el cumplimiento de las obligaciones QI en conexión con las obligaciones FATCA;
- seguir los cambios de negocio que afecten al cumplimiento del acuerdo y monitorizar los mismos si pueden afectar al cumplimiento QI;
- dar formación a los empleados en relación con las obligaciones derivadas del acuerdo;
- certificar periódicamente la adecuación del Programa;
- designar un auditor (interno o externo pero que pueda acreditar sus conocimientos en esta materia) que certifique la revisión periódica de lo implementado. El informe elaborado por este auditor quedará a disposición del IRS para su eventual solicitud. Este informe contendrá la metodología empleada, el alcance de la revisión, la identificación de deficiencias, así como la recomendación de mejoras posibles;
- ser interlocutor válido (con poderes legales suficientes) antes las autoridades norteamericanas y la entidad financiera.

El responsable ha de certificar cada tres años el correcto cumplimiento del Acuerdo QI basándose en los controles internos establecidos, así como la revisión periódica llevada a cabo y la información ya emitida para el IRS.

Existe una patente convergencia, en ciertos aspectos, entre QI y FATCA hasta el punto de que ambas legislaciones actúan coordinada y simultáneamente. De tal suerte, las dos materias emplean formularios del IRS comunes para recoger datos del cliente de cara a su identificación y clasificación como, por ejemplo, los W-8, tratando de evitar duplicidades en las obligaciones de comunicación de información a las autoridades fiscales norteamericanas.

En conclusión, el régimen QI nace para permitir que las instituciones financieras extranjeras (no norteamericanas), que perciben pagos de rendimientos efectuados por agentes pagadores estadounidenses, puedan comunicar al agente pagador en Estados Unidos de manera agregada (*pool*), el importe de las retenciones a practicar sobre los pagos recibidos en beneficio de sus clientes no estadounidenses sin desvelar sus identidades.

A modo de colofón, y siguiendo a GRINBERG, podría decirse que QI y TRACE son dos modelos de retención anónima con los que los Estados trataban de gravar las cuentas mantenidas fuera de sus fronteras. Aunque QI fue el mayor precedente de un régimen de retenciones anónimo, el tiempo y los escándalos (UBS en EE.UU., véanse los orígenes de FATCA) demostraron que era preciso mejorar QI para evitar un abuso del régimen, que contemplaba facilidades de cara a la evasión fiscal de los contribuyentes estadounidense.

ESTUDIOS

Esta obra analiza el fenómeno del fraude, la evasión y la elusión fiscal desde una perspectiva multidisciplinar y práctica, abordando el estudio desde los planos nacional e internacional. En la primera parte, se indaga, entre otros, acerca de los criterios para la determinación de la residencia fiscal, la catalogación de los paraísos fiscales y la evolución de los convenios para evitar la doble imposición internacional. De igual forma, se examinan una serie de iniciativas legislativas impulsadas por organizaciones internacionales (Naciones Unidas, OCDE, UE) así como por otros actores notables que irrumpen en la regulación del fraude fiscal: las instituciones financieras y los supervisores internacionales.

En la segunda parte se estudia pormenorizadamente la disrupción de dos iniciativas jurídicas contra el fraude fiscal transfronterizo: la *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) y el *Common Reporting Standard* (CRS). Ambas proponen un control de la información tributaria de los contribuyentes sobre un modelo estandarizado de intercambio automático de datos. Relacionamos estas figuras con el ordenamiento jurídico europeo y español, buscando influencias e intersecciones. Finalmente, nos detenemos en los derechos individuales y garantías fundamentales de los ciudadanos frente a estas nuevas codificaciones, prestando especial atención a la protección de los datos personales, objeto de recopilación e intercambio entre los Estados. A continuación, se revisa el panorama nacional en la lucha contra el fraude fiscal, recorriendo las últimas novedades legislativas promulgadas. Cerramos este trabajo explicando, desde un enfoque práctico y real, un caso de *compliance* tributario, que ilustra el compromiso de las entidades financieras en el marco del cumplimiento normativo, basándose en las buenas prácticas procedentes del *soft law* como nuevo resorte para vertebrar fuentes normativas.

ISBN: 978-84-1078-947-0

