

NUEVO ACUERDO ENTRE ESPAÑA Y ESTADOS UNIDOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA FATCA

Nuevo acuerdo entre España y Estados Unidos para la implementación de la FATCA

Recientemente, España y Estados Unidos han anunciado un acuerdo intergubernamental en virtud del cual España se compromete a adaptar la normativa española para recabar de las entidades financieras la información requerida por la FATCA y a intercambiarla de forma automática con Estados Unidos sobre la base de lo dispuesto en el convenio para evitar la doble imposición suscrito entre ambos países. El acuerdo facilitará el cumplimiento de las obligaciones FATCA a las entidades financieras españolas. En este artículo describimos las causas y el contenido del futuro acuerdo, identificando preliminarmente las implicaciones prácticas que se derivarán de él para las entidades financieras españolas.

INTRODUCCIÓN

El pasado 8 de febrero de 2012, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas anunció que España firmaría con Estados Unidos un acuerdo bilateral comprometiéndose a implementar en la normativa española las obligaciones derivadas de la *Foreign Account Tax Compliance Act*, normativa tributaria promulgada en Estados Unidos conocida por el acrónimo FATCA.

Paralelamente, el mismo día, el Tesoro de los Estados Unidos anunciaba la firma de acuerdos bilaterales también con Alemania, Francia, Italia y el Reino Unido para implementar la FATCA en estos países.

Los acuerdos bilaterales suponen una nueva estrategia por parte del Gobierno norteamericano para conseguir que la FATCA sea eficaz. En virtud de los acuerdos, las administraciones tributarias de cada país se comprometen a cumplir una serie de objetivos de información que deberán obtener de las entidades financieras residentes establecidas en sus respectivos territorios respecto a contribuyentes afectados por la FATCA y a intercambiar esa información de forma automática con Estados Unidos.

A continuación, resumimos las causas que han motivado la adopción de la nueva estrategia por parte del Gobierno norteamericano y el contenido del futuro acuerdo bilateral que España firmará con Estados Unidos. Finalmente, analizamos las implicaciones prácticas que se derivarán de ese acuerdo para las entidades financieras españolas y el calendario que estas deben tener en cuenta.

New agreement between Spain and the U.S. to support FATCA compliance

Spain and the U.S. have recently agreed to enter into an agreement pursuant to which Spain will adopt the necessary implementing legislation to collect the information required by FATCA from its domestic financial institutions and will then report that information to the U.S. tax authorities under an automatic exchange system based on the existing tax treaty. The agreement will help Spanish financial institutions to comply with FATCA. In this paper we describe the background and content of the future agreement, preliminarily identifying the practical consequences for financial institutions based in Spain.

FATCA

Tal y como analizamos en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 31-2012, la FATCA fue aprobada el 18 de marzo de 2010 bajo la Administración Obama con la finalidad de combatir el fraude fiscal cometido por personas físicas residentes fiscales en Estados Unidos que, con el fin de ocultar a la autoridad tributaria estadounidense, el *Internal Revenue Service* («IRS»), determinados rendimientos derivados de inversiones en activos financieros, deciden obtenerlos a través de cuentas *off-shore* mantenidas con entidades financieras extranjeras («EFE»).

La normativa está prevista en el Código Fiscal de Estados Unidos y en tres documentos publicados por el IRS que interpretan y desarrollan su contenido (*Notice* 2010-60, *Notice* 2011-34 y *Notice* 2011-53). Adicionalmente, el 8 de febrero de 2012 se publicó el proyecto de desarrollo reglamentario de la normativa (*Proposed Regulations*) y el 26 de julio de 2012 el *Modelo de acuerdo intergubernamental para la implementación de FATCA*, sobre el que luego volveremos.

Básicamente, la FATCA obliga a las EFE a firmar un contrato específico con el IRS bajo el cual asumen las siguientes obligaciones:

- (i) obtener información de cada uno de sus clientes para verificar si la cuenta es titularidad, directa o indirecta, de una persona residente fiscal en los Estados Unidos;
- (ii) seguir los procesos de revisión y auditoría que a tal fin establezca el IRS;
- (iii) suministrar anualmente determinada información sobre las cuentas que sean titularidad

de residentes fiscales en Estados Unidos (nombre del titular, dirección, rendimientos obtenidos, saldos, etc.); y

(iv) obtener una autorización expresa de los titulares para ceder los datos personales o, en caso de no obtenerla, cerrar la cuenta del titular que no dé su autorización.

De esta forma, los clientes residentes fiscales en Estados Unidos titulares de cuentas en EFE se ven obligados a declarar los rendimientos obtenidos en el extranjero al IRS, que, en caso contrario, cuenta con toda la información necesaria que le proporcionan las EFE para inspeccionar a sus contribuyentes.

Si una EFE decide no firmar el contrato FATCA o incumple las obligaciones de identificación de sus clientes residentes fiscales en Estados Unidos y suministro de información al IRS, los agentes de pago estadounidenses deben practicar una retención del 30% sobre todos los rendimientos (intereses, ganancias en la venta de valores, cánones, etc.) que satisfagan a la EFE no cooperante.

En definitiva, las EFE deben decidir si firman el contrato referido con el IRS, aceptando las obligaciones mencionadas de identificación y suministro de información para evitar la retención del 30% sobre todos los rendimientos de fuente estadounidense que perciban, o no lo hacen y asumen el coste fiscal de la retención.

LA NECESIDAD DE UNA NUEVA ESTRATEGIA PARA IMPLEMENTAR LA FATCA

Como no podía ser de otra manera, la finalidad antifraude de la FATCA ha sido aplaudida por la comunidad internacional, pero su alcance y naturaleza ha sido criticada por gobiernos, organismos supranacionales y más de 300 asociaciones de operadores en el sector financiero.

En concreto, la FATCA ha sido criticada porque supone *de facto* una exportación de las obligaciones fiscales de los Estados Unidos al resto del mundo, y su alcance extraterritorial ha sido denunciado desde un inicio (se estima que, aproximadamente, 100.000 EFE se verán afectadas por este régimen). Asimismo, su implementación representará un relevante coste económico para los intermediarios financieros extranjeros, que deberán adaptar sus sistemas operativos e invertir ingentes recursos para asegurar su cumplimiento. Probablemente, los costes de adaptación serán más elevados que los propios ingresos tributarios que la FATCA generará

para el IRS, circunstancia que ha motivado que se cuestione la proporcionalidad de la normativa.

Sin embargo, los mayores obstáculos para su implementación son de tipo jurídico. En concreto, la obligación de que las EFE desvelen la identidad de sus clientes (y la información de sus cuentas) a un organismo extranjero como el IRS colisiona con la normativa de protección de datos vigente en varios países. Obviamente, la exigencia presenta mayores problemas, si cabe, en los países en los cuales existe secreto bancario. Adicionalmente, la FATCA obliga a que las EFE cierren unilateralmente las cuentas de aquellos clientes que no autoricen el traspaso de su información al IRS, exigencia que vulnera el derecho contractual en muchos países.

A la vista de estos impedimentos, Estados Unidos ha adoptado un planteamiento intergubernamental para posibilitar la aplicación de la FATCA mediante acuerdos bilaterales con determinados países que servirán para sortear los impedimentos jurídicos, simplificar su ejecución práctica y reducir los costes para las EFE afectadas por la FATCA.

En esencia, los acuerdos suponen la trasposición de la FATCA a los ordenamientos internos de los países firmantes, de forma que las EFE podrán evitar la retención del 30% cumpliendo con la normativa interna de sus propios países, previamente adaptada a las exigencias de la FATCA. Posteriormente, las administraciones tributarias de los países firmantes intercambiarán directamente la información con el IRS sobre la base de lo previsto en los convenios para evitar la doble imposición.

EL ACUERDO INTERGUBERNAMENTAL FATCA

En virtud del acuerdo intergubernamental FATCA, Estados Unidos eliminaría la obligación de toda EFE establecida en los países firmantes («País Socio FATCA») de firmar el contrato FATCA con el IRS. Permitiría a las EFE establecidas en el País Socio FATCA cumplir las obligaciones declarativas contraídas en virtud de la FATCA comunicando la información al País Socio FATCA en lugar de directamente al IRS. Y lo que es más importante, eliminaría la retención aplicable en los Estados Unidos sobre los pagos a las EFE establecidas en el País Socio FATCA. Al mismo tiempo, en la versión del modelo de acuerdo con reciprocidad, Estados Unidos se comprometería a recopilar y comunicar de forma automática a las autoridades del País Socio FATCA la información referida a cuentas que posean en los Estados Unidos residentes fiscales del País Socio FATCA.

El 26 de julio de 2012 se publicó el *Modelo de acuerdo intergubernamental para la implementación de FATCA* («Modelo»). Este modelo servirá de base para los acuerdos bilaterales que los cinco países europeos (incluyendo España) firmarán próximamente con Estados Unidos, así como con otros países o jurisdicciones que se sumen al proceso. De hecho, el Reino Unido y Estados Unidos firmaron ya el 14 de septiembre el primer acuerdo intergubernamental para la implementación de la FATCA.

El Modelo establece que los acuerdos intergubernamentales para la implementación de la FATCA que firmarán los Estados Unidos y los Países Socios FATCA entrarán en vigor en 2013 o en la fecha en la cual las partes hayan cumplido sus formalidades internas para que los acuerdos entren en vigor.

El Modelo tiene una parte general y dos anexos. La parte general incluye una serie de definiciones, las obligaciones de obtención e intercambio automático de información que asumen los Estados Unidos y el País Socio FATCA, las implicaciones para las EFE en el País Socio FATCA y los procedimientos administrativos de colaboración. El Anexo I describe las obligaciones de *due diligence* que las EFE deben llevar a cabo en relación con las cuentas de sus clientes para determinar si están afectadas por la FATCA. Finalmente, el Anexo II relaciona una serie de EFE y productos de inversión que se consideran exentos a efectos FATCA. Esta última sección se negociará país por país.

Debe mencionarse que Estados Unidos ha negociado con Suiza y Japón un acuerdo intergubernamental específico para la implementación de la FATCA en estos países, bajo un Modelo distinto adaptado a las particularidades legales y de la industria financiera de estos países. En general, el Modelo en estos dos países prevé que las EFE suministren directamente gran parte de la información requerida al IRS y que las autoridades de estos países aporten información adicional a requerimiento de Estados Unidos.

En consecuencia, actualmente coexisten dos procedimientos para el cumplimiento de las obligaciones FATCA: por un lado, las EFE residentes en un País Socio FATCA deberán proporcionar a sus autoridades fiscales nacionales la información requerida bajo la normativa interna de sus propios países, que serán quienes posteriormente intercambiarán de forma automática la información con el IRS (a excepción de las EFE residentes en Suiza y Japón, que proporcionarán directamente la información al IRS); y, por otro lado, las EFE que sean residentes en países que no sean País Socio FATCA, por no haber firmado con Estados Unidos un acuerdo

intergubernamental específico para la implementación de la FATCA, deberán firmar un contrato FATCA con el IRS y reportar directamente a los Estados Unidos la información requerida.

CALENDARIO E IMPLICACIONES PRÁCTICAS DE LOS ACUERDOS FATCA

En principio, si no hay nuevas prórrogas, las obligaciones que establece la FATCA serán exigibles a partir del 1 de enero de 2014.

La complejidad de la normativa, el alcance de las obligaciones que establece y el coste fiscal derivado de su inobservancia habían motivado que las EFE españolas hubieran comenzado ya a analizar individual y colectivamente, a través de las asociaciones que representan sus intereses, los efectos prácticos que para ellas conllevaría.

La firma del acuerdo intergubernamental para la implementación de la FATCA entre España y Estados Unidos es una buena noticia para las EFE españolas en la medida en que simplificará y facilitará su cumplimiento. En efecto, la «españolización» que supondrá la transposición de la normativa FATCA al ordenamiento jurídico español y el hecho de que sea la propia Administración tributaria quien recabe la información suministrada por las EFE españolas, mediante la presentación de modelos tributarios adaptados, simplificará notablemente los procesos internos y los costes de implementación. Es más, la simplificación del nuevo régimen puede llegar a ser una ventaja competitiva de las EFE residentes en Países Socios FATCA frente a aquellas que tengan que aplicar, directamente, la normativa norteamericana y mantener relaciones con el IRS por el hecho de residir en un territorio que no sea País Socio FATCA.

En todo caso, las EFE españolas deben continuar monitorizando la evolución normativa de la FATCA, la reacción de la Unión Europea ante la firma de acuerdos bilaterales por parte de países miembros en la materia y, especialmente, revisar el Acuerdo intergubernamental para la implementación de la FATCA que finalmente firmen España y Estados Unidos cuando se publique, previsiblemente, en los próximos meses.

CARLOS DURÁN HAEUSSLER*

* Abogado del Área de Derecho Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Barcelona).