

El fin del secreto bancario global: el intercambio automático de información financiera en materia fiscal

I.- INTRODUCCIÓN

Nos encontramos en un contexto internacional donde la globalización, unida al avance de la tecnología y la creciente necesidad de recaudación de los países, junto con la propia dinámica de la agenda de la OCDE y los encargos al G-20, han demostrado que los principios impositivos basados en las experiencias nacionales individuales han quedado desactualizados.

En ese contexto, la cumbre del G-20, celebrada en Moscú el 19 y 20 de julio de 2013, aprobaba las propuestas de la OCDE, entre las cuales se encontraban: aumentar la cooperación fiscal internacional y la transparencia, a través del intercambio automático de información entre jurisdicciones.

En dicha oportunidad, se definió qué información financiera se comenzaría a intercambiar automáticamente, así como el desarrollo de una plataforma operativa, que incluyera un marco jurídico y normativo adecuado, que asegure la confidencialidad, así como una tecnología compatible entre jurisdicciones y el software necesario para ello.

En efecto, para poder llevar a cabo esa serie de recomendaciones, debía –asimismo– desarrollarse una plataforma legal multilateral, para apoyar los acuerdos de ayuda administrativa mutua en materia fiscal.

Posteriormente, en el marco de la reunión del Foro de Transparencia Global e Intercambio de Información con

Fines Fiscales¹, patrocinado por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), en Berlín, Alemania, el 28 y 29 de octubre de 2014, un importante número de países de la OCDE, del G-20 y otras jurisdicciones –entre ellos Uruguay– se comprometieron a adoptar el estándar para el intercambio automático de información financiera en materia fiscal y lanzar sus primeros intercambios en 2017, y un segundo grupo de países en 2018.

Argentina se encuentra en el grupo que se comprometió para el año 2017; Chile, Brasil y Uruguay para el 2018. Se comprometieron en dicha instancia un total de 89 jurisdicciones, cinco países se resistieron a firmar el acuerdo, a saber: Panamá, Bahrein, Islas Cook, Nauru y Vanuatu. Preocupaba la resistencia de Panamá –importante centro financiero–, que podría ser el escenario escogido para las operaciones que están fuera de la lupa de las administraciones fiscales.

Sin embargo, Panamá e Islas Cook se unieron a la lista de jurisdicciones que intercambiarán automáticamente información fiscal a partir de 2017, decisión tomada durante la octava reunión del Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información Tributaria en Barbados. En la reunión tuvieron lugar 13 nuevas adhesiones al Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes: Antigua y Barbuda, Barbados, Belice, Bulgaria, Granada, Japón, Islas Cook, Islas Marshall, Niue, Santa Lucía, San Martín, San Vicente y las Granadinas y Samoa, lo cual refuerza el marco operativo internacional de intercambio de información².

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), entidad que organizó el evento de Barbados, al que acudieron representantes de 128 jurisdicciones, informó que con la adhesión de Panamá y las

¹ El Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales está integrado por 126 países, miembros y no miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Uruguay es miembro pleno y fundador del foro constituido en septiembre de 2009.

² <http://www.oecd.org/newsroom/el-foro-global-sobre-transparencia-fiscal-impulsa-la-cooperacion-internacional-contra-la-evasion-de-impuestos.htm>

Islas Cook son 96 los territorios que se unen al acuerdo internacional.

La norma, en sí, está dirigida a combatir la evasión fiscal internacional, a través de la cooperación entre las administraciones tributarias de los diferentes Estados participantes.

De conformidad con sus disposiciones, los Estados participantes deberán obtener determinada información de las instituciones financieras residentes en su territorio, sobre cuentas financieras de personas físicas y jurídicas, residentes –a efectos fiscales– en otros países acogidos a la norma, así como intercambiar dicha información con el resto de Estados participantes y con una periodicidad anual.

II.- SU ANTECEDENTE: EL FATCA

Esta forma de lucha contra el fraude fiscal tiene como antecedente el FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*), introducido por los Estados Unidos y a través del cual las instituciones financieras no estadounidenses se encuentran obligadas a suministrar información a la administración tributaria norteamericana, directamente o por medio de las autoridades fiscales de su país, sobre las personas o entidades contribuyentes de impuestos en los EE.UU., que son titulares de cuentas en dichas instituciones.

Siguiendo el camino iniciado por FATCA, los gobiernos de Francia, Alemania, Italia, España y Reino Unido, emitieron un comunicado conjunto el 9 de abril de 2013, en el que anunciaban su intención de desarrollar un intercambio automático de información mutuo, como el que se habían comprometido a mantener con los EE.UU. A esta iniciativa se unieron otras naciones como Bélgica, Países Bajos, México o Australia. Fue así que el 19 de abril de 2013, los líderes del G-20 decidieron solicitar a la OCDE la elaboración de una norma multilateral que permitiese el intercambio automático de información. He allí la génesis que culminó con el tratado multilateral de Berlín, objeto de análisis del presente trabajo.

III.- LA PERSPECTIVA URUGUAYA

En la reunión del Foro de Transparencia Global e Intercambio de Información con Fines Fiscales, en Berlín, surgió el compromiso de Uruguay (*commitment*) de adherirse al *Common Reporting Standard* (llamado CRS) en materia de intercambio automático de información financiera a efectos fiscales, a partir del año 2017, fecha que fue postergada al 2018, de acuerdo al documento de la OCDE de julio del corriente³, en donde consta que Uruguay, como Chile, ha prorrogado el compromiso para el año 2018.

Uruguay está bien calificado, y en la actualidad se lo equipara con países como Brasil, Chile, Alemania, Italia, Reino Unido y Estados Unidos, gracias al conjunto de acciones desplegadas en materia de cooperación fiscal internacional, a saber: los ajustes normativos en materia tributaria y societaria, así como la aprobación por parte del Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales del informe técnico Fase 2 de Uruguay, el cual obtuvo una calificación de «Cumplido Mayormente». Así lo expresa el comunicado emitido por el MEF con fecha 16 de marzo de 2016⁴.

Si bien la modalidad referida *ut supra*, implica proveer información año a año, sobre todos los no residentes que realicen transacciones en el país, que puedan tener relevancia fiscal, de llegar a implementarse –en el caso uruguayo–, se informaría solo en los casos que se trate de contribuyentes residentes en países con los que Uruguay tenga acuerdos de intercambio de información.

Ahora bien, es menester destacar que todos los acuerdos de intercambio de información que firmó Uruguay, hasta el momento, prevén el intercambio en base a solicitudes puntuales de los fiscos, puesto que el gobierno uruguayo ha procurado evitar las denominadas «expediciones de pesca». Es decir, que los fiscos pidan información al barrer para, en una instancia posterior, seleccionar la

³ <http://www.oecd.org/tax/transparency/AEOI-commitments.pdf>

⁴ <http://presidencia.gub.uy/comunicacion/comunicacionnoticias/mef-comunicado>

que es fiscalmente relevante. Un ejemplo claro lo ha sido el acuerdo bilateral con Argentina.

Por lo que, de *prima facie*, no hay claridad sobre el panorama uruguayo, dado que para poder implementar esta modalidad, Uruguay debería renegociar prácticamente los acuerdos suscritos con otros países y, por otra parte, no puede perderse de vista que de acuerdo a su ordenamiento jurídico, significaría una lesión directa al derecho de intimidad o de privacidad de los contribuyentes, de raigambre constitucional.

Si bien muchos autores identifican el derecho a la intimidad y el derecho a la privacidad, parte de la doctrina prefiere diferenciarlos: «El derecho que se trata de proteger no es solamente el de la intimidad, sino algo con mayor profundidad, que en los ordenamientos de ámbito anglosajón se ha dado en llamar ‘privacy’ y que nosotros hemos castellanizado como privacidad», según lo expresa el Dr. Carlos E. Delpiazzo⁵.

Es incuestionable la falta de garantías que apareja la adopción de esta modalidad de envío de datos bancarios para los derechos de los contribuyentes que, como consecuencia, conllevaría a la realización de «expediciones de pesca» que Uruguay tanto ha pretendido evitar. Por lo que será todo un desafío descifrar cómo llevar a la práctica, lo que acordó en teoría...

IV.- LA PERSPECTIVA ARGENTINA

El panorama argentino es un tanto diverso. Argentina firmó el acuerdo multilateral precitado para la aplicación inminente del estándar global referido al Intercambio Automático de Información de Cuentas Financieras entre las autoridades fiscales.

Para dicho país es una herramienta que sirve para un mejor funcionamiento de las leyes tributarias nacionales. Y específicamente para la AFIP, es un instrumento significativo para combatir la elusión y evasión tributaria de sus contribuyentes.

⁵ http://www.fder.edu.uy/contenido/pdf/9jornadas_idi.pdf

Si bien Argentina tiene acuerdos bilaterales tributarios o aduaneros con más de la mitad de países que adhirió a este acuerdo, el hecho de haber suscrito la Convención Multilateral OCDE, amplía sus opciones de cooperación para fines fiscales.

Internamente, la AFIP procura el avance para el cumplimiento de las pautas tecnológicas y de confidencialidad que exige este nuevo estándar. Argentina se encuentra dentro del grupo de países que lo implementará en forma temprana, por ende, comenzará a intercambiar información bajo esta modalidad a partir del año 2017.

V.- LA PERSPECTIVA PANAMEÑA

Si bien Panamá se unió a la lista de la OCDE que intercambiarán información fiscal automáticamente, anunció que lo hará bajo ciertas condiciones, esto es: en principio comenzará a aplicar el mecanismo no el año 2017, sino que lo postergó para 2018. Por otra parte, el gobierno de la República de Panamá aclaró ante los usuarios de la plataforma financiera y de servicios en Panamá, así como a la comunidad internacional, que si bien su país ha anunciado su compromiso para aplicar el mecanismo de intercambio de información automática, este se realizará estrictamente de manera bilateral, recíproca y condicionada, a fin de garantizar la protección de la confidencialidad, tal como fue anunciado por el Presidente Juan Carlos Varela el pasado mes de septiembre, durante la 70ª Asamblea General de Naciones Unidas, en Nueva York⁶.

VI.- EL ESTÁNDAR PARA EL INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMACIÓN FINANCIERA EN MATERIA FISCAL

Tres preguntas nos hacemos los tributaristas: *¿Cuál fue el compromiso adoptado en Berlín? ¿Cómo se imple-*

⁶ <http://www.panamaamerica.com.pa/economia/panama-postergara-intercambio-de-informacion-fiscal-de-ocde-para-2018-998703>

mentará? y *¿Cuándo?* Todas ellas serán respondidas en este trabajo, de forma anárquica, pero eficaz.

Cuando se hizo referencia al FATCA, como su antecedente inmediato, se trajo a colación en razón de que, a los efectos de facilitar la implementación del acuerdo multilateral, esto es, la norma sobre intercambio automático de información de la OCDE, la misma ha sido elaborada sobre la base de uno de los modelos de acuerdo intergubernamental para aplicar el FATCA, firmado entre los EE.UU. y algunos países: el denominado *Modelo 1A*.

En el referido modelo, las instituciones financieras se obligaron a comunicar la información exigida a las autoridades fiscales de su país de residencia, para que estas, a su vez, suministren dicha información a las autoridades fiscales norteamericanas.

De igual forma, la norma aprobada por la OCDE se compone de dos partes: la primera se encuentra conformada por el articulado que constituye el acuerdo alcanzado entre los países firmantes para permitir el intercambio recíproco de información, el «Model Competent Authority Agreement» o «Modelo CAA». La segunda parte está conformada por los procedimientos de *due diligence* y comunicación, el «Common Reporting and Due Diligence Standard» o «CRS».

VII.- EL MODELO CAA

El presente modelo recoge las bases legales del acuerdo. Esto es, lo que permitirá el intercambio recíproco y automático de información entre los países firmantes.

El mismo se conforma de cinco considerandos (*whereas*), los cuales reflejan la intención de las partes de iniciar el intercambio automático de información, así como de sujetar su aplicación a los términos establecidos en el acuerdo.

El fundamento jurídico de la norma de intercambio automático puede situarse, como el Modelo 1A de FATCA, en el artículo 6 de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, así como en los artículos equivalentes de los convenios internacionales

para evitar la doble imposición, que se refieren al intercambio de información tributaria.

Los Estados partes declaran disponer de mecanismos legales suficientes para salvaguardar la confidencialidad, así como limitar el uso de la información obtenida.

Asimismo, se establece una serie de definiciones respecto de cuándo se entiende que una institución financiera, una cuenta financiera y una persona sujeta a comunicación, pertenecen a cada uno de los Estados, siendo el criterio determinante: *la residencia a efectos fiscales*.

En cuanto a los términos no definidos en la norma, se remite subsidiariamente a la legislación interna de cada jurisdicción, donde deberá prevalecer siempre el significado determinado con arreglo a las leyes fiscales.

Por otra parte, se regula la información que cada jurisdicción debe de suministrar a la otra. Así, en relación a las cuentas financieras sujetas a comunicación, cada institución financiera deberá informar sobre:

1) El nombre, domicilio, NIF⁷ y la fecha de nacimiento del titular de la cuenta, que *sea una persona sujeta a comunicación*. Estas son las *personas físicas o jurídicas* residentes a efectos fiscales en los otros Estados, así como ciertas entidades cuyos accionistas que ejercen el control son personas sujetas a comunicación.

2) El número de cuenta.

3) El nombre y número de identificación, en su caso de la institución financiera.

4) El saldo o valor de la cuenta al final del año civil.

5) En el caso de una cuenta de custodia: i) el importe bruto total en concepto de intereses, dividendos y de otras rentas, generados en relación con los activos depositados en la cuenta, pagados o debidos en la cuenta y ii) los ingresos totales brutos derivados de la enajenación o reembolso de bienes, pagados o debidos en la cuenta.

6) En el caso de una cuenta de depósito, el importe bruto total de intereses pagados o debidos en la cuenta durante el año civil.

7) En el caso de una cuenta no mencionada en los apartados anteriores, el importe bruto total pagado o debido al titular de la cuenta.

⁷ Número de Identificación Fiscal.

Esta información es la misma que la solicitada para el cumplimiento de la normativa FATCA bajo el Modelo 1A, por lo que los procedimientos elaborados por las instituciones financieras para su obtención, podrían ser utilizados para aplicar la norma OCDE.

Finalmente, se fijan los términos de la colaboración entre las partes, que incluyen el compromiso de ambas de notificar a la otra, los incumplimientos y errores que se hayan podido producir en aplicación de los procedimientos de *due diligence* y de comunicación de la información, y se incluyen cláusulas de confidencialidad, consulta y modificaciones al acuerdo, así como su entrada en vigor.

VIII.- PROCEDIMIENTOS DE DUE DILIGENCE Y COMUNICACIÓN («CRS»)

La norma sobre intercambio de información, publicada por la OCDE, contiene un anexo, que es el que incluye el texto de la futura norma para la comunicación y *due diligence* de cuentas financieras, el «Common Reporting and Due Diligence Standard» o «CRS».

La adopción de la CRS deberá ser plasmada en la legislación interna de cada Estado, dentro de un marco normativo que legitime su aplicación y que tenga como base el acuerdo comprendido en el Modelo CAA.

En cuanto a las cuentas financieras sujetas a comunicación, estas son aquellas de las que sean titulares personas sujetas a comunicación, esto es, personas físicas o entidades, identificadas por las instituciones financieras de un Estado, como residentes fiscales del otro Estado; así como entidades que si bien no son instituciones financieras que sean pasivas, pero cuyas personas de control se encuentren sujetas a comunicación.

Los procedimientos de *due diligence* de las cuentas financieras se diferencian en razón de que se trate de cuentas preexistentes o nuevas, de personas físicas o jurídicas. Las cuentas preexistentes son aquellas que se encontraban abiertas en una fecha determinada, a contrario *sensu*, son cuentas nuevas las que se abran con posterioridad a

dicha fecha, esta «fecha» aludida aún se encuentra pendiente de ser determinada en texto expreso.

Respecto de los procesos de revisión a los que se deben someter las *cuentas financieras preexistentes* de personas físicas, es menester destacar que el FATCA permite que las instituciones financieras no sometan a *due diligence* a aquellas cuentas preexistentes, cuyo valor no supere los 50.000 dólares. Sin embargo, la CRS no otorga esta posibilidad, por lo que las instituciones financieras de un Estado deben someter a revisión todas las cuentas preexistentes de personas físicas con independencia de su saldo.

Por otra parte, el procedimiento de *due diligence* tiene como objetivo identificar la residencia, a efectos fiscales, de los titulares de las cuentas a través de la información que mantiene la institución financiera en su base de datos. En el caso de las cuentas, cuyo saldo o valor supere el 1.000.000 de dólares, el proceso de análisis debe reforzarse a través de procesos adicionales.

En relación a las *cuentas nuevas*, las instituciones financieras deberán solicitar una declaración al titular en el momento de apertura de dicha cuenta, que le permita determinar su residencia a todos los efectos fiscales.

En cuanto a las cuentas preexistentes, titularidad de entidades, están sujetas a un procedimiento de *due diligence* que se caracteriza por lo siguiente: al igual que el FATCA, la CRS no exige a las instituciones financieras la revisión de las cuentas preexistentes de entidades cuyo saldo o valor no exceda los 250.000 dólares.

Asimismo, durante el procedimiento de *due diligence* de las cuentas preexistentes, las instituciones financieras deben identificar la residencia fiscal de la entidad titular de la cuenta, sea a través de información pública, o bien obtenida en aplicación de los procedimientos denominados «conozca a su cliente», conforme a la legislación contra el blanqueo de capitales.

Siempre que la entidad titular de la cuenta no sea sujeta a comunicación, la institución financiera deberá determinar si la entidad es *activa* a partir de la información de la que disponga; o si la entidad es *pasiva*. Adicionalmente, deberá averiguar quiénes son las personas de control y si las mismas están sujetas a comunicación.

En aquellas cuentas cuyo saldo sea mayor de 1.000.000 de dólares, estará obligada a obtener una declaración de las personas que ejercen el control sobre su residencia.

Por otro lado, la revisión de las cuentas nuevas requiere que las instituciones financieras soliciten, en el momento de apertura de la cuenta, una declaración que determine la residencia fiscal de la entidad.

IX.- IMPLEMENTACIÓN DE LA CRS

La norma de referencia incluye un compromiso de los Estados de adoptar todas las medidas legales y administrativas necesarias para asegurar su debido cumplimiento. Entre el abanico de medidas que deberán implementar los Estados, destacan: evitar que las instituciones financieras, los intermediarios y las personas, lleven a cabo prácticas elusorias de los procesos de revisión. Asimismo, imponer a las instituciones financieras la obligación de mantener documentación acreditativa de que se han completado correctamente los procedimientos de *due diligence* y de comunicación de cuentas financieras. Supervisar el cumplimiento de las instituciones financieras, y asegurar que las condiciones que determinan la exclusión de la definición de institución financiera, sean cumplidas por las entidades correspondientes. Todo lo cual indica que la OCDE traslada a cada país la labor *–responsabilidad–* de supervisar y, en su caso, corregir el cumplimiento de la norma, en consideración a las premisas expresadas *ut supra*.

XI.- CALENDARIO PARA EL INTERCAMBIO DE LA INFORMACIÓN

La norma sobre el intercambio de información publicada por la OCDE no prevé todavía un calendario con plazos específicos para la implementación de los procedimientos de *due diligence* y de comunicación de las cuentas financieras. Sin embargo, puede decirse que el primer intercambio de información se referirá solo a las *cuentas preexistentes*, titularidad de personas físicas, *con saldo*

superior a 1.000.000 de dólares, y a las *cuentas nuevas*, y se llevará a cabo a finales de septiembre de 2017.

Por otra parte, la información relativa a las *cuentas preexistentes*, titularidad de personas físicas y entidades, cuyo *saldo sea inferior a 1.000.000 de dólares*, deberá comunicarse en el mes septiembre de 2017, o en 2018, según cuando sean identificadas como cuentas sujetas a comunicación.

XII.- CONCLUSIÓN

Si partimos de la base que en la propia declaración del G-20 se expresa la intención de acabar con el secreto bancario, es indudable que el fin del secreto bancario a nivel global es solo cuestión de tiempo y ajustes normativos de la jurisdicción de cada país.

Esto sucederá y, probablemente, comenzaremos a ver los primeros atisbos en el año 2017, con la actuación Argentina, cuyo afán será acercarse a lo que no ha podido hasta ahora. Esto es, a sus *contribuyentes globalizados*.

En el caso puntual uruguayo, el panorama es más complejo aún: donde su afán por salir de la lista gris, allá por el año 2009, lo ha llevado a firmar un sinfín de acuerdos bilaterales de intercambio de información tributaria, con diversos países y donde ha fijado posición en cuanto a evitar el famoso *phishing*, donde la ironía reina, puesto que su buen comportamiento frente a la OCDE es lo que llevará a que se le dificulte poder cumplir con el compromiso de adherirse al *Common Reporting Standard (CRS)* en materia de intercambio automático de información financiera, a efectos fiscales en 2018, puesto que los pedidos de información deberán ser *puntuales*, debiendo respetar la *Carta Magna*, que es la reina de los principios de las garantías de los contribuyentes uruguayos.

Uruguay ha ido socavando el secreto bancario ya desde la reforma tributaria, en el año 2007, donde el escenario siempre fue el mismo: leyes como satélites gravitando alrededor de la Constitución, como si no formaran parte de un orden jurídico, donde la pirámide *kelseniana* ha quedado en el olvido y el mañana nos espera con un universo más amplio y complejo aún, donde la sinergia está

lejos de existir y «donde el fin de algunos justifica los medios de todos».

Flavia Mazzucco
Dra. en Derecho y Ciencias Sociales.
Abogada Senior del Estudio Kaplan,
Consultores Tributarios, Auditores.

BIBLIOGRAFÍA

- Calabria Barreto, L. (2012). «Ley Fatca: ¿Una nueva perforación del secreto bancario uruguayo». *Revista Tribuna del Abogado*. Agosto/septiembre Nro. 179, pág.10 – 13. Ed. CAU. Uruguay
<http://www.oecd.org/tax/>
<https://www.mef.gub.uy/>
<http://www.presidencia.gub.uy>
<http://www.dgi.gub.uy/>
<http://www.afip.gob.ar>
<http://www.dialogofiscal.gob.ar/internacionales/intercambioAutomatico.aspx>
- Mazzucco, F. (Julio 2012). «Proyecto de ley de acciones al portador. Reflexiones en torno al secreto tributario, secreto profesional y secreto bancario en Uruguay». *Revista Panorama Económico & Empresarial*, Nro.7. Estudio Kaplan. Uruguay
- Pina Montaner, V. (2014). «La norma internacional sobre el intercambio automático de información de cuentas financieras». *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N°37, pág. 128. Madrid.
- Viñales, G. (10 de noviembre de 2014). «Uruguay y la cooperación internacional contra la evasión fiscal». *Diario El Observador*. Uruguay.