

¿Escapar del subdesarrollo?

Intercambio de información a los fines tributarios y sus perspectivas para los países en vías de desarrollo

Maestría en Derecho Tributario
Universidad Torcuato Di Tella
Alumna: Mariana Baron
Director: Axel Verstraeten

Buenos Aires, mayo de 2017

INDICE

1. Introducción.....	1
2. Desarrollo	3
2.1. Camino transcurrido: desde cooperación en materia fiscal a intercambio automático de información	3
2.2. Sistemas vigentes en materia de intercambio de información	12
2.2.1. Intercambio a requerimiento	13
2.2.2. Intercambio espontáneo.....	14
2.2.3. Intercambio automático.....	15
2.3. Mecanismos vigentes. Críticas generales e impacto para los países en desarrollo en particular	15
2.3.1. Estados Unidos y <i>Foreign Account Tax Compliance Act</i> (“FATCA”).....	15
2.3.1.1. Orígenes de la normativa. Desde el caso UBS a la sanción de la ley.....	15
2.3.1.2. Cuál es el propósito y cómo funciona FATCA	17
2.3.1.3. Análisis crítico del sistema FATCA.....	20
2.3.1.1.1. Aspectos críticos en cuanto al alcance personal de FATCA	21
2.3.1.1.2. Aspectos críticos en cuanto al alcance territorial de FATCA.....	24
2.3.1.1.3. Aspectos críticos en cuanto al alcance material de FATCA.....	26
2.3.1.1.4. El carácter unilateral de FATCA en el marco del multilateralismo propuesto por la OCDE. Incidencia para los países en vías de desarrollo	27
2.3.2. Modelo Rubik y sistema Suizo.....	34
2.3.2.1. Cuál es el propósito y cómo funciona el modelo Suizo	35
2.3.2.2. Análisis crítico del sistema Suizo.....	37
2.3.2.2.1 Aspectos críticos en cuanto a los costos y la carga administrativa del Modelo Rubik 37	
2.3.2.2.2 Aspectos críticos en cuanto al alcance personal del modelo Rubik	39
2.3.2.2.3 Aspectos críticos en cuanto al alcance material del modelo Rubik.....	41
2.3.2.3. El sistema Suizo como una alternativa para los países en vías de desarrollo. Ventajas comparativas frente a un sistema de intercambio automático de información	42
2.3.3. La OCDE y el intercambio automático de información.....	44
2.3.3.1. Del artículo 26 del Modelo OCDE al intercambio automático	44
2.3.3.2. Algunos aspectos críticos de la iniciativa OCDE.....	47
2.3.3.3. Desafíos que enfrentan los países en desarrollo en materia de intercambio automático de información al amparo de la iniciativa OCDE.....	47
2.3.3.3.1. Aspectos críticos en cuanto a la participación de los países en vías de desarrollo en la iniciativa OCDE.....	49
2.3.3.3.2. Desafíos en materia administrativa. Costos, eficiencia e implementación...50	
2.4. Transparencia fiscal. Límite entre información y derechos a la privacidad del contribuyente	52
2.5. Transparencia fiscal absoluta. ¿Es realmente un incentivo al cumplimiento fiscal? Relación con la moral fiscal.....	57
3. Conclusión.....	63

Intercambio de información a los fines tributarios: perspectivas para los países en vías de desarrollo

1. Introducción

El trabajo de la OCDE en materia de transparencia e intercambio de información ha resultado no en un mero reemplazo del estándar para intercambiar información sino en un cambio de paradigma. El corazón del sistema de derecho internacional tributario, que antes se basaba en tratados bilaterales que posibilitaban el intercambio de información a los únicos fines de garantizar la correcta recolección de impuestos, ha sido rediseñado para convertirse en un complejo sistema legal coordinado globalmente en el cual la transparencia fiscal absoluta y el intercambio de información tributaria juegan un papel central en la lucha contra la evasión internacional y la recolección de tributos.¹

La OCDE ha afirmado que a medida que el mundo se vuelve más globalizado, y las actividades y negocios internacionales son la norma, los fiscos deben trabajar juntos para garantizar que los contribuyentes paguen la cantidad debida de impuestos en la jurisdicción correcta. Para cumplir con el desafío, los Estados deben estar dotados de las herramientas legales, administrativas y tecnológicas adecuadas. En este contexto, la cooperación internacional entre autoridades fiscales a través del intercambio automático de información ha sido crucial para posicionar a los Estados en un lugar que les permita estar a tono con la actual economía globalizada.²

La OCDE y los países desarrollados que la integran han sido los propulsores y mentores de los cambios y compromisos asumidos en materia de intercambio de información como herramienta para combatir la evasión internacional. Como gestores de este nuevo proceso, los países desarrollados se beneficiarán del intercambio automático de información. La pregunta es, sin embargo, cómo y con qué extensión se beneficiarán los países en vías de desarrollo.

Es claro que los países en vías de desarrollo deben de alguna manera beneficiarse de la transparencia fiscal. Estudios revelan que el volumen de flujo ilícito de capitales

¹ CARLOS OTAVIO FERREIRA DE ALMEIDA, "International tax cooperation, taxpayers' rights and bank secrecy: Brazilian difficulties to fit the global standard", *21 Law and Business Review of the*

² Declaración de la OCDE, disponible en <http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/>

desde países en desarrollo al exterior alcanza los \$850 billones de dólares anuales.³ Se estima que los países en desarrollo dejan de percibir cerca de \$156 billones de dólares por año en activos que sus contribuyentes poseen en el exterior y no declaran. Es decir, la percepción de tributos por parte los países en vías de desarrollo, el acceso a la información fiscal de sus residentes con activos fuera de su territorio y la erradicación de la evasión juegan un rol clave en el crecimiento de estos países.

La OCDE ha reconocido que la necesidad de obtener ingresos por parte de los países en vías de desarrollo, las altas tasas de corrupción, la evasión fiscal y el fraude en aquellos países resalta la importancia de la transparencia fiscal global para que los países en vías de desarrollo puedan detectar la ubicación de la riqueza que ha ilícitamente escapado a la tributación.⁴ La OCDE continúa diciendo que para detectar la riqueza que ha sido escondida en el exterior y no declarada y para que los países en vías de desarrollo puedan recaudar esos impuestos, el intercambio automático de información es una herramienta superior al intercambio a requerimiento.⁵ Sin embargo, el organismo también reconoce que el intercambio de información automática constituye un desafío para aquellos países en vías de desarrollo que no cuentan con la capacidad técnica y administrativa para implementar un estándar al nivel de un país desarrollado.

Se ha llegado a afirmar que para los países en vías de desarrollo no resulta viable implementar un sistema de intercambio automático de información en la medida en que no cuentan con los recursos administrativos, humanos o técnicos para utilizar la información como herramienta para recaudar tributos. Por el contrario, un sistema como el Modelo Rubik, que les garantice la percepción de tributos en forma anónima sobre ganancias que sus residentes tengan en el extranjero, y sin que el país de residencia deba iniciar procedimientos de determinación, sería más beneficioso. Quizás los países en vías

³ DEV KAR Y SARAH FREITAS, “Illicit Flows From Developing Countries: 2001-2010”, *Global Financial Integrity*, Sección Reportes (15 de diciembre de 2012) disponible en <http://www.gfintegrity.org/report/illicit-financial-flows-from-developing-countries-2001-2010/> (acceso el 20/12/2016).

⁴ OCDE, “Automatic Exchange of Information: A Roadmap for Developing Country Participation”, 5 de agosto de 2014, disponible en <http://www.oecd.org/tax/transparency/global-forum-AEOI-roadmap-for-developing-countries.pdf> (acceso el 07/02/2017).

⁵ OCDE, “Automatic Exchange of Information: A Roadmap for Developing Country Participation”, 5 de agosto de 2014, disponible en <http://www.oecd.org/tax/transparency/global-forum-AEOI-roadmap-for-developing-countries.pdf> (acceso el 07/02/2017).

de desarrollo se verían más beneficiados al celebrar acuerdos bilaterales con países desarrollados bajo un sistema similar al que Estados Unidos ha ideado bajo la normativa FATCA.

El objetivo de esta tesis es vislumbrar cuál es el modelo en materia de intercambio de información tributaria y transparencia fiscal que mejor tutela los intereses de los países en vías de desarrollo. Para responder a este interrogante, analizaremos los diferentes modelos vigentes en materia de transparencia fiscal e intercambio automático de información fiscal, se explicarán sus mecanismos de funcionamiento, y cuáles son las críticas generales a cada sistema, con particular énfasis en la perspectiva de los países en vías de desarrollo. Por último, se intentará determinar cuál de estos sistemas se adapta mejor a las características, particularidades e intereses de los países en vías de desarrollo. Esta tesis se focalizará en la alternativa propuesta por los Estados Unidos (FATCA) y el sistema Suizo basado en una retención definitiva de impuestos (modelo Rubik), y la propuesta de la OCDE.

Este trabajo también intentará detectar si existen y cuáles son las lagunas o fallas de cada uno de estos sistemas para en última instancia determinar cuál es la alternativa más viable para lograr un adecuado balance entre la potestad estatal de recaudación y acceso a la información de los contribuyentes, y los derechos y legítimas expectativas de privacidad de los contribuyentes. Por último, se realizará un breve análisis de la transparencia fiscal absoluta en relación a la moral fiscal.

2. Desarrollo

2.1. Camino transcurrido: desde cooperación en materia fiscal a intercambio automático de información

Los primeros antecedentes en materia de cooperación internacional en materia tributaria se remontan a inicios del siglo XX, cuando la Liga de las Naciones a través de su Comité Técnico de Expertos en Doble Tributación y Evasión Fiscal preparó cuatro proyectos de convenciones tratando el problema de doble imposición por un lado, y de cooperación internacional por el otro.

La propuesta de la Liga de Naciones constituye una reacción a la problemática generada por la movilidad del capital y los efectos negativos que esto puede producir en la recaudación de tributos a nivel nacional. Así, la cooperación y comunicación entre

países aparece como una herramienta para combatir la evasión fiscal internacional. El trabajo de la Liga de las Naciones representó el primer intento de encontrar una solución global al problema que enfrentaban los países a la hora de obtener información tributaria extraterritorialmente.⁶

En 1927, dicha Liga publicó el borrador de Convención Bilateral sobre Asistencia Administrativa en Cuestiones Tributarias aludiendo en su art. 1º al intercambio de información.⁷ Este documento analiza por primera vez los países de baja o nula tributación –“paraísos fiscales”-, considerados como vehículos para escapar a la tributación y responsables de la evasión fiscal.⁸

Este documento es pionero en la materia. Ya en aquel entonces, el borrador preveía el intercambio de información (i) a requerimiento en un caso concreto, y (ii) automático y sin requerimiento para una algunas categorías determinadas.⁹ Si bien el borrador no llegó a concretarse o utilizarse como un modelo de tratado bilateral como sí lo fueron los borradores en materia de doble imposición, su redacción demuestra la importancia de la cooperación internacional en materia de evasión fiscal.¹⁰

Posteriormente, el borrador fue modificado en 1943 a través del borrador de Méjico y luego en 1946 a través del borrador del Comité Fiscal de la Liga de las Naciones firmado en Londres. Cabe notar que los modelos de convenio redactados hasta

⁶ STEVEN DEAN, “The Incomplete Global Market for Tax Information” *49 Boston College Law Review* (2008), pp. 639 y siguientes.

⁷ Liga de las Naciones, Draft of a Bilateral Convention on Administrative Assistance in matters of Taxation (1927).

⁸ DIEGO FRAGA, “Implicancias jurídicas y prácticas del acuerdo de intercambio de información internacional con la República Oriental del Uruguay”, *La Ley online* (2016), disponible en <http://www.dab.com.ar/articles/119/implicancias-jur%C3%ADdicas-y-pr%C3%A1cticas-del-acuerdo-de-.aspx> (acceso el 20/12/2016).

⁹ Convención Bilateral sobre Asistencia Administrativa en Cuestiones Tributarias, art. 1.

¹⁰ STEVEN DEAN, “The Incomplete Global Market for Tax Information” *49 Boston College Law Review* (2008), pp. 643. El autor señala que de los cuatro modelos de convenciones introducidos por la Liga de las Naciones en 1927, el Modelo de Convenio para Evitar la Doble Imposición ha sido el más exitoso, pues ha sido utilizado como base en la firma de numerosos acuerdos bilaterales. Las previsiones en materia de intercambio extraterritorial de información tributaria contenidas en el modelo sobre Asistencia Administrativa en Cuestiones Tributarias, sin embargo, no han sido recogidas en toda su extensión en los acuerdos vigentes. El autor destaca que las previsiones sobre intercambio de información en los modelos de Convenio vigentes (el autor cita al Modelo de Convenio de la OCDE, de la ONU, y de Estados Unidos) son sólo una declaración de principios generales, pero no cláusulas serias que realmente permitan el intercambio de información.

esa fecha estaban impulsados por la Liga de Naciones, antecesora de las Naciones Unidas. A diferencia de los actuales modelos de la OCDE, en estos convenios y mayormente el redactado en Méjico, la influencia de los países en vías de desarrollo había sido mucho mayor que la que hoy ejercen en la redacción de instrumentos por parte de la OCDE. Ello se desprende de dos hechos: uno, que muchos de los miembros de la Liga de Naciones y redactores en las reuniones de Méjico y Londres eran países en vías de desarrollo. Dos, y más importante aún, que el modelo de convenio firmado en Méjico donde la mayoría de los países presentes eran países en vías de desarrollo, adopta el principio de imposición territorial según el cual la renta obtenida por no residentes puede ser gravada casi de forma exclusiva en el país de la fuente.¹¹ Este principio ha tradicionalmente beneficiado a países importadores de capital, que en su mayoría son países no desarrollados. Este principio fue parcialmente modificado en el modelo firmado en Londres, donde la presencia de países desarrollados fue más fuerte.¹²

En 1945, la Sociedad de Naciones pasó a ser la Organización de las Naciones Unidas y en el ámbito del Consejo Económico y Social se conformó la tarea de redactar un nuevo modelo de convenio de doble imposición. El convenio no pudo ser redactado como originalmente se pensó, sino que el intento concluyó con una resolución en la que se marcaban las diferencias entre los países desarrollados y los en vías de desarrollo sobre el tema impositivo.¹³ Si bien el Consejo Económico y Social había creado una Comisión Fiscal, la misma se disolvió en 1954, época en la cual el centro de acción se desplazó a Organización para la Cooperación Económica Europea (OEEC).¹⁴

¹¹ LILLIAM SUMI IMAOKA HOJYO, “Análisis jurídico del acuerdo modelo sobre intercambio de información en materia tributaria de la OCDE: ¿hacia una nueva tendencia en el intercambio de información?”, Universidad Complutense de Madrid (2013), disponible en <http://eprints.ucm.es/21012/1/T34413.pdf> (acceso el 07/01/2017).

¹² A diferencia del modelo de Méjico, el de Londres adopta el principio de gravamen en la fuente en relación con intereses, dividendos, regalías, anualidades y pensiones privadas. Asimismo, este Modelo restringe la aplicación del Convenio a los contribuyentes con domicilio fiscal en los Estados contratantes. Sin embargo, considera que el domicilio de las personas jurídicas se encuentra en el Estado donde se encuentre el centro de su domicilio real.

¹³ Análisis comparativo de los Modelos de Convenio de Doble Tributación en Materia de Comercio de Servicios Profesionales, ALADI/SEC/Estudio 202, Rev. Nr. 1 (2012), disponible en <http://www.aladi.org/boletin/documentos/SEC%20Estudio%20202%20Rev1%20analisis%20comparativo.pdf> (acceso el 07/01/2017).

¹⁴ La OECE fue establecida en 1947 para poner en marcha la asistencia Americana para la reconstrucción de Europa, de conformidad con el Plan Marshall. Con la firma de un nuevo

Frente a esta situación, la OEEC recobró el impulso de crear un nuevo modelo para los países que la conformaban, todos ellos, países desarrollados. En 1960 la OEEC se transformó en la OCDE y en el año 1963, el Comité de Asuntos Fiscales de esta organización preparó un modelo de convenio.

El Modelo de Convenio para Evitar la Doble Imposición de 1963 incorporó reglas en materia de intercambio de información en el artículo 26, el que fue luego actualizándose a lo largo de sus diversas versiones. La característica esencial del sistema es que solamente prevé el intercambio de información a requerimiento y siempre que la información sea necesaria para aplicar lo dispuesto en el Convenio para administrar y exigir los impuestos previstos en la legislación nacional del Estado requirente.¹⁵

En 1979, el Consejo de Europa y la OCDE reunidos en Estrasburgo emitieron la Convención Multilateral en Asistencia Administrativa Mutua a los Fines Fiscales (*“Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters”* o *“CMAAT”*), que fue aprobada en 1988 y entró en vigencia en 1995.

Por otro lado, en 1980 la ONU emitió un modelo de convenio como respuesta a los planteos de países en vías de desarrollo por oposición al modelo de OCDE concebido por los países desarrollados para armonizar sus respectivos regímenes tributarios, sin considerar las particularidades de países en vías de desarrollo (por ejemplo, la aplicación del criterio de la fuente).¹⁶ Este modelo fue actualizándose, hasta que lo hizo por última vez en noviembre de 2011, aprobado en marzo de 2012. Sin embargo, el modelo de la ONU fue perdiendo peso en comparación con lo propuesto por la OCDE, y hoy incluso los países en vías de desarrollo no lo utilizan.

Desde la inclusión del artículo 26 en el Modelo de Convenio de la OCDE, el organismo ha ocupado un papel central en el proceso de erradicación de paraísos fiscales, cooperación fiscal internacional, y transparencia. En 1998, la OCDE publicó el famoso Informe de la OCDE sobre Competencia Fiscal Desleal o Perniciosa en el cual el

convenio en 1960, que incluye Estados Unidos y Canadá, nace la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

¹⁵ Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio, Art. 26.1.

¹⁶ Análisis comparativo de los Modelos de Convenio de Doble Tributación en Materia de Comercio de Servicios Profesionales, ALADI/SEC/Estudio 202, Rev. Nr. 1 (2012), disponible en <http://www.aladi.org/boletin/documentos/SEC%20Estudio%20202%20Rev1%20analisis%20comparativo.pdf> (acceso el 07/01/2017).

organismo destacaba que los principales problemas que traen aparejado la existencia de los paraísos fiscales se centran en su baja o nula tributación, en su falta de transparencia, en el secreto bancario que impera en los mismos y en la falta de intercambio de información.¹⁷ Este año es considerado un hito en el camino hacia la transparencia fiscal.¹⁸

Paulatinamente la OCDE fue modificando aquel enfoque que centraba el problema de la evasión fiscal en la existencia de paraísos fiscales. Hoy en día, la OCDE direcciona las políticas a maximizar los intercambios de información entre Estados miembros de la OCDE y abrir camino a intercambios entre Estados miembros y países de baja tributación.¹⁹ Este nuevo enfoque en materia de competencia fiscal perniciosa apunta a que los Estados de baja o nula tributación y aquellos no miembros de la OCDE colaboren con los Estados miembros de la OCDE, de manera que estos últimos puedan controlar la efectiva aplicación de sus leyes tributarias en relación a sus residentes que realizan operaciones en aquellos países de baja tributación. Hoy podemos ver que aquel cambio en la estrategia de la OCDE ha dado resultados pues a julio de 2016, 101 países se han comprometido a aplicar el estándar de la OCDE para el intercambio de información financiera en materia fiscal, comenzando en 2017 y 2018.²⁰ Dicho estándar convoca a los gobiernos a obtener información detallada de sus instituciones financieras e intercambiar esa información de manera automática con otras jurisdicciones, anualmente. Entre los países incluidos en el listado de países cooperadores se encuentran aquellos que históricamente han sido considerados paraísos fiscales. Al parecer, la OCDE finalmente

¹⁷ OECD, *Harmful Tax Competition*, París, 1998, <http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf> (acceso el 06/20/2016).

¹⁸ XAVIER OBERSON, *International Exchange of information in tax matters: Historical development of international exchange of information rules*, Edward Elgar Publishing, Geneva, 2015, p. 6.

¹⁹ DIEGO FRAGA, “Implicancias jurídicas y prácticas del acuerdo de intercambio de información internacional con la República Oriental del Uruguay”, *La Ley online* (2016), disponible en <http://www.dab.com.ar/articulos/119/implicancias-jur%C3%ADdicas-y-pr%C3%A1cticas-del-acuerdo-de-.aspx> (acceso el 20/12/2016); citando a JOSÉ MANUEL CALDERON CARRERO, “Tendencias actuales en materia de información entre Administraciones Tributarias”; ponencia presentada el 19/07/01 en el Curso de Verano de El Escorial (Universidad Complutense de Madrid); *Crónica Tributaria n° 99*, IEF, Madrid, 2001; pág. 6.

²⁰ Para un listado completo de los Estados que se han comprometido a realizar intercambios automáticos de información bajo el estándar de la OCDE, véase <https://www.oecd.org/tax/transparency/AEOI-commitments.pdf> (acceso el 21/20/2016).

está hoy más cerca que nunca de concluir la batalla contra el fraude fiscal y la evasión de impuestos.

El Informe de la OCDE sobre Competencia Fiscal Desleal o Perniciosa publicado en 1998 también señala las características que permiten identificar un paraíso fiscal y regímenes tributarios perniciosos de países con un sistema tributario integral. La OCDE establece que la falta de un efectivo intercambio de información juega un papel fundamental. Por ello, en aquel entonces países como Suiza y Luxemburgo cuyas leyes tutelaban el secreto bancario, se abstuvieron de aprobar el reporte. Desde este entonces, la presión global para identificar paraísos fiscales, que más tarde se clasificarían en cooperativos y no cooperativos, comenzó a crecer.

En año 2000, la OCDE emitió otro informe denominado “Mejorar el acceso a la información bancaria por motivos fiscales” (*“Improving Access to Bank Information for Tax Purposes”*)²¹, que creaba un estándar mínimo en materia de intercambio de información a requerimiento. Ese mismo año se crea el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información (*“Global Forum on Transparency and Exchange of Information”*), y en 2002 se emite el primer Modelo de Convenio de Intercambio de Información Tributaria (*“Model tax information exchange agreement”* o *“TIEA”*), en sus versiones bilateral y multilateral. El mismo preveía el intercambio de información a requerimiento y no permitía al Estado requerido oponer sus leyes internas sobre secreto bancario para negarse a intercambiar la información. Si bien Estados Unidos había concluido algunos TIEAs en el pasado, el Modelo de acuerdo de la OCDE representó un desarrollo mucho mayor en la creación de un estándar global, que aún se basaba en el intercambio de información a requerimiento.

En Europa, entre tanto se aprobaba la Directiva 2003/EU/48 del Consejo de la Unión Europea, en materia de tributación de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses.²² La norma, que entró en vigencia en 2005, implementa un sistema basado en el intercambio regular de información entre Administraciones Tributarias de la Unión Europea que permitiese al Estado de la residencia conocer el importe de los

²¹ <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/2497487.pdf> (acceso el 12/20/2016).

²² Council Directive 2004/48/EC of 3 June 2003 On the Taxation of Savings Income in the Form of Interest Payments, OJ L 157 of 26 June 2003, p. 38.

intereses abonados a sus residentes en otro Estado miembro. En forma paralela, la Unión Europea firmó acuerdos con terceros países europeos pero no miembros de la Unión como ser Suiza, Andorra, Mónaco, Liechtenstein y San Marino, para poner en práctica reglas similares a las que aplicaba la Directiva.

En 2005, e influenciado por los trabajos del Foro Global y los Modelos TIEA, el Modelo de Convenio de la OCDE y sus Comentarios fueron modificados en miras a establecer un estándar más global. Se incorporó así un párrafo 5 al artículo 26 que ahora establece que el estado requerido no puede negarse a proveer información solamente porque la información está en poder de un banco u otra entidad financiera o porque se relaciona con la participación en la titularidad de una persona.

En 2008, poco tiempo después del caso Kiefer y los contribuyentes alemanes con cuentas no declaradas en Liechtenstein²³ sumado al caso UBS Suiza y Estados Unidos, el estándar de transparencia e intercambio de información desarrollado por la OCDE ganó apoyo general, ya que 97 países participaron en el Foro Global de ese organismo y se comprometieron a instrumentarlo. Por otro lado, las Naciones Unidas también introdujeron esos estándares en su Modelo de Convenio Tributario.²⁴

En la reunión del G-20 celebrada en 2009 la OCDE publicó tres listas (denominadas “blanca”, “gris” y “negra”), mediante la cual clasificaba a los países según el nivel de compromiso e implementación del intercambio de información en base a la red de tratados en la materia que el país tuviese firmados. En este sentido, se introdujo la regla de los doce: para poder estar clasificado como un país en la lista blanca, el país tenía que firmar doce Tratados para Evitar la Doble Imposición, que a su vez contengan cláusulas sobre intercambio de información equivalentes a la del artículo 26 del Modelo OCDE o doce TIEAs.

²³ Un empleado llamado Kiefer logró transferir Alemania un CD con información sobre clientes de una firma contable en Vaduz. El CD contenía una lista de contribuyentes alemanes con obligaciones tributarias impagas. Sin preverlo, esto resultó en una crisis política de dimensiones mayores, con la renuncia de políticos alemanes por acusaciones de fraude. Los hechos llegaron a las tapas de todos los diarios.

²⁴ Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la Doble Tributación, disponible en http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_UpdateSp.pdf (acceso el 20/16/2016).

En 2010, el Foro Global²⁵ comienza el proceso de revisión de pares (“*peer review*”) y continúa evaluando el estado de cumplimiento y los avances de cada país en alcanzar el estándar internacional propuesto por la OCDE.²⁶ Dicho estándar procura el intercambio de información a requerimiento, en asuntos civiles y criminales, cuando los datos se prevén como relevantes para la administración o ejecución de impuestos del Estado requirente. Debe ser intercambiado todo tipo de información, incluida aquella de carácter bancario o fiduciario.²⁷ También se prevén medidas para proteger la confidencialidad de la información intercambiada. No obstante, no se permiten las “expediciones de pesca”, --normalmente solicitud de información sobre un “grupo” de contribuyentes que no están individualmente nombrados buscando información sin ninguna idea específica o clara de un contribuyente que sea objeto de la solicitud que hace la administración tributaria del Estado requirente.

En 2010, la OCDE permitió que Estados no miembros firmaran el CMAAT, adaptando algunas reglas sobre intercambio de información, primero incorporando a miembros del G20 y posteriormente a los demás. Los países respondieron positivamente a ello y rápidamente el número de signatarios creció. A nivel de la Comunidad Europea, la Directiva 2011/16/EU sobre cooperación administrativa en el campo tributario fue

²⁵ Es importante destacar que desde su creación en 2000, el Foro ha tenido como objetivo crear un marco inclusivo que permita alcanzar transparencia e intercambio de información a nivel global y de modo que todos los países, desarrollados o no, miembros de la OCDE o no miembros, puedan participar de modo equitativo. El primer reporte data del año 2006, (“*Tax Cooperation: Towards a Level Playing Field - 2006 Assessment by the Global Forum on Taxation*”). Los reportes se han enfocado siempre en entender la capacidad de cada país de proveer cooperación internacional en materia tributaria. La importancia del reporte del año 2010 radica en el reconocimiento por parte del Foro Global de la relevancia del intercambio de información. El Foro pone énfasis en su reporte en los hechos recientes (haciendo referencia a los escándalos de Kiefer y el caso USB) y en la necesidad imperativa de cooperación internacional para asegurar que cada país puede aplicar de modo efectivo sus leyes tributarias domésticas en un mundo donde la actividad financiera de los contribuyentes a llegado a escalas globales. El informe también reconoce que la actividad bancaria internacional es ahora común y no resulta raro que un contribuyente resida en un país, posea activos en otro país y los administre desde un tercer país. Ver OECD, *Tax Cooperation 2010: Towards a Level Playing Field* (2009), p. 9.

²⁶ OECD, *Tax Cooperation 2009: Towards a Level Playing Field* (2009), en <http://www.oecd.org/tax/transparency/44429779.pdf>. (acceso el 12/12/2016). El informe analiza la situación en más de 80 jurisdicciones resumiendo los avances en materia de intercambio de información, acceso a la información bancaria o financiera, y acceso y disponibilidad de la información sobre titularidad, identidad y contable.

²⁷ OECD, *Tax Cooperation 2009: Towards a Level Playing Field* (2009), <http://www.oecd.org/tax/transparency/44429779.pdf>. (acceso el 12/12/2016).

emitida, reemplazando a la Directiva 771/799/ECC. Esta nueva Directiva prevé intercambios de información a requerimiento y espontánea y, a partir de 2015, intercambios automáticos sobre cinco categorías de ganancias y capital: ganancias generadas en empleo, remuneraciones a directores, seguro de vida, pensiones y ganancias derivadas de inmuebles.

Durante ese mismo período, Suiza comenzó a implementar un sistema alternativo denominado Modelo Rubik. Si bien el sistema se explicará más adelante, en síntesis el sistema se basa en una retención final de impuestos sobre ganancias generadas por no residentes que luego Suiza remite al país de residencia, pero manteniendo la anonimidad del contribuyente. La tasa aplicada es la equivalente a la máxima tasa aplicable en el país de residencia. Suiza ha firmado estos acuerdos con el Reino Unido, Austria y Alemania (aunque éste se encuentra pendiente de ratificación).

En 2012, la OCDE una vez más actualizó el Modelo de Convenio y ratificó la posibilidad de realizar requerimientos de grupo, es decir, que la solicitud de información puede referirse no sólo sobre un contribuyente determinado sino que puede ser sobre un grupo específico de contribuyentes que están en una situación similar.²⁸ La prohibición de “expediciones de pesca” se mantiene, y la solicitud debe identificar el grupo lo suficientemente clara de modo que constituyan un grupo homogéneo o que compartan ciertas características.

Algunos autores han también resaltado que paralelamente a las normas sobre intercambio de información, se han desarrollado reglas sobre lavado de activos que tuvieron un impacto directo en la arena del derecho tributario.²⁹ De este modo, las normas penales en materia de lavado de dinero trajeron normas sobre identificación de beneficiarios efectivos en estructuras complejas que si bien fueron pensadas para aplicar leyes penales, tienen una profunda influencia y pueden ser útiles para identificar a los beneficiarios efectivos o personas controlantes para fines tributarios.

²⁸ OCDE, Modelo de Convenio para Evitar la Doble Imposición, Comentario al Artículo 26 ap. 1, nr. 5, 2012, disponible en http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/modelo-de-convenio-tributario-sobre-la-renta-y-sobre-el-patrimonio-version-abreviada_9789264184473-es#.V7C3tJMrLUo#page415 (acceso el 05/20/2016).

²⁹ XAVIER OBERSON, *International Exchange of information in tax matters: Historical development of international exchange of information rules*, Edward Elgar Publishing, Geneva, 2015, p. 10.

Los cambios se han acelerado de manera drástica en los últimos años.³⁰ En este sentido, en abril de 2013 Ministros de Hacienda del G20 respaldan el Intercambio Automático como nuevo estándar. Sólo unos meses más tarde, en junio de 2013 la Comisión Europea adopta una propuesta legislativa para extender el Intercambio Automático de Información en su Directiva de Cooperación Administrativa. En febrero de 2014, la OCDE publica los principales elementos de la propuesta que contiene el Estándar para Intercambio Automático de Información, que incluye el *Common Reporting Standard* (“OCDE CRS”) y el *Competent Authority Agreement* (“CAA”). En julio del mismo año, se publican los comentarios al CRS y CAA. En octubre de 2014, 51 jurisdicciones (los llamados “*early adopters*”) firman el *Competent Authority Agreement* (“CAA”) multilateral en la reunión del Foro Global (“*Global Forum Meeting*”) reunido en Berlín.

Ya en diciembre de 2014, la Unión Europea aprueba la Directiva 2014/107/UE del Consejo que modifica la Directiva 2011/16/UE y establece un estándar del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad muy similar al OCDE CRS (“UE CRS”).

2.2. Sistemas vigentes en materia de intercambio de información

El intercambio de información en materia tributaria es esencial para aquellos países cuyo sistema de tributación se basa en la renta mundial.³¹ A través del sistema de renta mundial, cada país grava las ganancias de sus residentes obtenidas en el país o en el extranjero. Obtener información sobre las ganancias generadas en el exterior es por ende fundamental para garantizar la correcta recaudación de impuestos.

A continuación se describirá brevemente cuáles son los principales sistemas de intercambio de información vigentes. Si bien existen otras formas de cooperación en materia tributaria (por ejemplo, auditorías conjuntas, colaboraciones interestatales para recolección de impuestos, auditorías en el extranjero), este artículo se limita al intercambio de información en materia tributaria y a los modelos que se han desarrollado

³⁰ Véase el cronograma elaborado por Deloitte, disponible en http://www.asociacioncci.es/export/sites/cci/cci/es/documentacion/docs/Jor_fatca_crs_100315/2_-_CRS_Retos_de_la_implantacion_100315.pdf (acceso el 08/24/2016).

³¹ VOKHID URINOV, “Developing Country Perspectives on Automatic Exchange of Tax Information”, *Law, Social Justice and Global Development Journal*, Vol. 1 (2015) p. 5.

sobre la idea de intercambio de información o como una alternativa para su implementación.

Es importante destacar que los Estados pueden adoptar cualquiera de los sistemas cuando firman convenios de doble imposición, como así también sistemas híbridos que combinen las características de uno u otro modelo.³² Por otra parte, el comentario al Art. 26 apartado 1 del Modelo de Convenio para Evitar la Doble Imposición de la OCDE establece que la regla enunciada en el Modelo de Convenio permite proceder a un intercambio de información de tres maneras distintas: a) previa petición para un caso concreto, luego de agotar do las fuentes regulares de información previstas por la legislación interna; b) automáticamente, por ejemplo, cuando las informaciones sobre una o varias categorías de rentas procedentes de un Estado contratante y percibidas en el otro Estado contratante son transmitidas sistemáticamente al otro Estado; o c) espontáneamente, por ejemplo, cuando un Estado ha obtenido, en el curso de determinadas investigaciones, datos que éste supone ofrecen interés para el otro Estado.³³

2.2.1. Intercambio a requerimiento

El intercambio de información a requerimiento describe una situación en la cual la autoridad competente de un Estado solicita información específica sobre un contribuyente a otro Estado.³⁴ En general, la información se vincula con una investigación sobre el cumplimiento tributario de un contribuyente determinado y por períodos fiscales determinados.

El proceso se divide en varias etapas: preparación y envío de la solicitud, recepción y análisis de la solicitud, recolección de la información, respuesta a la solicitud, y *feedback* del Estado requirente. Este sistema es el que contiene el antiguo art. 26 del Modelo de Convenio para Evitar la Doble Imposición de la OCDE.

El estándar sobre la extensión de la solicitud requiere que la información solicitada sea de “pertinencia previsible” para aplicar las leyes tributarias del Estado requirente. Con ello se trata de precisar que los Estados no pueden “echar las redes”

³² OCDE, Comentario al artículo 26 para. 1 del Modelo de Convenio para Evitar la Doble Imposición, par. 9.1.

³³ OCDE, Comentario al artículo 26 para. 1 del Modelo de Convenio para Evitar la Doble Imposición.

³⁴ OECD, Comité en Asuntos Fiscales, Manual on the implementation of Exchange of information provisions for tax purposes, 2006.

(“*fishing expeditions*”) con total libertad o pedir información de dudosa pertinencia respecto de los asuntos fiscales de un contribuyente dado.

2.2.2. Intercambio espontáneo

El intercambio espontáneo de información implica la remisión de información a otro Estado contratante que es previsiblemente relevante para el otro Estado contratante pero que no ha sido previamente requerida. Por su propia naturaleza, el intercambio espontáneo requiere la participación activa y cooperación de las autoridades tributarias locales.³⁵

La información transmitida en forma espontánea es normalmente útil y efectiva en tanto concierne a asuntos puntuales que las autoridades del Estado que envía la información han detectado y seleccionado durante el curso de una investigación en materia tributaria dentro del propio Estado que envía la información.

La efectividad del sistema depende fundamentalmente de la motivación y los incentivos de las autoridades fiscales que envían la información.³⁶ Resulta esencial que las autoridades fiscales asuman la responsabilidad de enviar la información que puede ser potencialmente de utilidad para el otro Estado parte del tratado.

Algunos de los indicadores que determinan la necesidad de enviar la información al otro Estado incluyen pagos realizados a residentes de un tercer Estado cuando hay sospechas que los pagos no han sido declarados, relaciones de negocios entre una persona responsable tributaria en un país y una persona residente de otro país realizadas a través de uno o más países en una forma en que resulta en una menor carga tributaria en uno o más países, o cuando el país que envía la información tiene sospechas que el contribuyente ha obtenido una reducción en su carga impositiva a través del uso de transferencias artificiales de ganancias entre compañías pertenecientes al mismo grupo económico, o cuando se han detectado estrategias o casos de elusión o evasión fiscal por parte de otros contribuyentes.

³⁵ OECD, Comité en Asuntos Fiscales, Manual on the implementation of Exchange of information provisions for tax purposes, 2006.

³⁶ OECD, Comité en Asuntos Fiscales, Manual on the implementation of Exchange of information provisions for tax purposes, 2006.

2.2.3. Intercambio automático

El sistema de intercambio automático de información presupone la transmisión sistemática y periódica de información fiscal del contribuyente en forma masiva desde el Estado de la fuente de la ganancia al Estado de residencia.³⁷ Generalmente, involucra varias categorías de ganancia (dividendos, intereses, regalías, salarios, pensiones, etc.).

El Estado de la fuente recolecta en forma rutinaria la información, principalmente a través de los agentes de pago del contribuyente como ser entidades financieras, empleadores, y luego la transmite en masa al Estado de residencia. La autoridad fiscal del Estado de residencia luego recibe la información y la compara con sus registros para verificar si el contribuyente ha declarado toda su ganancia de fuente extranjera, como así también si la adquisición de activos por parte del contribuyente se corresponde con la ganancia declarada.

2.3. Mecanismos vigentes. Críticas generales e impacto para los países en desarrollo en particular

2.3.1. Estados Unidos y *Foreign Account Tax Compliance Act* (“FATCA”)

2.3.1.1. Orígenes de la normativa. Desde el caso UBS a la sanción de la ley

Luego de la crisis financiera de 2008 y la consecuente recesión económica, el Departamento del Tesoro de Estados Unidos inició una campaña para combatir la evasión fiscal y derrotar a jurisdicciones que no cooperasen en materia de información tributaria. En 2009, la Administración de Obama anunció medidas para desterrar las prácticas abusivas por parte de compañías y contribuyentes norteamericanos que mediante la utilización de vacíos legales en el sistema tributario americano, escapaban a la tributación.³⁸ El presidente intimó al Congreso a aprobar nuevas medidas que permitan al Servicio de Rentas Internas (la administración fiscal americana, *IRS* o *Internal Revenue Service*, por sus siglas en inglés) demandar información a gobiernos o bancos extranjeros

³⁷ OECD, Comité en Asuntos Fiscales, Manual on the implementation of Exchange of information provisions for tax purposes, 2012.

³⁸ Oficina de Prensa de la Casa Blanca, “Remarks By The President On International Tax Policy Reform”, 4 de Mayo de 2009, disponible en <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/remarks-president-international-tax-policy-reform> (acceso el 08/13/2016).

sobre ganancias o inversiones de clientes americanos en el exterior.³⁹ Paralelamente a las medidas anunciadas, en julio de 2008 la Administración Fiscal americana comenzó a enviar requerimientos al Banco UBS en Suiza solicitando al banco que divulgue la identidad e información financiera de 52.000 americanos titulares de cuentas bancarias en el banco suizo, pero que la *IRS* sospechaba que no habían reportado sus ganancias en sus declaraciones juradas.⁴⁰

Estados Unidos acusaba al banco suizo de facilitar y cooperar con ciudadanos americanos en sus estrategias de evasión impositiva y defraudación.⁴¹ El banco, por su parte, se reusaba a difundir la información de sus clientes al amparo de las leyes domésticas suizas que tutelan el secreto bancario.⁴² El gobierno suizo, por su parte, argumentaba que de acuerdo al procedimiento estipulado en el Tratado para Evitar la Doble Imposición firmado entre Suiza y Estados Unidos, Estados Unidos debía enviar su requerimiento de información a las autoridades fiscales suizas y no a una entidad financiera privada. Al no seguir el procedimiento legal, Estados Unidos estaba intentando violar la soberanía suiza. Luego de conversaciones diplomáticas, ambos países llegaron a un acuerdo mediante el cual Suiza revelaría la información de ciertos ciudadanos americanos, Estados Unidos retiraría la demanda contra Suiza, y un nuevo acuerdo de cooperación se firmaría entre ambos Estados.

Si bien la información obtenida por parte de Estados Unidos en el caso UBS fue sólo de una importancia relativa considerando la cantidad de contribuyentes con cuentas no declaradas, el caso UBS trajo aparejados profundos cambios en materia de intercambio de información. Uno, en lo relativo al programa de blanqueo lanzado luego de ello por el gobierno estadounidense (*VDP*, o *Voluntary Disclosure Programme*); y

³⁹ Oficina de Prensa de la Casa Blanca, “Remarks By The President On International Tax Policy Reform”, 4 de Mayo de 2009, disponible en <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/remarks-president-international-tax-policy-reform> (acceso el 08/13/2016).

⁴⁰ ERIC VICTORSON, “United States v. UBS AG: has the United States successfully cracked the vault to Swiss Banking Secrecy?”, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 19 Issue 3, p. 815 (verano de 2011). El autor describe minuciosamente el caso UBS.

⁴¹ 124 Petition to Enforce John Doe Summons, *United States v. UBS AG*, No. 109CV20423, 2009 WL 864716 (S.D. Fla. Feb. 19, 2009).

⁴² Brief for Government of Switzerland as Amici Curiae Supporting Respondents at 1, *United States v. UBS AG*, No. 109CV20423, 2009 WL 1612394, at 13-15 (S.D. Fla. Apr. 30, 2009).

dos, en la influencia sobre la estrategia que utilizaría en el futuro Estados Unidos para obtener información fiscal en manos de entidades fiscales y gobiernos extranjeros.⁴³

El programa de blanqueo incentivaba a todos los americanos con cuentas no declaradas en el exterior a reportarlas a la administración fiscal, otorgando reducciones en las penalidades civiles y evitando acciones criminales a todo aquel que declarara sus cuentas de forma voluntaria.⁴⁴ En cuanto a la estrategia que el gobierno estadounidense comenzaría a utilizar para obtener información fiscal de sus contribuyentes fuera del territorio americano, en marzo de 2010, el Congreso aprobó modificaciones al Código Tributario que obligarían a los gobiernos y entidades financieras extranjeras a enviar la información financiera que estos tuvieron sobre contribuyentes americanos. FATCA entró en vigencia en 2013.

2.3.1.2. Cuál es el propósito y cómo funciona FATCA

El objetivo de la ley FATCA es combatir la evasión fiscal de residentes americanos a través del uso de cuentas no declaradas en el extranjero.⁴⁵ FATCA está destinado a detectar incumplimientos tributarios de contribuyentes americanos con cuentas en el extranjero. FATCA se focaliza en obligaciones de información (i) por parte de contribuyentes americanos con cuentas y ciertos activos en el extranjero, y (ii) por parte de entidades financieras extranjeras sobre cuentas cuyos titulares son contribuyentes americanos o entidades extranjeras en las cuales contribuyentes americanos poseen intereses sustanciales (son los verdades beneficiarios efectivos).⁴⁶ El objetivo de FATCA es, de acuerdo al gobierno norteamericano, que sus contribuyentes reporten y tributen sobre los activos financieros que poseen en el extranjero, bajo aperebimiento de aplicar

⁴³ LUZIUS CAVELTI, “Automatic Information Exchange versus the Withholding Tax Regime Globalization and Increasing Sovereignty Conflicts in International Taxation”, *World Tax Journal (IBFD)*, (Junio de 2013) p. 182.

⁴⁴ Internal Revenue Service, <https://www.irs.gov/uac/voluntary-disclosure-questions-and-answers> (acceso el 08/15/2016).

⁴⁵ JO SUMMERS, “FATCA, Friend or foe?”, *Private client business (PCB)*, 4 (2014) pp. 185-191.

⁴⁶ La página web de la agencia fiscal de Estados Unidos contiene información relevante del funcionamiento del sistema. Disponible en <https://www.irs.gov/businesses/corporations/foreign-account-tax-compliance-act-fatca> (acceso el 08/15/2016).

sanciones en forma de retenciones a las entidades financieras extranjeras que faciliten el ocultamiento de tales activos.⁴⁷

En su redacción original, la normativa FATCA exigía a instituciones financieras fuera de Estados Unidos que envíen la información de carácter fiscal que dichas instituciones poseían sobre sus clientes americanos a la autoridad fiscal estadounidense. Si la entidad fiscal incumplía con esa obligación, la entidad quedaba sujeta a una retención de impuestos del 30% sobre las ganancias de fuente estadounidense generadas por dicha entidad. La única manera que tienen las entidades financieras extranjeras de evitar la retención es mediante la firma de un acuerdo con el Secretario del Tesoro de Estados Unidos en la que se acordaba implementar extensos procedimientos de información y *due diligence* sobre cuentas cuyos titulares fuesen contribuyentes extranjeros.⁴⁸

FACTA crea así un nuevo sistema de retención para los agentes de pago americanos, pues obliga a cualquier agente pagador susceptible de retener pagos al extranjero a deducir un 30% en concepto de impuesto cuando el agente deba realizar una transferencia en concepto de ganancia de fuente americana.⁴⁹ De este modo, el inversor extranjero –que normalmente es la entidad que a su vez posee información sobre residentes americanos titulares o beneficiarios efectivos de cuentas- recibe solamente el 70% de la ganancia que debería recibir si cooperase y enviase la información a la autoridad americana. El carácter de política forzosa fue objeto de críticas, pues bajo aperebimiento de aplicar sanciones de tipo económico obliga a entidades extranjeras

⁴⁷ Como se verá mas adelante, este sistema tiene alguna similitudes con el sistema suizo, en el cual no revelar la información del contribuyente resulta en una retención equivalente a la máxima tasa impositiva aplicable en el país de residencia, y que se impone cuando Suiza (como el país de la fuente) realiza pagos al contribuyente residente de otro Estado.

⁴⁸ Las condiciones no negociables que deben aceptar las entidades financieras extranjeras son: obtener toda la información sobre cada titular de cuenta mantenida por la institución que sea necesario para determinar si es una cuenta americana; cumplir con los procedimientos de verificación y *due diligence* necesarios para identificar cuentas americanas; reportar analmente la información sobre cuentas bancarias americanas; proveer toda la información adicional sobre cualquier cuenta americana que fuese solicitada por el Secretario; y en los casos en que las leyes locales prohibiesen revelar la información, obtener una autorización por parte del cliente para poder enviar la información y en caso de que la autorización no se pudiese obtener, cerrar la cuenta bancaria. *Internal Revenue Code (IRC)* (Código Tributario de Estados Unidos), Sección 1471(d)(B)(ii).

⁴⁹ *Internal Revenue Code (IRC)* (Código Tributario de Estados Unidos), Sección 1473.

fuera de la jurisdicción americana y no sujetas a las leyes estadounidense a cooperar con Estados Unidos en garantizar la recolección de sus impuestos.⁵⁰ Cabe destacar que las reglas FATCA también resultaban de aplicación para aquellas entidades financieras constituidas en países que tuviesen normativas sobre secreto fiscal.

En su versión original presentada al Congreso, FATCA le otorgaba al *IRS* acceso a la información poseída en el extranjero, pero no proveía a aquellos Estados extranjeros de ninguna información. Es decir, el flujo de información iba solamente en una dirección.⁵¹ Luego de algunas críticas y frente a la posibilidad de que Estados Unidos enfrentase complicaciones al intentar poner en marcha FATCA, el gobierno anunció que implementaría FATCA desde una perspectiva más multilateral y juntamente con ministros de finanzas de cinco potencias europeas anunció que habían llegado a un acuerdo intergubernamental para implementar FATCA.⁵²

En pos de combatir la evasión fiscal y lograr un sistema más global, el acuerdo establece la participación de los Estados contratantes y que las entidades financieras reportarían a los fiscos de los países en los cuales estaban localizadas y luego el gobierno extranjero intercambiaría la información con Estados Unidos.⁵³ Es decir, el acuerdo es ahora a nivel de los Estados contratantes y no entre Estados Unidos y las entidades financieras extranjeras. Esto es el inicio de los acuerdos intergubernamentales para

⁵⁰ Véase LUZIUS CAVELTI, “Automatic Information Exchange versus the Withholding Tax Regime Globalization and Increasing Sovereignty Conflicts in International Taxation”, *World Tax Journal (IBFD)*, 172 (Junio de 2013) pp. 182 y ss. El autor denomina a esta estrategia “*carrot and stick policy*”, ilustrando como Estados Unidos utiliza un mecanismo forzoso para hacer cumplir sus propias normas fuera de su territorio. También PETER COTORCEANU, “FATCA and Offshore Trusts: the first nibble”, *139 Tax Notes 409* (22 de abril de 2013).

⁵¹ LUZIUS CAVELTI, “Automatic Information Exchange versus the Withholding Tax Regime Globalization and Increasing Sovereignty Conflicts in International Taxation”, *World Tax Journal (IBFD)*, (Junio de 2013), p. 186.

⁵² Press Release, US Department of Treasury, Joint Statement from the United States, France, Germany, Italy, Spain, and the United Kingdom regarding the Intergovernmental approach to improving international tax compliance and implementing FATCA, de fecha 7 de febrero de 2012. Disponible en <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Joint-Statement-US-Fr-Ger-It-Sp-UK-02-07-2012.pdf> (acceso el 08/15/2016).

⁵³ <https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/tg1653.aspx> (acceso el 08/15/2016).

implementar FATCA (*Model Intergovernmental Agreement to Improve International Tax Compliance and to Implement FATCA o the Model IGAs*).⁵⁴

Ahora, los gobiernos que decidan cooperar con Estados Unidos pueden optar entre dos Modelos IGA: IGA1 (que puede ser recíproco o no recíproco) e IGA2. El Modelo IGA1 recíproco prevé un flujo automático de información entre los Estados firmantes, y permite que Estados Unidos intercambie información sobre cuentas en entidades financieras americanas cuyos titulares sean residentes del otro Estado firmante.⁵⁵ Estados Unidos sólo firma este tipo de acuerdos con aquellos Estados con los cuales ya tiene tratados para evitar la doble imposición vigentes y que tengan prácticas establecidas para asegurar que la información sólo se utilice para fines tributarios y se proteja la confidencialidad. La versión no recíproca del IGA1 puede ser firmada por Estados que aún no tengan acuerdos en materia tributaria con Estados Unidos.⁵⁶ El Modelo IGA2 prevé el envío de información directamente entre la entidad financiera extranjera y el fisco norteamericano sobre titulares de cuentas recalitrantes.⁵⁷ El Modelo IGA2 es muy similar a la normativa FATCA original, con la diferencia de que el Estado extranjero mediante la firma del IGA2 acepta implementar FACTA y autoriza a sus entidades financieras a reportar directamente al IRS. IGA2 es por ende unilateral, en el sentido de que no se prevén obligaciones recíprocas por parte de Estados Unidos hacia el Estado extranjero. Sin embargo, Estados Unidos generalmente elimina la retención del 30% impuesto sobre las entidades financieras.

2.3.1.3. Análisis crítico del sistema FATCA

FATCA representó un punto de partida y un avance significativo en materia de intercambio de información y transparencia a nivel internacional. Sin embargo, el sistema

⁵⁴ Información disponible en <https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/tg1653.aspx> (acceso el 08/15/2016).

⁵⁵ Información disponible en <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Reciprocal-Model-1A-Agreement-Preexisting-TIEA-or-DTC-6-6-14.pdf> (acceso el 08/15/2016).

⁵⁶ Información disponible en <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Nonreciprocal-Model-1B-Agreement-No-TIEA-or-DTC-11-30-14.pdf> (acceso el 08/15/2016).

⁵⁷ Información disponible en <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Model-2-Agreement-Preexisting-TIEA-or-DTC-11-4-13.pdf> (acceso el 08/15/2016).

contiene vacíos normativos que no están alcanzados por la normativa y que por ende, constituyen una vía de escape para aquellos contribuyentes que poseen la sofisticación y recursos para estructurar sus inversiones extranjeras y permanecer al margen del poder impositivo. Las limitaciones del sistema en cuanto al alcance personal, territorial y material se analizarán a continuación.

2.3.1.1.1. Aspectos críticos en cuanto al alcance personal de FATCA

FATCA está destinado a obtener información sobre residentes americanos titulares de cuentas en el exterior para detectar incumplimientos tributarios dentro del sistema tributario norteamericano. El objetivo de la norma no es crear una plataforma que sirva como base para intercambios multilaterales sino que su aplicación depende de los acuerdos IGA que Estados Unidos firme con otras naciones para obtener información tributaria que el otro Estado firmante posea sobre residentes americanos. FATCA crea así una red de tratados bilaterales con países de quienes desea obtener información tributaria, con el objeto de aplicar su legislación tributaria doméstica extraterritorialmente. La principal crítica apunta al limitado carácter recíproco de este tipo de acuerdos, a las personas sobre las cuales se solicita información tributaria y a que su efectividad depende de la firma de un acuerdo entre Estados Unidos y otro Estado. La extensión global del sistema FATCA como funciona actualmente parecería no garantizar la cooperación e intercambio recíproco de información, pues el alcance personal del acuerdo se limita en cuanto las personas objeto del acuerdo a los contribuyentes residentes americanos; y en cuanto los Estados partícipes, solamente a Estados Unidos y otro Estado (quien en principio obtiene limitados beneficios en materia de información tributaria de sus residentes en poder de Estados Unidos).

En efecto, ni siquiera el modelo IGA1A (considerado el que mayor naturaleza recíproca tiene) asegura reciprocidad entre Estados Unidos y el otro Estado firmante,⁵⁸ en

⁵⁸ La naturaleza unilateral de algunos acuerdos firmados entre Estados Unidos y ciertos países, como el celebrado con Bahamas, es calificado por algunos autores como un mero acuerdo de suministro de información por parte de Bahamas, más que de intercambio de información pues todas la totalidad del tratado se basa en obligaciones por parte de Bahamas. Igualmente, el acuerdo celebrado con las Islas Caimán constituye un acuerdo unilateral, ya que de conformidad con su art. 3 comprende los impuestos sobre la renta federales Estados Unidos, pero no hace mención a impuestos que las Islas Caimán aplican y, por ende, el suministro de información se produce solamente en dirección a Estados Unidos. Véase al respecto, MARK SHADWICK, “The

tanto este modelo solamente asegura una reciprocidad parcial.⁵⁹ Ello en tanto el otro Estado contratante se compromete a recolectar información sobre todas las ganancias obtenidas por residentes estadounidenses a través de cuentas bancarias, ganancias brutas recibidas en las cuentas y los balances de dichas cuentas. Por su parte, la obligación de Estados Unidos solamente se limita a reportar aquellos tipos de cuentas sobre los cuales Estados Unidos tiene autoridad para recabar de acuerdo a sus leyes locales. Sin embargo, las leyes locales estadounidenses son por su parte muy proteccionistas del derecho a la privacidad de sus contribuyentes. Las leyes actuales, por ejemplo, prohíben al gobierno revelar declaraciones juradas o información sobre las declaraciones juradas, y el incumplimiento de ello está penado criminalmente.⁶⁰

El propio Modelo IGA reconoce la necesidad de alcanzar niveles equivalentes de intercambio de información con sus pares firmantes.⁶¹ Pero es claro que el sistema FATCA aún en su expresión más “bilateral” constituye un sistema asimétrico en el cual el Estado firmante está obligado a proveer información mucho más extensiva a Estados Unidos (incluyendo balances de cuentas, numerosas categorías de ganancias brutas como dividendos, intereses, ganancias de capital, y determinar quiénes son los beneficiarios efectivos de estructuras societarias), que Estados Unidos a su par firmante (quien sólo informa respecto de ciertas categorías de ganancias y no está obligado a determinar quién es el beneficiario efectivo en el caso de sociedades).⁶² A ello cabe agregar que aún en los casos de países que han suscripto Modelos IGA1 con Estados Unidos, éste país se reserva el derecho a negarse a intercambiar información con el país firmante si existen inquietudes sobre la confidencialidad de la información u otros factores que determinen

Cayman Islands and United States Tax Information Exchange Agreement”, *British Tax Review*, núm. 2 (2002) págs. 136-137.

⁵⁹ CRISTIANA PANAYI, “Current trends on automatic Exchange of information”, *Singapore Management University, School of Accountancy Research Papers Series* Vol. 4, No. 2 (2016).

⁶⁰ Internal Revenue Code, secciones 7213(a)(1) y 7431(a), y 18 U.S.C. sección 1905. Véase también el artículo de GEORGE YIN, “Preventing Congressional Violations of Taxpayer Privacy”, *69 Tax Lawyer 103* (2015), donde el autor explica las el estado de las leyes actualmente y propone medidas para reforzar la tutela del derecho a la privacidad de contribuyentes americanos.

⁶¹ <https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/documents/reciprocal.pdf> (acceso el 16/08/2016).

⁶² JOHN RYAN, JR., “A crash course in the CRS, an examination of the OECD’s Common Reporting Standard”, *STEP Journal* (marzo de 2016), p. 34.

que el intercambio no resulta conveniente.⁶³ A marzo de 2016, Estados Unidos tiene firmados 73 IGA1, de los cuales 53 son recíprocos, pero de los cuales sólo 34 jurisdicciones han sido consideradas “apropiadas” a los fines de intercambio automático de información.⁶⁴ La modalidad de Estados Unidos de distinguir entre jurisdicciones apropiadas y no apropiadas a los fines de cumplir las obligaciones emergentes de los tratados firmados en materia de intercambio de información, parecería ser un enfoque más matizado de aquel que surge del intercambio de información bajo el modelo propuesto por la OCDE.⁶⁵

No está claro si hoy en día Estados Unidos cuenta con las herramientas para cumplir con el estándar y nivel de información que hoy ese país le exige a los demás Estados firmantes, o cuál será la presión política que ejercerán las entidades financieras americanas cuando tengan que recabar y enviar la información de los titulares de cuentas que no sean contribuyentes americanos.⁶⁶

Por último, FATCA está únicamente destinado a detectar contribuyentes americanos con cuentas o ingresos no declarados en otros Estados. Es decir, está exclusivamente orientado a garantizar la recaudación fiscal por parte de Estados Unidos y tributos adeudados por sus ciudadanos. En este sentido, FATCA exige a las entidades financieras que detecten solamente cuentas cuyos titulares son americanos, mientras que bajo el sistema OCDE CRS, las entidades financieras están obligadas a identificar la residencia de todos sus clientes.

⁶³ “Guidance on Reporting Interest Paid to Non-resident Aliens”, *Internal Revenue Bulletin*, (14 de mayo de 2012).

⁶⁴ Para un listado completo véase <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx> (acceso 04/20/2016)

⁶⁵ JOHN RYAN, JR., “A crash course in the CRS, an examination of the OECD’s Common Reporting Standard”, *STEP Journal* (marzo de 2016), p. 35.

⁶⁶ LUZIUS CAVELTI, “Automatic Information Exchange versus the Withholding Tax Regime Globalization and Increasing Sovereignty Conflicts in International Taxation”, *World Tax Journal (IBFD)*, (Junio de 2013), p. 190. El autor explica que contribuyentes adinerados de Latinoamérica recurren al sistema financiero estadounidense impulsados por la confidencialidad que otorga el sistema y la protección que obtienen frente a gobiernos corruptos de sus países. Esos son, paralelamente, los mismos argumentos en contra de un intercambio de información más efectivo por parte de los paraísos fiscales y de los países que tutelan el secreto bancario.

2.3.1.1.2. Aspectos críticos en cuanto al alcance territorial de FATCA

FATCA ha sido objeto de numerosas críticas en tanto impone obligaciones a entidades financieras y gobiernos en áreas que se encuentran fuera de la jurisdicción americana. Algunos autores han destacado que el cumplimiento de la normativa FATCA requiere que entidades financieras localizadas en terceros países incumplan sus propias obligaciones contractuales con sus clientes, como así también legislación interna en materia de protección de datos, secreto bancario, y otras leyes locales.⁶⁷ Por ejemplo, las normas de algunos países extranjeros prohíben o restringen el derecho de instituciones financieras de enviar información sobre sus clientes a jurisdicciones extranjeras,⁶⁸ que es precisamente lo que FATCA impone como obligación.

Otros han ido aún más lejos y han caracterizado a FATCA como por lejos el ejemplo más extraordinario de legislación extraterritorial por parte del Congreso norteamericano en la historia de Estados Unidos.⁶⁹ Otros han incluso calificado a la normativa como “un acto imperialista”⁷⁰ o una “imposición sobre las soberanías nacionales”⁷¹. Pasando por alto la práctica tradicional en materia de derecho internacional de limitar la legislación nacional al territorio soberano del país legislador, el Congreso de Estados Unidos diseñó FATCA para explícitamente imponer continuas y enormes obligaciones de debida diligencia e información a más de 100.000 entidades financieras en todo el mundo, cada una de las cuales está organizada y opera fuera de los Estados Unidos.⁷²

⁶⁷ ITAI GRINBERG, “Taxing capital income in emerging countries: will FATCA open the door?”, 5 *World Tax Journal* (21 de julio 2013), pp. 325-367.

⁶⁸ Al respecto, ver el artículo de JANE SONG, “The End of Secret Swiss Accounts?: The Impact of the U.S. Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) on Switzerland's Status as a Haven for Offshore Accounts”, 35 *Northwestern Journal of International Law & Business* 687, Vol. 35 Nr. 3 (2015). Aquí se analizan las implicancias de FATCA en la normativa interna de Suiza, un país que tradicionalmente ha protegido la privacidad en material financiera.

⁶⁹ BRUCE BEAN Y ABBEY WRIGHT, “The US Foreign Account Tax Compliance Act: American legal imperialism?”, 21 *ILSA Journal of International & Comparative Law* 334 (2015) p. 334.

⁷⁰ SCOTT MICHEL Y DAVID ROSENBLOOM, “FATCA and Foreign Bank Accounts: has the US overreached?”, *Tax Notes International* (30 de mayo de 2011) p. 711.

⁷¹ SCOTT MICHEL Y DAVID ROSENBLOOM, “FATCA and Foreign Bank Accounts: has the US overreached?”, *Tax Notes International* (30 de mayo de 2011) p. 711.

⁷² BRUCE BEAN Y ABBEY WRIGHT, “The US Foreign Account Tax Compliance Act: American legal imperialism?”, 21 *ILSA Journal of International & Comparative Law* 334 (2015) p. 334.

Más allá del carácter “imperialista” de la normativa, es importante destacar que la efectividad del sistema depende de la firma de un acuerdo entre Estados Unidos y otro Estado. Si bien Estados Unidos ha firmado numerosos IGAs para poner en práctica un sistema de intercambio de información y cooperación, aquellos países que no han acordado de modo explícito con Estados Unidos quedan en principio fuera del alcance de FATCA. La limitación del alcance territorial trae aparejadas dos consecuencias que en cierta medida atentan contra la eficacia del intercambio de información bilateral como mecanismo para erradicar la evasión fiscal. Por un lado, las jurisdicciones que no tengan acuerdos con Estados Unidos y que hasta la fecha no eran vistos como destinos de inversión, lo serán en la medida en que otorguen cierta protección al inversionista. Dada la alta movilidad del capital de hoy en día, no resulta difícil imaginar cómo las inversiones americanas pueden rápidamente trasladarse a jurisdicciones con las cuales Estados Unidos no tiene acuerdos para quedar exentas de FATCA y evitar declarar ganancias de fuente extranjera al fisco americano.

Asimismo, incluso la retención del 30% para entidades que no cooperan con Estados Unidos perdería toda eficacia si las entidades decidieran directamente no invertir en Estados Unidos y de este modo evadir el cumplimiento de FATCA. Esta postura es la que algunos bancos en Asia han tomado, y se han negado a abrir cuentas bancarias o otorgar hipotecas a inversores o clientes americanos.⁷³ Por otro lado, el carácter asimétrico de FATCA en comparación con las obligaciones simétricas de intercambio de información bajo el CRS de la OCDE producirán movilizaciones de capitales desde centros financieros que se han comprometido a implementar el estándar de la OCDE hacia Estados Unidos, que no se ha comprometido a intercambiar información bajo el sistema de la OCDE. Es decir, Estados Unidos podría comenzar a operar como un paraíso fiscal,⁷⁴ en la medida que recibiría inversiones extranjeras, sin comprometerse a informar al país de residencia del inversor sobre las ganancias de fuente americana.⁷⁵

⁷³ SANAT VALLIKAPPEN, “US Millionaires told to go away as tax evasion rule looms”, *Bloomberg* (9 de Mayo de 2012), disponible en <http://www.bloomberg.com/news/articles/2012-05-08/us-millionaires-told-go-away-as-tax-evasion-rule-looms> (acceso el 20/12/2016).

⁷⁴ CYNTHIA BLUM, “Sharing Bank Deposit Information with Other Countries: Should Tax Compliance or Privacy Claims Prevail?”, *6 Florida Tax Review* 579 (2004), pp. 634-638. El artículo propone una interesante postura sobre el derecho de los países de baja tributación a ser paraísos fiscales. La autora grafica la paradoja del caso de Estados Unidos quien tiene un interés

2.3.1.1.3. Aspectos críticos en cuanto al alcance material de FATCA

Ni FATCA ni sus reglamentaciones autorizan el intercambio recíproco de información con autoridades fiscales extranjeras. El Modelo IGA1, que sí autoriza intercambio automático de información y que fue introducido como mecanismo para incentivar a otros Estados a cooperar con Estados Unidos, tiene también un alcance limitado. El Modelo IGA1 obliga a Estados Unidos a intercambiar información con el otro Estado firmante sobre ciertos tipos de ganancias de fuente americana: intereses de depósitos sobre cuentas de titulares no residentes, dividendos de fuente americana, y algunos otros tipos de ganancias pagadas a residentes, individuos o sociedades, pero no a correr el velo societario o determinar quiénes son los verdaderos beneficiarios efectivos de la sociedad.

Algunos de los puntos más importantes dentro del alcance material de FATCA, se refiere a las diferencias en cuanto a las definiciones de las entidades alcanzadas. Se ha destacado por ejemplo que los fideicomisos y fondos de inversión, los más utilizados vehículos para realizar inversiones en el extranjero, no estarán alcanzados por FATCA pero sí por CRS.⁷⁶ La cantidad de instituciones financieras que están obligadas a reportar bajo el CRS sería mayor en comparación con las alcanzadas por FATCA, pues incluyen bancos pero también otras entidades financieras como *brokers*, algunos vehículos de inversión y compañías de seguro.⁷⁷ Sólo algunas entidades que no presentan riesgo de ser utilizadas por no residentes para evadir obligaciones impositivas están exentas de reportar bajo el CRS. Asimismo, la cantidades de titulares de cuentas bajo el alcance de CRS son mucho más numerosos pues no existe la excepción *de minimis* de FATCA (cuentas con

mayor en atraer capital extranjero y ofrecer anonimato a los inversores que en prevenir la evasión fiscal de americanos con cuentas en el exterior. El artículo critica la postura de Estados Unidos de intentar erradicar paraísos fiscales en países pobres porque atentan contra la recaudación fiscal de los países desarrollados sobre sus residentes, mientras que al mismo tiempo el propio Estados Unidos se niega a adoptar reglamentaciones para intercambiar información en pie de igualdad con aquellos países no desarrollados.

⁷⁵ JOHN RYAN, JR., “A crash course in the CRS, an examination of the OECD’s Common Reporting Standard”, *STEP Journal* (marzo de 2016), p. 35.

⁷⁶ Para un tratamiento del tema, véase entre otros, PETER COTORCEANU, “FATCA and Offshore Trusts: the first nibble”, *139 Tax Notes 409* (22 de abril de 2013); KRISTEN PARILLO, “U.S. Position on OECD Standard Problematic for trusts and funds”, *148 Tax notes 728*, (17 de agosto de 2015).

⁷⁷ KRISTEN PARILLO, “U.S. Position on OECD Standard Problematic for trusts and funds”, *148 Tax notes 728*, (17 de agosto de 2015).

menos de USD50.000 no están alcanzadas). Es decir, el alcance material en cuanto a las personas y operaciones sujetos al intercambio de información bajo de FACTA es más reducido que el espectro del sistema propuesto por la OCDE.

2.3.1.1.4. El carácter unilateral de FATCA en el marco del multilateralismo propuesto por la OCDE. Incidencia para los países en vías de desarrollo

En la lucha contra la evasión fiscal, la cooperación internacional resulta crucial. Los tratados bilaterales incrementan la transparencia y reducen la cantidad de Estados en los cuales los capitales pueden encontrar refugio a la tributación. Sin embargo, los acuerdos bilaterales son sólo una parte de la carrera a erradicar la evasión fiscal. La efectividad de estos acuerdos depende de la voluntad y de la capacidad de los Estados involucrados de cooperar en las negociaciones y de asumir el compromiso de ejecutar debidamente el tratado firmado.⁷⁸ La verdadera erradicación de la evasión fiscal, se propone aquí, sólo puede lograrse con acuerdos multilaterales de alcance global que faciliten el intercambio de información. La propuesta unilateral de Estados Unidos claramente no sigue estas líneas y no genera incentivos para la búsqueda de soluciones globales sino por el contrario, para que cada Estado cree sus propias reglas.

Ya en el año 2010, el *Tax Justice Network* había criticado al sistema FATCA.⁷⁹ La organización afirmaba por entonces que si bien FATCA constituía un avance en el sistema legislativo vigente, aún permitía a Estados Unidos continuar con su doble estándar en su materia de política tributaria. Por un lado, autorizando a las autoridades americanas a requerir información de sus ciudadanos, pero permitiendo que Estados Unidos ofrezca secreto bancario de facto a extranjeros que invirtiesen en Estados Unidos.

⁷⁸ Al respecto, véase el artículo de ERIC VICTORSON, “United States v. UBS AG: has the United States successfully cracked the vault to Swiss Banking Secrecy?”, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 19 Issue 3, p. 815 (verano de 2011). Aquí el autor ilustra el caso de Estados Unidos y Panamá y Suiza e Italia y la incapacidad de estos Estados de firmar acuerdos pese a los efectos que la evasión fiscal tiene para ambos países pues las negociaciones están congeladas. Ello revela que los problemas con tratados bilaterales en materia de evasión no sólo presentan dificultades cuando se trata de paraísos fiscales o Estados emergentes, sino también afecta a Estados más desarrollados.

⁷⁹ Tax Justice Network, “FATCA: new automatic info exchange tool”, disponible en <http://taxjustice.blogspot.co.uk/2010/05/fatca-new-automatic-info-exchange-tool.html> (acceso el 18/08/2016).

En esta línea, si bien a nivel internacional se ha logrado un consenso generalizado sobre la necesidad de utilizar al derecho internacional tributario como mecanismo de coordinación de las relaciones tributarias, la política de Estados Unidos parecería no estar en la misma línea. La cooperación en materia tributaria debe alcanzar a las relaciones entre cada fisco y sus contribuyentes pero también a las relaciones de los distintos Estados entre sí. Dicha articulación alcanza su máxima expresión cuando los Estados crean sistemas multilaterales o bilaterales con obligaciones recíprocas que incluyan el intercambio internacional de información tributaria, la asistencia en materia de recaudación o la realización de fiscalizaciones simultáneas y/o conjuntas, como ocurre con el CMAA.⁸⁰

Ciertamente, FATCA ha sido un modelo inspirador para acelerar las negociaciones y normativas en materia de intercambio automático de información a nivel global. Sin embargo, está lejos de constituir *per se* un estándar que aplicado a nivel global solucione el problema de la evasión fiscal. La falta de reciprocidad es quizás la razón principal. Si bien los IGAs firmados a la fecha han servido para eliminar algunos de los conflictos que la aplicación de FATCA generaba en las legislaciones domésticas de los Estados requeridos, FATCA no otorga aún niveles deseados de reciprocidad entre Estados Unidos y el país firmante, menos aún entre los firmantes entre sí.

No se debe olvidar que a la fecha, más de 100 jurisdicciones en todo el mundo se han comprometido a implementar un estándar global (*Common Reporting Standard* o *CRS*, por sus siglas en inglés) y a comenzar a intercambiar información de manera automática desde 2017 y 2018. Estados Unidos, sin embargo, ha expresado en una reunión del Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información a los fines fiscales, hoy incorporado como una nota al pie en el listado de países que se han comprometido a implementar CRS que: “Estados Unidos ha indicado que realizará intercambios automáticos de información de conformidad con la *Foreign Account Tax Compliance* (FATCA) a partir de 2015, habiendo celebrado a tal efecto acuerdos intergubernamentales (AGI) con otras jurisdicciones. Los IGA Modelo 1A suscritos por

⁸⁰ Cfr. JUAN P. BARZOLA, “Intercambio internacional de información tributaria – la experiencia argentina”; Compilado del 2º Encuentro Tributario Regional Latinoamericano IFA 2010, Buenos Aires, 7 al 9 de abril de 2010.

Estados Unidos reconocen la necesidad de alcanzar por su parte niveles equivalentes de reciprocidad en el intercambio automático de información con las jurisdicciones asociadas. También incluyen el compromiso político de procurar adoptar reglamentos, y promover y apoyar la legislación pertinente, para alcanzar tales niveles equivalentes de reciprocidad en el intercambio automático de información.”⁸¹

La pregunta que esta declaración genera es en qué medida el compromiso suscripto por Estados Unidos realmente constituye un compromiso equivalente al que han suscripto los demás países que han adherido al CRS. Asimismo, cómo califican los países participantes de CRS a Estados Unidos, dado su compromiso de carácter híbrido en la suscripción al CRS. Aún cuando algunos académicos han definido al CRS como una extensión global de FATCA⁸², ciertas diferencias entre ambos sistemas permiten afirmar que realmente no se trata de una extensión territorial de la aplicación del sistema FATCA sino de un sistema de diferente naturaleza. A la fecha, Estados Unidos no ha suscripto MCAA o adherido al CRS, y la información financiera reportada bajo el Modelo IGA1 es muy inferior a lo requerido bajo el CRS (principalmente en lo relativo a beneficiarios efectivos de sociedades). Estados Unidos no ha logrado alcanzar niveles equivalentes de intercambio recíproco y automático de información bajo los estándares de la OCDE.⁸³

A la fecha, no parece posible que Estados Unidos formalmente asuma su carácter de Estado participe en el CRS. Una de las mayores trabas radica en que el Tesoro y las autoridades fiscales no tienen autoridad de acuerdo a la normativa interna de requerir a las entidades financieras americanas que colecten la información requerida por FATCA y CRS. Para que el IRS pueda expandir sus facultades de recolección de información de

⁸¹ OCDE, Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales Bridgetown, Barbados ,29 y 30 de octubre de 2015, Declaración de Resultados.

⁸² Véase BRUCE BEAN Y ABBEY WRIGHT, “The US Foreign Account Tax Compliance Act: American legal imperialism?”, *21 ILSA Journal of International & Comparative Law* 334 (2015) p. 25; CRISTIANA PANAYI, “Current trends on automatic Exchange of information”, *Singapore Management University, School of Accountancy Research Papers Series* Vol. 4, No. 2 (2016).

⁸³ JOHN RYAN, JR., “A crash course in the CRS, an examination of the OECD’s Common Reporting Standard”, *STEP Journal* (marzo de 2016), p. 35. El autor sostiene que bajo una interpretación técnica del sistema, Estados Unidos no debería ser considerada una jurisdicción participe del CRS.

instituciones financieras e intercambiar dicha información con terceros países, se requiere aprobación del Congreso. Sin embargo, actualmente el partido Republicano, que expresó una fuerte oposición a la aprobación de FATCA, controla ambas Cámaras. Ello lleva a concluir que sería poco probable que el Congreso expanda FATCA y le otorgue aún más facultades al gobierno para divulgar la información de sus contribuyentes. Pero si Estados Unidos quiere mantener el mismo nivel de juego y cooperación que los demás países del globo, el desafío se encuentra en hallar un modo de modificar estas normativas.⁸⁴

En cuanto a los países en vías de desarrollo, la pregunta es qué consecuencias en particular tendría para estos países un modelo de intercambio de información basado en un sistema como FATCA.

Uno de los principales desafíos que los países en vías de desarrollo enfrentan en acuerdos de intercambio automático de información que se basan en acuerdo bilaterales es la relación de poder y la desigualdad en el poder negociación entre países desarrollados y no desarrollados. Una interesante observación se relaciona con lo que Urinov⁸⁵ denomina “escondido multi-bilateralismo dentro del prometido multilateralismo”. Este autor señala que algunas potencias, como Estados Unidos, que aún no se han comprometido a implementar el sistema propuesto por la OCDE, exigen la firma de un acuerdo bilateral para poder intercambiar información con ellos. El desafío para un país en desarrollo es que las negociaciones por acuerdos bilaterales se basan, la mayoría de las veces, en una relación de poder. Estas potencias tienen siempre más palanca política para exigir y hacer valer sus condiciones que lo que pueden llegar a exigir países no desarrollados. Para poder establecer un marco de juego equilibrado, las ventajas de un acuerdo multilateral son mayores en tanto un acuerdo multilateral ofrece a los Estados más pequeños una mayor protección en contra de acciones unilaterales por parte de los más grandes.⁸⁶

⁸⁴ KRISTEN PARILLO, “U.S. Position on OECD Standard Problematic for trusts and funds”, *148 Tax notes* 728, (17 de agosto de 2015).

⁸⁵ VOKHID URINOV, “Developing Country Perspectives on Automatic Exchange of Tax Information”, *Law, Social Justice and Global Development Journal*, Vol. 1 (2015) p. 5.

⁸⁶ LILLIAM SUMI IMAOKA HOJYO, “Análisis jurídico del acuerdo modelo sobre intercambio de información en materia tributaria de la OCDE: ¿hacia una nueva tendencia en el intercambio de información?”, Universidad Complutense de Madrid (2013), disponible en <http://eprints.ucm.es/21012/1/T34413.pdf> (acceso el 07/01/2017).

Y ello es precisamente lo que ha sucedido con FACTA y los acuerdos firmados a su amparo. Por ejemplo, en marzo de 2007 la Argentina solicitó a los Estados Unidos la firma de un TIEA. Estados Unidos lo condicionó a que Argentina considere un acuerdo de doble imposición más extensivo, que en última instancia requería que el país renunciase a la mayoría de sus derechos de imposición.⁸⁷ O lo que ocurre con el acuerdo firmado con Bahamas, calificado por algunos autores como un mero acuerdo de suministro de información por parte de Bahamas, más que de intercambio de información.⁸⁸ Sin acuerdos multilaterales, los países en vías de desarrollo tienen pocas posibilidades de realizar intercambios de información en un futuro cercano con países desarrollados en general, pero con Estados Unidos y el sistema FATCA en particular.

Evidentemente, ciertas condiciones son necesarias para asegurar la exitosa participación de los países en vías de desarrollo en el intercambio automático de información tributaria con países desarrollados. Es necesario contar con tratados bilaterales o multilaterales que aseguren un adecuado equilibrio entre las partes⁸⁹. Los tratados son el punto de partida para que los países puedan intercambiar la información. Pero se debe asegurar que los países desarrollados, que normalmente posee más fuerza política y económica para negociar un tratado, no utilicen los tratados bilaterales como una vía para exigir concesiones en materia impositiva de los países no desarrollados que desean obtener información.

Más allá del carácter bilateral o multilateral del acuerdo, es fundamental que el otro Estado contratante, en este caso Estados Unidos, asuma y cumpla con las obligaciones de intercambio de información asumidas en el tratado de forma espontánea y sin ampararse en cláusulas que le permiten reusarse a proveer información si existen inquietudes sobre la confidencialidad de la información u otros factores que determinen

⁸⁷ MARTIN HEARDON, "Why the US and Argentina have no Tax Information Exchange Agreement", (September 2013), disponible en <https://martinheardon.wordpress.com/2013/09/05/why-the-us-and-argentina-have-no-tax-information-exchange-agreement/> (acceso 08/15/2016).

⁸⁸ WILLIAM SHARP Y WILLIAM HARRISON, "U.S. Tax Information Exchange Agreements: A comparative analysis", *Tax Notes International*, vol. 28, núm. 86, (2002) pág. 838.

⁸⁹ Véase "*Automatic for the people*", disponible en http://www.christianaid.org.uk/Images/Automatic_information_exchange_briefing.pdf (acceso el 10/12/2016).

que el intercambio no resulta conveniente.⁹⁰ El fin de los acuerdos de intercambio de información recíproco queda frustrado cuando una de las partes, que es además un país desarrollado y con poder político, se niega a cumplir con sus obligaciones bajo una determinación *a posteriori* de que el otro país no ofrece garantías de confidencialidad o simplemente no resulta conveniente. Lo mismo ocurre cuando se niega a intercambiar información debido a que sus leyes domésticas prohíben al gobierno revelar declaraciones juradas o información sobre las declaraciones juradas.⁹¹ En este sentido, es importante establecer reglas de juego claras pues los países firmantes no deberían comprometerse a cumplir con obligaciones bajo un tratado que luego se negarán a cumplir al amparo de leyes domésticas.

Se debe notar que Estados Unidos ha procedido en este sentido cuando ha calificado a la mayoría de las jurisdicciones con las que ha firmado acuerdos como jurisdicciones que no cumplen con los estándares de confidencialidad. Diferente ha sido la postura de países no desarrollados respecto a la implementación de la ley FACTA. Por ejemplo en el Perú, la extraterritorialidad de los efectos de FATCA, evidencia una posible colisión con lo dispuesto en la legislación nacional en relación al secreto bancario y a la reserva bursátil y la imposibilidad para una entidad financiera peruana de retener el 30% sobre los pagos provenientes de Estados Unidos sin el consentimiento del cliente. Sin embargo, el país cumple y cumplirá con las obligaciones emergentes del tratado, a pesar también de los sobrecostos en que incurrirán las entidades financieras en las operaciones que estas realicen con Estados Unidos, como consecuencia de las medidas de control que deberán establecer.⁹²

Además de la relación de poder, otro factor son los costos administrativos y de recursos que la firma de un tratado bilateral conlleva, pues el principio de reciprocidad (legal y material), puede ser inadecuado y poco práctico a la hora del intercambio de

⁹⁰ “Guidance on Reporting Interest Paid to Non-resident Aliens”, *Internal Revenue Bulletin*, (14 de mayo de 2012).

⁹¹ Internal Revenue Code, secciones 7213(a)(1) y 7431(a), y 18 U.S.C. sección 1905. Véase también el artículo de GEORGE YIN, “Preventing Congressional Violations of Taxpayer Privacy”, *69 Tax Lawyer 103* (2015), donde el autor explica las el Estado de las leyes actualmente y propone medidas para reforzar la tutela del derecho a la privacidad de contribuyentes americanos.

⁹² PATRICIA VALDEZ LADRÓN DE GUEVARA, “Los acuerdos de intercambio de información tributaria y su implementación en el Perú”, *Derecho & Sociedad*, nro. 43, (2015) pp. 419-433.

información, particularmente en lo relativo a la reciprocidad material o de hecho tratándose de dos Estados entre los que existe una gran diferencia en el desarrollo de su administración tributaria.⁹³ Un aspecto positivo en este sentido es que en los TIEAs firmados por Estados Unidos con algunos países del Caribe, se establece el reparto de costos a cargo del Estado requirente, considerando factores como la dirección del flujo de la información, o la menor capacidad administrativa y económica de los Estados con los que se concluyó el TIEA, entre otros.⁹⁴

Los acuerdos bilaterales de intercambio de información son sin duda una herramienta fundamental para erradicar la evasión fiscal y alcanzar transparencia fiscal. Este tipo de tratados significan para los países en desarrollo un desafío adicional, no sólo en la negociación de sus cláusulas sino también en lograr una adecuada y equilibrada implementación. Este equilibrio no se puede lograr si países como Estados Unidos utilizan estos acuerdos para aplicar sus leyes tributarias extraterritorialmente y exigiendo que el otro Estado firmante viole sus normas internas, como el secreto bancario o la confidencialidad de los inversores, y luego el propio Estados Unidos se niegue a cumplir con sus obligaciones bajo el pretexto de que las normas americanas no permiten divulgar la información en poder del IRS.⁹⁵

⁹³ CLAUDIO PITA, “El intercambio de informaciones tributarias como instrumento de contención de la competencia desleal a nivel internacional”, *Banco Interamericano de Desarrollo*, enero de 2007 pp. 18-19.

⁹⁴ LILLIAM SUMI IMAOKA HOJYO, “Análisis jurídico del acuerdo modelo sobre intercambio de información en materia tributaria de la OCDE: ¿hacia una nueva tendencia en el intercambio de información?”, Universidad Complutense de Madrid (2013), p. 185, disponible en <http://eprints.ucm.es/21012/1/T34413.pdf> (acceso el 07/01/2017).

⁹⁵ CYNTHIA BLUM, “Sharing Bank Deposit Information with Other Countries: Should Tax Compliance or Privacy Claims Prevail?”, *6 Florida Tax Review* 579 (2004), pp. 634-638. La autora destaca la inconsistencia de la política de Estados Unidos de exigir a los países de fuente que operan como paraísos fiscales a revelar la información que poseen de ciudadanos americanos bajo la bandera de la erradicación de la evasión fiscal y luego negarse a proveer información sobre no residentes inversionistas en Estados Unidos bajo el pretexto de que las normas domésticas norteamericanas no permiten divulgar esa información. Claramente, razones económicas como las ganancias derivadas de los depósitos e inversiones de extranjeros pesan en la ecuación.

2.3.2. Modelo Rubik y sistema Suizo

El modelo Rubik se origina en una propuesta elaborada por la Asociación Bancaria Suiza⁹⁶ y constituye una alternativa al intercambio automático de información. Países como Suiza, cuyo sistema económico se basa en ser centros financieros atractivos por su fuerte tutela del secreto bancario han resistido el intercambio de información tributaria en tanto atentaría contra su mayor fuente de ingresos.

El modelo Rubik toma su nombre del profesor de arquitectura húngaro Ernő Rubik, quien en 1974 inventó el famoso y colorido cubo que podía darse vueltas sin romperse. El propósito del inventor era resolver el problema estructural de mover las partes del cubo independientemente sin que se rompiera. De allí que el modelo suizo se denomina Rubik, pues la idea es buscar una solución pragmática a la tensión entre la necesidad de intercambiar información tributaria a nivel internacional y mantener el secreto bancario y las leyes de confidencialidad domésticas. Este sistema permite al país de residencia del inversionista hacerse de ingresos en concepto de impuestos y al país de fuente (el centro financiero donde se genera la ganancia) mantener a los inversores, respetar sus leyes bancarias y financieras, y por ende preservar la integridad de ambos sistemas.⁹⁷

Esta propuesta se orienta a buscar una solución a la tensión entre (i) el derecho del Estado de residencia a gravar las cuentas en el extranjero que posean sus residentes, y (ii) la protección del derecho a la privacidad garantizado por las leyes domésticas del país de fuente.⁹⁸

Para solucionar este conflicto, el sistema se compone de dos elementos: uno, la regularización del pasado y dos, la introducción de una retención de impuestos definitiva sobre las ganancias generadas por inversiones extranjeras, incluyendo ganancias de

⁹⁶ Swiss Bank Association, *Project Flat Rate, Flat Rate Tax on Assets Held with Banks on a Cross-Border Basis*, (2009) disponible en http://www.swissbanking.org/en/20091210-4730-dok-rubik_businesscase_sbv-uka-final.pdf (acceso el 25/05/2016).

⁹⁷ VOKHIDJON URINOV, "The Rubik Model: An Alternative for Automatic Tax Information Exchange Regimes?", *Bulletin for International Taxation*, Vol. 69, No. 2 (2015).

⁹⁸ XAVIER OBERSON, *International Exchange of information in tax matters: Historical development of international exchange of information rules*, Edward Elgar Publishing, Geneva, 2015, pp. 174, 175.

capital, para el futuro.⁹⁹ Básicamente, el modelo permite que el Estado de residencia recaude los impuestos adeudados por sus residentes como ganancia de fuente extranjera, sin que el Estado de fuente deba transmitir información relacionada a la identidad del contribuyente. La importancia de este sistema radica en que ha generado un debate a nivel internacional ya que algunos autores lo han propuesto como una alternativa viable al intercambio automático de información,¹⁰⁰ mientras que otros aún sostienen que el sistema de intercambio automático es la mejor alternativa como estándar global.¹⁰¹

2.3.2.1. Cuál es el propósito y cómo funciona el modelo Suizo

En líneas generales, lo que propone el sistema suizo es introducir una retención final sobre ganancias generadas por extranjeros como sustitución del envío de información tributaria al país de residencia. La tasa a aplicar a la retención es la misma que debería haber pagado el contribuyente en su país de residencia.

El agente de pago (generalmente la entidad bancaria) retiene el impuesto sobre las ganancias de fuente suiza, ya sean intereses, dividendos, regalías o ganancias de capital, lo remite al fisco suizo, quien luego lo remite al país de residencia en forma anónima, es decir, sin revelar la identidad del contribuyente.

⁹⁹ Véase también LUZIUS CAVELTI, “Automatic Information Exchange versus the Withholding Tax Regime Globalization and Increasing Sovereignty Conflicts in International Taxation”, *World Tax Journal (IBFD)*, (Junio de 2013) p. 197. El autor explica en funcionamiento del sistema suizo.

¹⁰⁰ HAIG SIMONIAN, “Swiss Seek Further Bilateral Tax Accords”, *Financial Times* (11 de agosto de 2011); NIELS JOHANNESSEN, AND GABRIEL ZUCMAN, “The End of Bank Secrecy? An Evaluation of the G20 Tax Haven Crackdown”, *American Economic Journal: Economic Policy*, Vol. 6 Nr. 1 (2014), pp. 65-91, disponible en <http://gabriel-zucman.eu/files/JohannesenZucman2014> (acceso el 20/12/2016).

¹⁰¹ LUZIUS CAVELTI, “Automatic Information Exchange versus the Withholding Tax Regime Globalization and Increasing Sovereignty Conflicts in International Taxation”, *World Tax Journal (IBFD)*, (Junio de 2013), p. 200. Véase también, ITAI GRINBERG, “The Battle Over Taxing Offshore Accounts”, *60 UCLA Law Review* 304 (2012) p. 347. Si bien Grinberg aclara que ninguno de los sistemas representa una solución definitiva y comprensiva para solucionar el problema de cuentas en el exterior, y una combinación de ambos sería ideal, sostiene que entre los dos modelos es preferible un sistema de intercambio de información es superior a una retención final de impuestos de carácter anónima. Entre las razones, el autor menciona que el sistema de intercambio de información provee soluciones al problema del principal beneficiario, y que el sistema de retención no es un sistema más económico, simple o fácil de administrar que el intercambio de información.

Los acuerdos también prevén la posibilidad para el contribuyente de voluntariamente autorizar al banco con el cual opera a revelar su identidad e información a su país de residencia en lugar de que el banco retenga el impuesto.

Uno se preguntaría por qué el contribuyente, quien ha elegido un país para realizar sus inversiones debido a que el país le garantiza la confidencialidad elegiría revelar su identidad. La razón de ello es que cuando el agente de pago retiene el impuesto, aplica la tasa más alta que la legislación doméstica del país de residencia autoriza. Es decir, en los sistemas tributarios que tienen una escala progresiva hay un fuerte incentivo para aquellos contribuyentes que no están gravados con la escala más alta en su país de residencia a autorizar al banco a revelar su información pues en caso contrario, sus ganancias de fuente extranjera se encontrarían sujetos a una mayor carga impositiva. Por ende, para los contribuyentes que se encuentran gravados a las escalas más bajas en su país de residencia, el sistema de retención (cuya meta es preservar la confidencialidad del contribuyente) tiene como resultado justamente lo contrario: que el contribuyente revele su identidad a menos que esté dispuesto a pagar más impuestos de los que debería.¹⁰²

A la fecha, la Unión Europea ha firmado acuerdos con Suiza¹⁰³, Andorra¹⁰⁴, Liechtenstein¹⁰⁵, San Marino¹⁰⁶ y Mónaco¹⁰⁷. Suiza, por su parte, ha firmado acuerdos

¹⁰² LUZIUS CAVELTI, “Automatic Information Exchange versus the Withholding Tax Regime Globalization and Increasing Sovereignty Conflicts in International Taxation”, *World Tax Journal (IBFD)*, (Junio de 2013) p. 207.

¹⁰³ Agreement between the European Community and the Swiss Confederation providing for measures equivalent to those laid down in Council Directive 2003/48/EC on taxation of savings income in the form of interest payments, OJ L 385 (2004), firmado el 2 de Junio de 2004.

¹⁰⁴ European Commission Press Release IP11411445, Savings taxation: Commission welcomes signature of agreements with Liechtenstein, San Marino and Monaco (7 Dec. 2004), firmado el 15 de noviembre de 2004, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-1445_en.htm (acceso 28/01/2017).

¹⁰⁵ Eur. Commn. Press Release IP11411445, Savings taxation: Commission welcomes signature of agreements with Liechtenstein, San Marino and Monaco (7 Dec. 2004), firmado el 29 de noviembre de 2004, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-1445_en.htm (acceso 28/01/2017).

¹⁰⁶ Eur. Commn. Press Release IP11411445, Savings taxation: Commission welcomes signature of agreements with Liechtenstein, San Marino and Monaco (7 Dec. 2004), firmado el 29 de noviembre de 2004, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-1445_en.htm (acceso el 28/01/2017).

¹⁰⁷ Eur. Commn. Press Release IP11411445, Savings taxation: Commission welcomes signature of agreements with Liechtenstein, San Marino and Monaco (7 Dec. 2004), firmado el 7 de

con Austria¹⁰⁸, el Reino Unido¹⁰⁹ y Alemania. El acuerdo con Alemania, sin embargo, no ha sido aun ratificado por lo que no se encuentra vigente.

Estos acuerdos prevén una solución para el pasado y para el futuro.¹¹⁰ La solución para el pasado opera como una suerte de amnistía sobre los impuestos adeudados por períodos fiscales anteriores. Suiza realiza una transferencia de una suma fija de dinero al país de residencia en forma anónima por los períodos fiscales pasados definidos en el acuerdo. Para los períodos fiscales posteriores, el acuerdo establece una retención de impuestos anónima que luego se transfiere al país de residencia. El acuerdo otorga así un beneficio sustancial para el país de residencia, quien se asegura recibir una suma fija en concepto de impuestos adeudados por períodos fiscales anteriores sin necesidad de iniciar procedimientos de ejecución fiscal a sus contribuyentes; y se garantiza que recibirá ingresos en el futuro sin incurrir en cargas administrativas de fiscalización y ejecución fiscal.

Asimismo, y diferencia de la propuesta de la Unión Europea contenida en la Directiva sobre Impuestos sobre Ahorros, una vez que el agente de pago realiza la retención, el contribuyente queda liberado de su obligación de reportar sus ganancias de fuente extranjera al fisco local. Es decir, la retención actúa como un sustituto de la obligación del contribuyente de declarar sus ingresos en su país de residencia.

Un punto interesante del sistema es que también contempla a las entidades interpuestas, comúnmente utilizadas para ocultar al beneficiario efectivo.

2.3.2.2. Análisis crítico del sistema Suizo

2.3.2.2.1 Aspectos críticos en cuanto a los costos y la carga administrativa del Modelo Rubik

diciembre de 2004, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-1445_en.htm (acceso el 28/01/2017).

¹⁰⁸ Agreement between Austria and the Swiss Confederation on cooperation in the area of taxation, 13 de Abril de 2012.

¹⁰⁹ Agreement between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Swiss Confederation on cooperation in the area of taxation, October 6, 2011.

¹¹⁰ Al respecto, véase las instrucciones publicadas por la Administración Federal Suiza sobre el funcionamiento de los acuerdos de cooperación en el área de impuestos, que contienen un borrador de los acuerdos con Gran Bretaña, Alemania y Austria y contienen una explicación general del sistema. Disponible en http://www.swissbanking.org/en/20120702-4760-all-wegleitung_zukunft_fr-cje.pdf (acceso el 25/05/2016).

Una de las principales críticas que se ha planteado al modelo Rubik se centra en los altos costos que generaría para los agentes de pago si se implementase a escala global. El funcionamiento del sistema requiere que los agentes de pago (en general entidades financieras) actúen como detectores y recolectores de impuestos, y luego lo envíen al país de residencia. Pero para ser efectivo, el agente de pago debe caracterizar el tipo de ganancia, y la residencia del beneficiario de la ganancia.¹¹¹ Asimismo, debido a que el sistema supone que el monto retenido se corresponda con la tasa aplicada en cada país para cada categoría de ganancia, el agente de pago también debe conocer las normas impositivas del país de residencia para poder gravar la ganancia a la tasa aplicada por el Estado de residencia.¹¹²

Por otra parte, el sistema genera una alta carga administrativa para las entidades financieras, que deben poseer información sobre los sistemas legales y tributarios de todos aquellos países con los que Suiza tenga un acuerdo. Ello requiere que la información esté disponible y que asimismo sea correcta. Hasta la fecha, la pequeña cantidad de acuerdos celebrados al amparo de este sistema no permiten medir adecuadamente cuál sería el impacto para las entidades bancarias si tuviesen que aplicarlo a escala global, y tuviesen que tener conocimiento de cada uno de los sistemas impositivos del otro país firmante. A la fecha la Asociación de Bancos de Suiza estima que el costo de cumplimiento para las entidades financieras suizas alcanza de 300 millones a 500 millones de francos suizos. Si la red de acuerdos se expandiese, ello generaría aún más costos para los agentes de pago. No debe olvidarse que los altos costos deben de algún modo ser redituables para la institución financiera, quien debe ponderar si

¹¹¹ XAVIER OBERSON, *International Exchange of information in tax matters: Historical development of international exchange of information rules*, Edward Elgar Publishing, Geneva, 2015, p. 176.

¹¹² Al respecto, véase también ITAI GRINBERG, “The Battle Over Taxing Offshore Accounts”, *60 UCLA Law Review* 304 (2012) p. 347-356. El autor argumenta que el sistema de retención no es menos costoso o fácil de administrar pues requiere identificar el Estado de residencia del contribuyente, recolectar la información sobre la ganancia generada por éste en concepto de intereses, dividendos, regalías, etc., determinar cuáles son las entidades financieras incluidas en el sistema, asegurarse que las entidades financieras cumplan con los requerimientos de identificación del cliente y retengan las sumas, y encuentren la forma de incentivar a la expansión del sistema a nivel multilateral o global. El sistema de retención, continúa, es también administrativamente costoso para la entidad pues debe además mantener actualizada su información sobre los sistemas fiscales extranjeros.

le es más beneficioso costear un sistema basado en modelo Rubik y tutelar la privacidad, o simplemente abandonar su larga trayectoria de protección a la confidencialidad y optar por un sistema basado en el intercambio automático.

Es de destacar que a partir de 2018 Suiza intercambiará información de manera automática con ciertos Estados. Por ende, resta aún analizar cómo interactuarán los convenios de retención firmados a la fecha en el marco de los acuerdos de intercambio automático, como así también si Suiza firmará nuevos acuerdos de retención con otros Estados con los que no intercambiará información de modo automático. Si la información de sus contribuyentes se torna accesible para los Estados de residencia, parecería que los convenios de retención perderán virtualidad. La protección de la confidencialidad del contribuyente del país de residencia ya no podría ser tutelada y los acuerdos de retención perderían finalidad. Resultaría posible, sin embargo, que el país de residencia optase por mantener un acuerdo de retención si, por ejemplo, no tuviese los mecanismos y recursos para investigar e iniciar procedimientos de determinación de impuestos sobre riqueza mantenida en el extranjero, y le fuese más conveniente recibir un monto fijo por parte del país de fuente.

2.3.2.2.2 Aspectos críticos en cuanto al alcance personal del modelo Rubik

Como se mencionara anteriormente, el Modelo Rubik plantea dos alternativas para el contribuyente: que cuando la entidad financiera le pague ganancias retenga en concepto de impuesto una porción de dichas ganancias aplicando una tasa equivalente a la tasa más alta que impone el país de residencia, pero no divulgue la identidad del contribuyente; o que la entidad financiera revele los datos del contribuyente, en cuyo caso la tasa a aplicar sobre las ganancias de fuente extranjera será la que aplique el país de residencia a ese tipo de ganancias.

Se ha criticado en este sentido que el sistema solamente funciona para cierta categoría de contribuyentes. Quienes se encuentran en las categorías de contribuyentes más altas y pagan más pueden optar por mantener su información confidencial pues a esos contribuyentes se les aplicaría la misma tasa impositiva que su país aplicaría si ellos declarasen sus ganancias al fisco del país de residencia. En cambio los contribuyentes de categorías más bajas preferirán revelar su información tributaria a pagar una tasa impositiva más alta. Es decir, el sistema que en principio tiene como meta preservar la

confidencialidad, termina en última instancia obligando al contribuyente a hacer disponible su información financiera, so pena de quedar sujeto a mayores gravámenes de los que le correspondería.

Grinberg ha planteado críticas al Modelo Rubik desde un punto de vista filosófico. El autor destaca que la institucionalización de tratamientos diferenciados a contribuyentes más sofisticados excluyendo a los demás,¹¹³ socava la moral fiscal, que debería ser el centro de un sistema democrático.¹¹⁴ Aún asumiendo que el sistema no genera tratamientos diferenciados entre los contribuyentes, la cuestión de cómo perciben los contribuyentes que son tratados juega un papel esencial en la moral fiscal.¹¹⁵ Si partimos de la base de que la moral fiscal está profundamente vinculada a cómo percibe un contribuyente el grado de cumplimiento fiscal de otro contribuyente, la sola percepción de que los contribuyentes de categorías más altas tienen opciones (como la de mantener su privacidad) que no están disponibles a contribuyentes de categorías más bajas, ello socaba los valores de moral fiscal en un Estado. La percepción de injusticia se acentúa aún más si consideramos que el derecho a la privacidad como un derecho humano es un derecho que no debería estar atado a la capacidad contributiva del individuo.

¹¹³ El autor también cita los comentarios del Presidente del Partido Social Demócrata Alemán quien al caracterizar los acuerdos de retención entre Suiza y Alemania afirma que los acuerdos están “destruyendo el sentido de justicia en los ciudadanos” y enviando el mensaje de que “cualquiera que cuente con la riqueza necesaria puede comprar la libertad de las sanciones.” ITAI GRINBERG, “The Battle Over Taxing Offshore Accounts”, *60 UCLA Law Review* 304 (2012) p. 347, p. 357, citando a MICHAEL BACKHAUS Y ANGELIKA HELLEMANN “Sigmar Gabriel: And We Should Let the Citizens Vote on It?”.

¹¹⁴ Cfr. ITAI GRINBERG, “The Battle Over Taxing Offshore Accounts”, *60 UCLA Law Review* 304 (2012).

¹¹⁵ Algunos autores sostienen que cuando los contribuyentes sienten que están sujetos a impuestos que se aplican de modo general en la población, estos contribuyentes son más propensos a otorgarle legitimidad a sus gobiernos. ARISTIDE ZOLBERG, “Strategic Interactions and the Formation of Modern States: France and England”, *32 International Social Sciences Journal* 687, (1980) p. 712. Para un análisis más exhaustivo véase también NIALL FERGUSON, *The Cash Nexus: Money and Power in the Modern World, 1700-2000*, Penguin Books, 2001, pp. 81-106; ROBERT BATES Y DA-HSIANG LIEN, “A Note on Taxation, Development, and Representative Government”, *14 Politics & Society* 53 (1985); MARTIN MCGUIRE Y MANCUR OLSON, “The Economics of Autocracy and Majority Rule: The Invisible Hand and the Use of Force”, *34 Journal of Economic Literature* 72 (1996); MICHAEL L. ROSS, “Does Taxation Lead to Representation?”, *34 British Journal of Political Science* 229 (2004).

2.3.2.2.3 Aspectos críticos en cuanto al alcance material del modelo Rubik

Como se mencionó anteriormente, el sistema suizo aplica la tasa impositiva que el Estado de residencia aplicaría a ese tipo de ganancias derivadas de inversión. Es decir, para deducir el monto correcto de tributos, el agente de pago debe remitirse a la legislación local del Estado de residencia del titular de la cuenta. El problema surge cuando la información que posee el agente de pago remite a una jurisdicción que no grava las ganancias derivadas de inversiones, creándose una laguna en cuanto al alcance material del sistema. Aquí el sistema suizo falla, al no poder gravar las ganancias del residente extranjero.

Por otra parte, otro problema central en cuanto a los objetivos que persigue o aspectos que busca tutelar un sistema basado en el Modelo Rubik es que la protección a la confidencialidad se basa no en tutelar la privacidad del contribuyente para facilitar que éste pueda eludir sus cargas impositivas, sino en la importancia que el derecho a la privacidad juega en estas jurisdicciones en la escala de derechos constitucionales. Algunos autores han concluido que las decisiones corporativas de invertir en una jurisdicción u otra muchas veces no se basa en la baja carga impositiva, sino también en la confidencialidad que estas jurisdicciones ofrecen.¹¹⁶

En este sentido, por ejemplo, Suiza reconoce el derecho a la privacidad de sus ciudadanos y abarca los asuntos personales y económicos, y califica a la relación individuos-banquero como una relación de confidencialidad como lo sería entre un

¹¹⁶ JULIA BRAUN Y ALFONS WEICHENRIEDER, “Does exchange of information between tax authorities influence foreign direct investment into tax heavens?”, Goethe University Frankfurt, SAFE Working Paper No. 89. Los autores realizan una interesante investigación sobre cómo afecta la firma de un TIEA (acuerdo bilateral de intercambio de información tributaria) entre Alemania y un paraíso fiscal a las inversiones directas alemanas en el extranjero. El artículo analiza detalladamente datos cuantitativos sobre inversiones alemanas en paraísos fiscales y concluye que la firma de un TIEA está directamente relacionado con el descenso de inversiones por parte de filiales en paraísos fiscales, en comparación con la actividad de sus compañías controlantes. Los autores terminan por explicar que la razón detrás de el movimiento de las filiales alemanas se debe a que no gozarán de secreto fiscal luego del TIEA. Es decir, que las firmas deciden invertir en paraísos fiscales no sólo por las bajas tasas impositivas sino también por el secreto fiscal que muchas veces permite evadir sanciones por incumplimientos a normas corporativas, bancarias, para realizar pagos en concepto de sobornos a través de las filiales en paraísos fiscales, o para desviar el camino a los verdaderos titulares de las corporaciones o de los beneficiarios efectivos.

abogado y su cliente o un médico y su paciente.¹¹⁷ Inversores en Suiza tienen así un derecho constitucional a la protección de su información privada sensible que ha sido confiada al sistema financiero del país.¹¹⁸

El derecho constitucional de privacidad es uno de los pilares del sistema, y el Modelo Rubik busca garantizar su tutela. Sin embargo, el mecanismo que el sistema de retención propone para tutelar la privacidad en definitiva no cumple con el objetivo pues no todos los contribuyentes pueden obtener esta protección bajo las mismas condiciones.

2.3.2.3. El sistema Suizo como una alternativa para los países en vías de desarrollo. Ventajas comparativas frente a un sistema de intercambio automático de información

Un sistema basado en el modelo Rubik resultaría ser una solución eficaz para que el país de residencia obtenga efectivo de modo casi inmediato. Es de destacar que este sistema, si aplicado en algunos países, tiene profundas consecuencias. Por ejemplo, un informe del Boston Consulting Group de 2016 establece que en América Latina el 25% de la riqueza local es manejada o gerenciada en el exterior.¹¹⁹ Si tenemos en cuenta que de acuerdo al mismo informe la riqueza en manos privadas en América Latina asciende a los 5 trillones de dólares, se puede concluir que la firma de un acuerdo de retención tendría enormes consecuencias para el fisco y las arcas de los Estados latinoamericanos.

Entonces, un sistema que asegure al país de residencia que recibirá una suma fija en concepto de impuestos que sus residentes adeudan en concepto de ganancias de fuente extranjera parecería ser una solución para los países en vías de desarrollo, quienes muchas veces tienen la certeza de que sus residentes poseen activos en el exterior pero no tienen la capacidad administrativa para perseguir su cobro.

Muchos países en vías de desarrollo no cuentan con un sistema administrativo tributario lo suficientemente sofisticado o dotado de recursos para iniciar procesos de determinación de deuda que deberían iniciarse en un sistema de intercambio de información si el país de residencia quisiera exigir sus impuestos. Es de destacar que en

¹¹⁷ LUTZ KRAUSKOPF, “Comments On Switzerland's Insider Trading, Money Laundering, and Banking Secrecy Laws”, *9 International Tax & Business Law* 277 (1991), p. 293.

¹¹⁸ Artículo 13 párrafo 2 de la Constitución Federal de la Confederación Suiza.

¹¹⁹ Boston Consulting Group, “Global Wealth 2016: Navigating the New Client Landscape”, disponible en <https://www.bcgperspectives.com/content/articles/financial-institutions-consumer-insight-global-wealth-2016/?chapter=2> (acceso el 20/12/2016).

el marco de un sistema de intercambio automático de información, si bien la transparencia y la disponibilidad de la información es fundamental para erradicar la evasión fiscal, el país que recibe la información debe estar en condiciones de utilizar esa información para detectar incumplimientos y luego exigirlos de sus contribuyentes. Un sistema de retención evita que el país de residencia deba siquiera iniciar procesos de determinación de oficio. Ello resulta ser una ventaja comparativa absoluta para países en vías de desarrollo en comparación con un sistema basado en el intercambio automático de información tributaria.

El Modelo Rubik, sin embargo, presenta algunas fallas. A la fecha, Suiza ha firmado numerosos acuerdos basados en el Modelo Rubik. Los países contratantes son todos países miembros de la Unión Europea y desarrollados. Como países desarrollados, estos poseen una estabilidad económica y seguridad jurídica que no es propia de los países en vías de desarrollo. Por ende, una vez que la entidad financiera conoce la leyes domésticas y tasas aplicables en el país de residencia, la entidad puede confiar en que ello se mantendrá igual. Los países en vías de desarrollo, por el contrario, no poseen en general sistemas jurídicos e impositivos lo suficientemente estables que garanticen a la entidad financiera que las tasas impositivas (aspecto clave en este tipo de acuerdos) no se modificarán dentro del corto plazo. Si el país de residencia no posee un sistema legal seguro y permanente en el cual las tasas e impuestos no varíen constantemente, ello generaría una carga administrativa considerable para el agente de pago y para el país de fuente.

Un sistema de retención también trae aparejadas consecuencias negativas en relación a la moral fiscal en el país de residencia. En este sentido, si bien el sistema de retención puede ser útil para dotar de efectivo inmediato a países en vías de desarrollo, el problema es no solamente cuántos ingresos obtiene el Estado sino cómo lo hace. El sistema de retención tiene profundas consecuencias en la moral fiscal, erosiona el desarrollo de políticas fiscales soberanas, y debilita la capacidad de los Estados de residencia de hacer cumplir sus leyes y el cumplimiento voluntario por parte de sus contribuyentes. El sistema de retención pasa por alto un punto muy importante: que es necesario que los Estados (desarrollados o no) refuercen sus instituciones para recaudar

sus propios impuestos y no que dependan de otro Estado soberano para poder garantizar su funcionamiento y debida recaudación de tributos.

En el sistema de retención, se mencionó anteriormente, el país de la fuente es quien categoriza la ganancia y determina que tasa aplicará. El Estado de residencia no sólo cede su potestad para recaudar los impuestos sino para aplicar sus propias leyes tributarias internas. La cuestión no se centra tanto en la incorrecta caracterización de la ganancia por parte del Estado de fuente, sino mas bien por las implicancias en materia de soberanía.¹²⁰ Las consecuencias parecerían aún más graves cuando el Estado de residencia es un Estado pequeño y no desarrollado que no tiene palanca política para negociar con el Estado de fuente.

Por último, desde el punto de vista político parecería que el sistema de retención no sería trasladable como un estándar global. Los intereses tutelados por este sistema se centran en la privacidad, que si bien es respetable, solamente ocupa un rol principal en países que son centros financieros y no lo es así para el resto de los Estados que tutelan otros intereses como la adecuada percepción de impuestos y la transparencia por sobre la privacidad. Más allá de las ventajas que este sistema podría traer si se aplica entre centros financieros y países no desarrollados, parecería que otros países desarrollados para quienes la privacidad es un derecho con menos jerarquía que la potestad impositiva del Estado, no estarían dispuestos a firmar este tipo de acuerdos con países en vías de desarrollo y renunciar al intercambio automático de información.

2.3.3. La OCDE y el intercambio automático de información

2.3.3.1. Del artículo 26 del Modelo OCDE al intercambio automático

Desde su origen en 1963, el Modelo de Convenio de la OCDE ha articulado diversos mecanismos para garantizar la correcta aplicación del Convenio. Entre ellos, se encuentra el artículo 26 que trata el intercambio de información tributaria. En su versión original, el intercambio de información del artículo 26 era un mecanismo formulado únicamente para garantizar la correcta aplicación del tratado de doble imposición, con miras a que el objetivo del convenio era evitar la doble imposición.

¹²⁰ ITAI GRINBERG, “The Battle Over Taxing Offshore Accounts”, *60 UCLA Law Review* 304 (2012) pp. 360 y ss.

Posteriormente, el texto del artículo fue modificándose y convirtiéndose en una herramienta para que los Estados contratantes pudiesen aplicar su legislación tributaria interna, aún cuando ello se vinculase con aspectos no relacionados con la aplicación del convenio. De un artículo 26 orientado a reforzar el propósito del convenio de evitar la doble imposición, hemos llegado a un articulado cuyo propósito se orienta al control de la evasión y elusión fiscales.

En este sentido, el artículo 26 del Modelo de la OCDE ha sido el punto de partida en la carrera hacia la transparencia. Sin embargo, el intercambio de información del Modelo OCDE se basa en tratados bilaterales que posibilitaban el intercambio de información. Hoy se ha aceptado internacionalmente que el sistema ha mutado para convertirse en un complejo sistema legal coordinado globalmente, es decir, una solución multilateral. La génesis de lo que hoy es la propuesta que trae la OCDE a través del *Common Reporting Standard* (CRS) se remonta al año 2013 y supone un trabajo conjunto de el G20, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE y los países miembros del G20.

El CRS, de hecho, fue desarrollado en respuesta a una solicitud del G20, y aprobado por el Consejo de la OCDE el 15 de Julio de 2014. El CRS básicamente exige que todas las jurisdicciones adherentes obtengan información de sus entidades financieras y la intercambien anual y automáticamente con otras jurisdicciones. El CRS describe la información financiera relativa a la cuenta que debe intercambiarse, las entidades financieras que deben informar, los diferentes tipos de cuentas y contribuyentes incluidos, como así también los procedimientos de debida diligencia que deben seguir las entidades financieras.¹²¹

El estándar se compone de cuatro partes fundamentales: (1) un modelo de acuerdo de autoridad competente (*Competent Authority Agreement* o CAA), que provee el marco regulatorio internacional para el intercambio automático de la información requerida por el CRS, (2) el CRS propiamente, (3) los comentarios al CAA y el CRS y (4) una guía para el usuario del CRS (*the CRS XML Schema User Guide*).

¹²¹ OECD, Automatic Exchange Portal, online support for the implementation of the automatic Exchange of information in tax matters, disponible en <http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/common-reporting-standard/> (acceso el 20/12/2016).

Además de la necesidad de traducir el CRS en las leyes domésticas, un elemento fundamental para el éxito de la propuesta es poner en práctica un marco internacional que permita el intercambio automático de información del CRS entre jurisdicciones participantes. Los intercambios dentro de la Unión Europea se harán a través de la Directiva UE sobre Cooperación Administrativa (DAC2). Pero con más de 100 jurisdicciones comprometidas a intercambiar información entre ellas al amparo del CRS, se espera que las relaciones de intercambio entre estas jurisdicciones se realice a través de la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua sobre Asuntos Fiscales (*Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*) de la que ya participan más de 100 jurisdicciones (a enero de 2017 son 108), y del Acuerdo Multilateral de Autoridad Competente del CRS (*CRS Multilateral Competent Authority Agreement* o “CRS MCAA”¹²²), del que ya participan más de 80 jurisdicciones (a enero de 2017 son 87). El CRS MCAA detalla qué información será intercambiada, y cuándo. Es un acuerdo marco multilateral, con intercambios bilaterales subsecuentes. En base a la línea de tiempo de las jurisdicciones que se comprometieron a implementar el CRS en 2017 y 2018, se esperaba que los primeros intercambios bajo el MCAA tengan lugar a mediados de 2017. De este modo, sólo en aquellos casos en que no sea posible utilizar la Convención Multilateral o el CRS MCAA, el intercambio se realizará a través de convenciones bilaterales.

La iniciativa de la OCDE y el CRS han sido un paso fundamental en cooperación internacional en materia tributaria y transparencia fiscal. Con un estándar global, se reducen las posibilidades de que cada Estado adopte unilateralmente estándares diferentes, lo que significaría para las entidades financieras y agentes obligados a reportar la información tener que cumplir con numerosas y diferentes normas. La homogenización en la definición de cuál es la información susceptible de reportarse, quiénes son los sujetos alcanzados y cuál es el procedimiento de transmisión de la información resulta clave no solo para garantizar previsibilidad y reducir los costos de implementación del sistema, sino también para asegurar el debido funcionamiento. Obtener la información

¹²² Los intercambios de información bajo el CRS MCAA se basan en el artículo 6 del Convenio sobre Asistencia Administrativa Mutua sobre Asuntos Fiscales del Consejo de Europa y la OCDE.

precisa y de modo eficaz es en última instancia lo que los Estados necesitan para poder cumplir con su función de recaudación.

2.3.3.2. Algunos aspectos críticos de la iniciativa OCDE

El sistema de intercambio de información también enfrenta desafíos. En primer lugar, cuál será el mecanismo para hacer efectivas las medidas. Recordemos que FATCA utiliza una retención de impuestos del 30% a las entidades recalcitrantes. Sin embargo, la alternativa propuesta por la OCDE no contiene una medida de carácter similar que obligue a entidades bancarias y Estados a cumplir con los estándares.

Asimismo, aún no se ha determinado con precisión cuál será la carga administrativa y económica que el sistema conllevará para los agentes de pago que deban actuar como recolectores y proveedores de la información, cuáles serán las sanciones al incumplimiento y en qué medida el Estado de residencia podrá aplicar sanciones a entidades localizadas en otros Estados que incumplan con sus obligaciones de información. Por último, y no menos importante, cómo asegurar la calidad de la información obtenida y cómo enfrentar la falta de transparencia en los sistemas tributarios de algunos países.

2.3.3.3. Desafíos que enfrentan los países en desarrollo en materia de intercambio automático de información al amparo de la iniciativa OCDE

Está claro que los países en vías de desarrollo que intercambien información tributaria internacional y multilateralmente deben beneficiarse del intercambio y que ello representa particulares desafíos. El G8 ha reconocido que: “las autoridades fiscales alrededor del mundo deben compartir información de modo automático para combatir la evasión fiscal. Los países en desarrollo deben tener acceso a la información y la capacidad de recaudar los impuestos que se les adeudan. Los demás países tienen el deber de ayudarlos en esta tarea.”¹²³ Esto fue afirmado por el G20 en una declaración que establece que: “Los países en desarrollo deben ser capaces de beneficiarse de un sistema internacional tributario más transparente, y de mejorar su capacidad de recaudación (...) Reconocemos la importancia de que todos los países se beneficien de un mayor intercambio de información tributaria. Estamos comprometidos a lograr que el

¹²³ Véase www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/background_Brief_AEOI_27082013.pdf

intercambio automático de información sea accesible para todos los países, incluyendo países de bajos ingresos, y buscaremos crear soportes para desarrollar capacidades en estos países.”¹²⁴

El objetivo es crear una ruta para que los países en desarrollo pueden sobreponerse a los obstáculos para participar en el nuevo estándar global y proveerles asistencia para que lo puedan hacer exitosamente. El reconocimiento de los especiales desafíos que el sistema puede presentar para países en desarrollo es un primer y fundamental paso. Sin embargo, hay aún varias razones que pueden llevarnos a la conclusión de que las medidas propuestas no serán suficientes para poner a los países en desarrollo a la par de los países desarrollados.

Organizaciones y catedráticos han criticado el sistema de intercambio automático de información propuesto por la OCDE debido al impacto negativo que este sistema puede tener para los países en vías de desarrollo.¹²⁵ Las principales críticas apuntan a que los países en desarrollo no serán capaces de cumplir con sus obligaciones de reciprocidad en el intercambio de información. Para asegurar que los países en vías de desarrollo puedan implementar el sistema de intercambio automático, varias cuestiones deben resolverse como ser capacidad administrativa, carácter multilateral, no reciprocidad si

¹²⁴ Véase www.g20.org/load/782795034.

¹²⁵ Reporte del *International Consortium of Investigative Journalists*, donde se concluye que la prueba de fuego del sistema será determinar si el estándar crea un sistema funcional y efectivo y si ese sistema es realmente global, con los países menos desarrollados autorizados y decididos a participar. La crítica más importante al sistema es que los países en vías de desarrollo serán forzados a recolectar y compartir una gran cantidad de información (lo que puede llegar a ser prohibitivo en términos económicos) para poder ser parte del sistema. disponible en <https://www.icij.org/blog/2014/07/oecd-plan-end-bank-secrecy-blasted-activists> (acceso el 15/12/2016).

Véase también el informe del Tax Justice Network, “The full picture of OECD’s AIE Standard is unveiled: Catering to tax havens at the expense of developing countries”, en donde se destaca que los países en vías de desarrollo enfrentarán grandes desafíos cuando intenten implementar el estándar multilateral pues éste demanda reciprocidad. En otras palabras, estos países sólo podrán acceder a la información si ellos mismos se comprometen a recolectar la información y enviarla a otros países. En opinión del TJN ello es injusto. Asimismo, sugiere que el único modo de combatir la evasión fiscal de modo efectivo es creando un sistema de intercambio de información que permita a los países en desarrollo la construcción de sistemas internos que les permitan compartir su información. Se plantea la necesidad de un sistema verdaderamente multilateral que no cree obstáculos innecesarios para los países en vías de desarrollo que quieran beneficiarse del estándar. Disponible en <http://www.taxjustice.net/2014/07/22/good-news-oecd-new-information-exchange-standard/> (acceso el 20/12/2016).

resulta necesaria, exigencias proporcionales de confidencialidad, y sanciones o incentivos para garantizar que las jurisdicciones que tutelan el secreto fiscal envíen información a países en vías de desarrollo y no solamente la compartan entre sí.¹²⁶

2.3.3.3.1. Aspectos críticos en cuanto a la participación de los países en vías de desarrollo en la iniciativa OCDE

La creación de mecanismos a favor de los países en vías de desarrollo no será tarea fácil si tenemos en cuenta que el estándar diseñado por la OCDE, organismo compuesto por un grupo de países poderosos, no resulta representativo de los intereses todos los países involucrados sino más bien de los países desarrollados. A diferencia del estándar desarrollado por organizaciones más plurales como el Comité Fiscal de las Naciones Unidas,¹²⁷ las iniciativas de la OCDE son mayormente impulsadas e ideadas por países desarrollados. Esto ha sido calificado como no democrático pues los países a quienes se aplicará el estándar no han intervenido en el proceso de redacción de estas normas y estándares internacionales.¹²⁸

Aún cuando las negociaciones multilaterales sean en principio más beneficiosas para los países en vías de desarrollo en comparación con acuerdos bilaterales que aquellos celebren con países desarrollados, existen riesgos vinculados con el poder que

¹²⁶ CRISTIANA PANAYI, “Current trends on automatic Exchange of information”, *Singapore Management University, School of Accountancy Research Papers Series* Vol. 4, No. 2 (2016).

¹²⁷ Léase Brian J Arnold, “Introducción a los Tratados Tributarios”, disponible en http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/10/TT_Introduction_Sp.pdf (acceso el 07/01/2017). El autor analiza los Modelo de Convenio de Doble Imposición de la OCDE y de las Naciones Unidas y afirma que el Modelo de la OCDE favorece a los países exportadores de capital sobre los países importadores de capital. A menudo se elimina o mitiga la doble tributación al exigir al país fuente que renuncie a alguno o a todos sus impuestos sobre ciertas categorías de ingresos percibidos por los residentes del otro país contratante. Esta característica del Modelo de la OCDE es apropiada si el flujo del comercio e inversiones entre los dos países es razonablemente igual y si el país de residencia grava los ingresos exentos en el país fuente. Sin embargo, el Modelo de la OCDE puede no ser apropiado para los tratados suscritos por los países importadores de capital neto. Como resultado, los países en desarrollo han ideado su propio Convenio Modelo auspiciado por las Naciones Unidas que refleja los intereses de países en vías de desarrollo (que habitualmente son importadores de capital).

¹²⁸ ARTHUR COCKFIELD, “Rise of the OECD as informal world tax organization through national responses to e-commerce tax challenges”, *Yale Journal of Law & Technology*, vol. 8 (2006) pp. 183 y ss. El autor menciona que los miembros de la OCDE son países industrializados cuyos intereses son homogéneos y propone medidas para hacer a la OCDE una institución más democrática e inclusiva respecto de países no desarrollados.

ejercen los países miembros de la OCDE. Es lo que Urinov¹²⁹ denomina “escondido multi-bilateralismo dentro del prometido multilateralismo”, y los desafíos que se presentarán para los países en desarrollo a la hora de implementar el sistema propuesto por la OCDE y celebrar acuerdos bilaterales en materia de intercambio de información con potencias como Estados Unidos. Más allá de la débil incidencia que puedan tener los países en desarrollo en el diseño de un estándar global de intercambio de información, creemos que un acuerdo multilateral ofrece mayores garantías y protección a los Estados más pequeños frente de acciones unilaterales por parte de los más grandes.¹³⁰

2.3.3.3.2. Desafíos en materia administrativa. Costos, eficiencia e implementación

Además de la relación de poder mencionada más arriba, otro factor son los costos administrativos y de recursos así como también cómo harán los países en vías de desarrollo para cumplir con los estándares que la OCDE exige y cómo garantizar que el intercambio de información sea eficaz y útil para garantizar la transparencia y recaudación de tributos.

En relación a los costos que podría generar el intercambio de información, los países en vías de desarrollo deben dilucidar cómo harán para financiar los cambios estructurales que conlleva el intercambio de información bajo los estándares fijados por la OCDE. En algunos casos, los sistemas de recolección de información fiscal vigentes deberán ser modernizados para garantizar que la información sea recolectada eficaz y eficientemente. Ello demandará que las administraciones fiscales deban realizar inversiones que las pongan en un pie de igualdad con las administraciones fiscales más modernas y eficientes.

Si bien los países miembros de la OCDE y G20 han afirmado que asistirán a los países en desarrollo en generar nuevas infraestructuras administrativas e institucionales que permitirán a estos países beneficiarse del intercambio automático, ésta no es la única cuestión que debe considerarse. Los países en desarrollo son diferentes a los

¹²⁹ VOKHID URINOV, “Developing Country Perspectives on Automatic Exchange of Tax Information”, *Law, Social Justice and Global Development Journal*, Vol. 1 (2015) p. 5.

¹³⁰ LILLIAM SUMI IMAOKA HOJYO, “Análisis jurídico del acuerdo modelo sobre intercambio de información en materia tributaria de la OCDE: ¿hacia una nueva tendencia en el intercambio de información?”, Universidad Complutense de Madrid (2013), disponible en <http://eprints.ucm.es/21012/1/T34413.pdf> (acceso el 07/01/2017).

desarrollados. Por ejemplo, para que un país del continente africano tenga la misma ratio entre población y agentes fiscales –aspecto clave en el control y ejecución de leyes tributarias, el Estado debería contratar 650.000 oficiales más.¹³¹ Estas son diferencias que claramente no pueden eliminarse en el corto plazo y sin medidas profundas.

En cuanto al cumplimiento de los estándares que exige la OCDE, las dudas se centran en al menos tres aspectos: cómo harán para garantizar que la información recibida se mantendrá confidencial, cómo lograrán cumplir con su obligación de reciprocidad en materia de provisión de información a los demás Estados parte, y qué pasos deberán tomar para adecuar sus sistemas de modo de poder utilizar la información que reciban de otros países.¹³² Muchos países tendrán que incurrir en profundos cambios normativos que permitan cumplir con estos objetivos. Otros enfrentarán dificultades vinculadas con los escasos recursos financieros, administrativos y tecnológicos que muchos de estos países poseen. Para otros, el principal problema será demostrar que podrán proveer similares estándares en materia de confidencialidad que los centros financieros (en cuyo caso contrario, estos últimos podrían negarse a enviar la información).

La efectividad del flujo de información entre países en desarrollo y países desarrollados también genera dudas. Para ser efectivo, el sistema a través del cual se transmite la información de modo automático requiere costosas inversiones en materia tecnológica y estructuras administrativas que permita un flujo dinámico y útil de la información. Muchos de los sistemas tributarios de países en vías de desarrollo, por el contrario, se encuentran cargados de burocracia y son poco eficientes. A ello se suma la posible incapacidad de estos países para manejar grandes cantidades de información sobre numerosos contribuyentes pues no cuentan con el soporte estructural para hacerlo,

¹³¹ ODD-HELGE FJELDSTAD Y KARI K. HEGGSTAD, “The Tax Systems in Mozambique, Tanzania and Zambia: Capacity and Constraints”, *Chr. Michelsen Institute Report*, R2011:3 (2011), available at www.cmi.no/publications/file/4045-taxation-mozambique-tanzania-zambia.pdf (acceso 08/20/2016).

¹³² Véase “*Automatic for the people*”, disponible en http://www.christianaid.org.uk/Images/Automatic_information_exchange_briefing.pdf (acceso el 10/12/2016).

lo que podría resultar en violaciones a legislación en materia de confidencialidad.¹³³ En esta línea, la disponibilidad de la información es fundamental, pero también que dicha información pueda ser utilizada y manejada eficientemente por el receptor de la información.

Por último, si bien en términos generales los países en vías de desarrollo se encuentran en desventaja en materia de celebración de acuerdos y reciprocidad, la meta debe ser que los países en desarrollo, aún cuando lo hagan gradualmente, se comprometan a proveer información de manera recíproca. Actualmente, los países que poseen información relevante de carácter fiscal son los centros financieros o países desarrollados. No exigir que los países en desarrollo envíen información a cambio de la recibida puede resultar en la creación de paraísos fiscales en estos países en desarrollo.¹³⁴ En este sentido, si un país no desarrollado no tiene la obligación de compartir información fiscal de no residentes, es muy probable que inversionistas que quieran escapar a la tributación se vuelquen a estos mercados para invertir, esquivando declarar esos ingresos.

2.4. Transparencia fiscal. Límite entre información y derechos a la privacidad del contribuyente

La crisis de 2008 y las conclusiones del trabajo del Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información llevó a que la OCDE comunicara públicamente en 2013 su Plan de Acción contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (*Base Erosion and Profit Shifting Plan* o *BEPS*). Este plan de acción tiene como principal meta solucionar el problema de las multinacionales que disminuyen enormemente su carga tributaria mediante la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios fiscales. La práctica de dichas multinacionales consiste en tomar ventaja de normas impositivas que les permiten solicitar una doble exención o una imposición inferior a la ordinaria, o utilizar estructuras artificiosas que les permiten lograr una baja o nula imposición, o aprovecharse de prácticas que disocian

¹³³ ANNET WANYANA OGUTTU, “A Critique on the Effectiveness of ‘Exchange of Information on Tax Matters’ in Preventing Tax Avoidance and Evasion: A South African Perspective”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 68 Nr. 1 (2014) 2-19.

¹³⁴ Véase “*Automatic for the people*”, disponible en http://www.christianaid.org.uk/Images/Automatic_information_exchange_briefing.pdf

artificialmente la base imponible de las actividades que la generaron.¹³⁵ Impulsado por el G20, el plan BEPS movilizó a países en vías de desarrollo para asegurar que las ganancias sean gravadas en el país en el cual la actividad económica que generaba dichas ganancias se desarrollaba y creaba valor agregado.¹³⁶

Para combatir estas prácticas distorsivas, la OCDE ha puesto énfasis en la transparencia fiscal, y ha hecho referencia a lo que denomina un “enfoque más holístico” en materia de transparencia. El informe expresa que “los contribuyentes deben revelar información más específica acerca de sus estrategias de planificación fiscal, y los requisitos de documentación sobre precios de transferencia deben ser menos onerosos y más específicos.”¹³⁷ Es decir, el informe se centra en la necesidad de los contribuyentes de revelar sus estrategias tributarias para poder así determinar si el contribuyente utiliza una práctica distorsiva.

Si bien es verdad que los contribuyentes deben ser transparentes con sus fiscos y que conductas ilícitas no deben permanecer escondidas de las autoridades, la noción de transparencia fiscal propuesta hoy en día parece centrarse en un solo lado de la ecuación: la noción de transparencia se traduce como el acceso irrestricto por parte de los fiscos a la información personal de los contribuyentes.¹³⁸ La idea que surge del trabajo del Foro Global parecería ser que mediante “la disponibilidad de la información”, “el adecuado acceso a la información” y “los mecanismos de intercambio de información” los gobiernos, bajo la bandera de aplicar sus leyes tributarias, tendrían acceso irrestricto a la información personal de todos los contribuyentes. Ello trae aparejadas consecuencias quizás no buscadas por el sistema.

En primer lugar, como ya se ha mencionado, casi todos los países del globo se han comprometido a implementar el CRS e intercambiar información de modo automático. Entre los países comprometidos están algunos en vías de desarrollo, y otros

¹³⁵ OCDE BEPS Action Plan, 2014. Texto en español disponible en <http://www.aedf-ifa.org/FicherosVisiblesWeb/Ficheros/Fichero79.pdf> (acceso el 08/20/2016).

¹³⁶ CARLOS OTAVIO FERREIRA DE ALMEIDA, “International tax cooperation, taxpayers’ rights and bank secrecy: Brazilian difficulties to fit the global standard”, *21 Law and Business Review of the Americas* 127 (2015).

¹³⁷ OCDE BEPS Action Plan, 2014. Texto en español <http://www.aedf-ifa.org/FicherosVisiblesWeb/Ficheros/Fichero79.pdf>

¹³⁸ LUIS EDUARDO SCHOUEIRI Y MATEUS BARBOSA, “Transparency: from tax secrecy to the simplicity and reliability of the tax system”, *British Tax Review*, Nr. 5 (2013).

desarrollados. Surge así la cuestión de cómo garantizar que la información no sea utilizada para fines no fiscales de un modo efectivo. En este sentido, si bien los acuerdos internacionales siempre dejan sentado que el intercambio de información no puede ser utilizado para otros fines que no sean tributarios, el problema es cómo garantizar que ello no suceda, quién será el órgano que controle el uso de la información y cómo se aplicarán sanciones a quienes (gobiernos o individuos) indebidamente se apropien y utilicen la información financiera de un contribuyente. Ello resulta de particular relevancia para los países en vías de desarrollo y aquellos en los cuales las prácticas corruptas por parte de los gobiernos son aceptadas o poco investigadas.

Dentro de los sistemas legales de cada Estado pueden haber normas que sancionen este tipo de conductas abusivas y que atenten contra la confidencialidad, pero la pregunta es qué sucede cuando es el propio Estado requirente quien luego utiliza esa información con fines ilegales. Y ello resulta preocupante si tenemos en cuenta que el nuevo estándar internacional no hace más que expandir las facultades de investigación de las autoridades fiscales sin una clara correlación con los derechos básicos de los contribuyentes.¹³⁹ Asimismo, el hecho de que los contribuyentes tengan tutela constitucional de sus derechos, no resulta suficiente para garantizar que esos derechos sean debidamente respetados en un caso concreto.¹⁴⁰ Cómo harán los contribuyentes para prevenir uso indebido, abuso o arbitrariedad por parte de autoridades oficiales resulta, por ende, fundamental para garantizar la debida y efectiva protección de esos derechos.

Los derechos de los contribuyentes y la tutela de esos derechos es problemática en cualquier sistema de intercambio automático de información. El nuevo estándar que propone intercambiar información tributaria sin necesidad de que exista evasión o fraude fiscal puede entrar en conflicto con los derechos fundamentales de los contribuyentes.¹⁴¹ Un sistema global de intercambio automático de información solo puede ser viable en la

¹³⁹ CARLOS OTAVIO FERREIRA DE ALMEIDA, “International tax cooperation, taxpayers’ rights and bank secrecy: Brazilian difficulties to fit the global standard”, *21 Law and Business Review of the Americas* 127 (2015).

¹⁴⁰ CARLOS OTAVIO FERREIRA DE ALMEIDA, “International tax cooperation, taxpayers’ rights and bank secrecy: Brazilian difficulties to fit the global standard”, *21 Law and Business Review of the Americas* 127 (2015).

¹⁴¹ CARLOS OTAVIO FERREIRA DE ALMEIDA, “International tax cooperation, taxpayers’ rights and bank secrecy: Brazilian difficulties to fit the global standard”, *21 Law and Business Review of the Americas* 127 (2015).

medida en que los derechos de los contribuyentes son protegidos con la misma fuerza que el derecho de los fiscos a acceder a la información.¹⁴²

Se ha propuesto en esta línea que así como se intenta implementar un sistema de intercambio automático de información a nivel global, también se diseñe un sistema estandarizado que proteja a los contribuyentes a nivel global, que reconozca el derecho de defensa del contribuyente, el derecho a ser notificado que un intercambio de información relativo a dicho contribuyente se está realizando, el derecho a participar en el intercambio de información, el derecho a la confidencialidad, y el derecho a ejercer acciones legales y recurrir a organismos judiciales.¹⁴³ Catedráticos en Brasil, por ejemplo, han propuesto que el país dicte legislación para asegurar la participación del contribuyente previo a que se realice el intercambio de información y la observancia del debido proceso legal. Ello incluye, entre otras garantías, publicación oficial de actos administrativos, derecho a notificación, presentación de argumentos, producción de evidencia y derecho a apelar, como así también derechos del contribuyente a tener conocimiento de los procedimientos administrativos en los que son parte interesada, poder examinar la documentación en el expediente, y ser notificado de las decisiones.¹⁴⁴

Si bien el artículo 26 del Modelo de la OCDE contiene algunas previsiones en cuanto al derecho a la confidencialidad, no se mencionan otros derechos dignos de tutela. El comentario a dicho artículo establece que aquellos Estados que de acuerdo a sus leyes internas estén obligados a respetar leyes de protección de datos, pueden incluir previsiones similares en tratados bilaterales¹⁴⁵. Protección de datos es para la OCDE, el

¹⁴² CRISTIANA PANAYI, “Current trends on automatic Exchange of information”, *Singapore Management University, School of Accountancy Research Papers Series Vol. 4, No. 2* (2016).

¹⁴³ OCDE, “*Taxpayers’ rights and obligations: a survey of the legal situation in OECD countries*” (OECD 1990), disponible en https://www.oecd.org/tax/administration/Taxpayers'_Rights_and_Obligations-Practice_Note.pdf. Véase también JOSÉ CALDERON, “Taxpayers protection within the Exchange of information procedure between state tax administrations”, *12 Intertax* 462-475, (2000) disponible en <https://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=273747> (acceso el 12/20/2016).

¹⁴⁴ LUIS EDUARDO SCHOUERI Y MATEUS BARBOSA, “Da antítese do sigilo à simplicidade do sistema tributário: os desafios da transparência fiscal internacional”, en EURICO MARCOS DINIZ DE SANTIS (coord.), *Transparência fiscal e desenvolvimento: homenagem a professor Isaias Coelho*, Tomson Reuters, Sao Paulo, 2013.

¹⁴⁵ OCDE, Model Tax Convention, Comentario al artículo 26, parr. 10, disponible en <http://www.oecd.org/berlin/publikationen/43324465.pdf> (acceso el 06/20/2016).

derecho y la libertad fundamental de un individuo, en particular el derecho a la privacidad, en relación al procesamiento automático de información. La extensión de la tutela de los derechos de los contribuyentes, como puede verse, es limitada pues solamente incluye la protección de la confidencialidad. El articulado, sin embargo, no prevé otros derechos del contribuyente que podrían ser violados mediante el intercambio automático de información, ni mecanismos para remediar dichas violaciones. Tampoco si el contribuyente tiene algún derecho a impugnar intercambios de información referidos a él que no sean correctos, incluso antes que la información sea recibida por su país de residencia y el fisco de éste último comience un proceso de determinación y ejecución de deuda.

Cuando comiencen los intercambios automáticos de información, será importante para la OCDE idear algún sistema en el cual el contribuyente tenga acceso a su información fiscal (que después de todo le pertenece) y que exista algún organismo supranacional capaz de detectar aquellos casos en que los Estados involucrados exceden sus potestades, en especial en aquellos países donde los gobiernos no condenan la corrupción como suele ser en muchos países en vías de desarrollo. Si bien cuando los intercambios de información se realicen a grandes escalas notificar a cada contribuyente puede resultar engorroso y contra-productivo, resulta esencial idear un mecanismo para prevenir violaciones a los derechos de los contribuyentes.

En Europa existe una pequeña aunque creciente jurisprudencia en materia de derecho a la privacidad a la luz del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos y su aplicación a la recolección e intercambio de información entre autoridades fiscales. El citado artículo establece que: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

Ya en 1982, la Comisión Europea de Derechos Humanos había declarado en el caso *X (Hardly-Spirlet) v. Belgium*¹⁴⁶ que cualquier recolección de información sobre un contribuyente por parte de una autoridad fiscal resulta, en principio, una violación del derecho a la privacidad, y sólo puede ser justificada cuando se realiza dentro de un marco legal, resulta necesaria en una sociedad democrática y no es desproporcionada. Jurisprudencia posterior ha seguido esta línea.¹⁴⁷ En principio, entonces, dentro de la legislación europea la recolección, retención e intercambio de información tributaria entre autoridades fiscales resulta una violación del artículo 8.¹⁴⁸ Sin embargo, puede ser legítima cuando algunas condiciones (realizada dentro del marco legal, necesaria y justificada) se cumplan.

A la fecha, el énfasis se ha puesto en acceder a la información del contribuyente por parte de los gobiernos y el intercambio de dicha información a escala global. Queda todavía por determinar qué garantías se le otorgarán a los contribuyentes para evitar que su información sea utilizada con fines no legítimos o vinculados con la recaudación de impuestos. Ello constituye un desafío adicional para los países en vías de desarrollo, donde los estándares de confidencialidad han sido históricamente inferiores a los de los países desarrollados, y donde existen antecedentes de utilización de información fiscal para fines no tributarios.

2.5. Transparencia fiscal absoluta. ¿Es realmente un incentivo al cumplimiento fiscal? Relación con la moral fiscal

Por último, queremos dedicar un pequeño apartado a la cuestión de la transparencia fiscal y la moral fiscal. Si bien este trabajo se ha focalizado en los desafíos que el intercambio de información presenta en general y para los países en vías de desarrollo en particular, un breve comentario relativo la transparencia fiscal como

¹⁴⁶ *Moustaquim v. Belgium*, Application no. 12313/86, Council of Europe: European Court of Human Rights, 18 de febrero de 1999, disponible en: <http://www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b7018.html> (acceso el 07/02/2017).

¹⁴⁷ Véase la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en Application Nr. 10828/84, *Funke etc. v. France*, 5 de febrero de 1993. Disponible en <http://www.juridischeuitspraken.nl/19930225EHRMFunke.pdf> (acceso el 07/27/2016).

¹⁴⁸ Al respecto, véase el artículo de PHILLIP BAKER, “The right to confidentiality and privacy in an age of transparency: A European perspective”, *Tax Notes International*, Vol. 83 (2016) disponible en <http://www.fielntax.com/wp-content/uploads/2016/05/9th-May-2016-Privacy-Rights-in-an-Age-of-Transparency-A-European-Perspective-.pdf> (acceso el 12/21/2016).

herramienta para modificar la conducta de los contribuyentes sobre el cumplimiento tributario nos parece oportuno.

Cuando hacemos referencia a la moral fiscal entendemos por ello al cumplimiento voluntario en tiempo y forma¹⁴⁹ de las normas fiscales por parte del contribuyente, aún cuando ello esté reforzado por la potestad punitiva del Estado frente a los casos de incumplimiento. Claramente, al Estado le resulta mucho menos costoso y más efectivo recaudar impuestos cuando sus ciudadanos cumplen de modo espontáneo con sus obligaciones tributarias y no cuando debe recurrir a mecanismos de determinación de impuestos y exigencia por vías legales. Una de las cuestiones que este apartado analizará es cómo la transparencia fiscal absoluta se vincula con la moral fiscal y cuáles son los incentivos que las políticas centradas en la transparencia fiscal generan en los contribuyentes.

Cuál es el límite preciso en el acceso a la información fiscal o cómo operará el sistema de intercambio automático no es aún cierto. Pero algunos precedentes en países con sistemas tributarios basados en la transparencia fiscal absoluta demuestran que ésta trae algunas consecuencias no previstas. Vale citar como ejemplo el caso de Noruega y los “porno-impuestos”, nombre con el que el diario The New York Times bautizó a este fenómeno.¹⁵⁰ En Noruega las declaraciones de impuestos de todos los ciudadanos son públicas, es decir, cualquiera puede saber cuáles son los ingresos de otro ciudadano noruego. Sin embargo, el diario reporta que la idea de transparencia fiscal absoluta trajo algunas implicancias que no habían sido pronosticadas por el gobierno noruego, dígame, comparaciones entre los habitantes y humillaciones públicas basadas en los escasos ingresos de algunos.

¹⁴⁹ En este sentido, las leyes de blanqueo de capitales como la Ley 27.260 sancionada por el Congreso de la Nación el 30 de junio de 2016 y promulgada por el P.E.N. el 22 de julio de 2016 no constituyen propiamente un cumplimiento espontáneo pues el cumplimiento se produce no por la sola convicción del contribuyente de que los impuestos se deben pagar, sino por los beneficios relacionados con la condonación de intereses y multas que el blanqueo le otorga. En última instancia, los sistemas de blanqueo socavan la moral fiscal al generar incentivos para que los contribuyentes no paguen sus impuestos voluntariamente y a tiempo, con la seguridad de que el Estado lanzará un nuevo plan que le permitirá sanear sus deudas sin penalidades.

¹⁵⁰ Al respecto, léase <http://www.lanacion.com.ar/1925311-pornoimpuestos-transparencia-y-bienestar-el-caso-de-noruega> (acceso el 08/08/2016) y también http://www.nytimes.com/2009/10/24/business/global/24tax.html?_r=0 (acceso el 08/08/2016).

Estudios científicos (incluyendo estudios de psicólogos, filósofos, antropólogos, economistas y neurólogos) han revelado que las comparaciones juegan un rol crucial en el bienestar de las personas, y de que en varias circunstancias éstas pueden tener un resultado negativo. En este sentido, si partimos de la base de que los ingresos reflejan cómo la sociedad reconoce los esfuerzos y talentos de sus habitantes, la cantidad de ingresos lleva a que cada individuo se cuestione si es justa o no su posición en el reparto.

Si el individuo concluye que no lo es, ello podría tener consecuencias en la moral fiscal y en el cumplimiento de otras normas del Estado. Las consecuencias a tener en cuenta son a nivel social (a menor sensación de justicia, menos son los incentivos del individuo a cumplir con sus cargas en la sociedad), pero también a nivel personal (estadísticas concluyeron que la difusión masiva de información tuvo un fuerte impacto negativo sobre la distribución del bienestar: a los ricos les benefició el hecho de que sus pares se enterasen de su posición privilegiada y a los pobres, todo lo contrario).

Estos datos empíricos se contraponen con las teorías de algunos autores quienes afirman que si bien la moral fiscal está afectada por factores tales como las percepciones de cada ciudadano sobre cómo los demás ciudadanos cumplen las normas, y por la percepción de confianza hacia el gobierno¹⁵¹, las medidas que incrementan la transparencia fiscal colaboran con una cultura de cumplimiento tributario espontáneo y podrían ayudar a optimizar la recaudación y reducir procesos de ejecución fiscales.¹⁵² Por el contrario, sostienen, aquellos sistemas como el de retención de impuestos que tutelan la privacidad, le impiden al gobierno recaudador saber si lo está haciendo de modo equitativo. La apariencia de equidad, crucial para fortalecer la moral fiscal, parece desvanecerse. Ello sumado a la percepción de falta de compromiso del Estado y voluntad de detectar evasores y exigir sus tributos (pues en un sistema como el de retención el Estado confía en otros Estados su potestad recaudadora) contribuyen a debilitar la moral

¹⁵¹ JAMES ALM Y BENNO TORGLER, "Culture Differences and Tax Morale in the United States and in Europe", *27 J. Econ. Psychol.* 224 (2006) pp. 224-228, quien afirma que la moral fiscal es influenciada por factores como percepciones de justicia, confianza en las instituciones del gobierno, la naturaleza del intercambio fiscal entre el gobierno y el contribuyente, y algunas características individuales. (citado por Grinberg).

¹⁵² ITAI GRINBERG, "The Battle Over Taxing Offshore Accounts", *60 UCLA Law Review* 304 (2012) p. 355-356. El autor cita un estudio llevado a cabo por RICHARD M. BIRD, JORGE MARTINEZ-VAZQUEZ, Y BENNO TORGLER, "Societal Institutions and Tax Effort in Developing Countries", *Research, Econ. Mgmt., & the Arts Working Paper* No. 2004-21 (2004).

fiscal pues los ciudadanos perciben que el Estado no aplica consecuencias a quienes incumplen con sus obligaciones.

Parecería que ambos estudios (aquellos que sostienen que la transparencia incrementa la moralidad fiscal y aquellos que sostienen lo contrario) se focalizan en aspectos diferentes del conflicto. Así, cuando la transparencia fiscal permite a los ciudadanos saber cuánto ganan sus pares, la relación con la moral fiscal es menos directa que en aquellos casos en que la transparencia fiscal permite a la sociedad detectar situaciones en las que otros contribuyentes abusan de las normas fiscales para reducir su carga impositiva o simplemente incumplen con sus obligaciones. El caso de Noruega trae consecuencias más profundas a nivel social (saberse injustamente retribuido y querer remediarlo) y no se vincula tanto con cargas tributarias impagas (en tanto no se han reportado casos de ciudadanos noruegos que se nieguen a pagar sus impuestos al enterarse que otros perciban más ingresos). Por otro lado, los autores que abogan por la transparencia fiscal se centran en detectar a los incumplidores, someterlos a la potestad impositiva, y de este modo crear incentivos en el cumplimiento voluntario de normas fiscales. De todos modos, ambas consecuencias deben tenerse en consideración frente a los movimientos internacionales que favorecen el intercambio automático de información con un alto grado de absoluta transparencia.

Por otro lado, es importante destacar el aporte de algunos autores que han analizado la concepción actual que equipara transparencia fiscal con el acceso irrestricto por parte de cualquiera a la información fiscal del contribuyente y la teoría de que tutelar la privacidad fiscal equivale a fomentar la evasión fiscal.¹⁵³ Cavelti, por ejemplo, critica la conexión entre transparencia y evasión y sostiene que la disyuntiva entre acuerdos de retención e intercambio automático se centra en la concepción que los países que apoyan uno u otro sistema tienen de su gobierno. Los Estados que promueven el intercambio automático se centran en un fuerte rol del Estado en disuadir a sus contribuyentes de esconder dinero en el exterior y una idea de un Estado que debe ser capaz de ejecutar medidas contra quienes mantengan su información privada. Estos países desconocen el

¹⁵³ LUZIUS CAVELTI, “Automatic Information Exchange versus the Withholding Tax Regime Globalization and Increasing Sovereignty Conflicts in International Taxation”, *World Tax Journal (IBFD)*, (Junio de 2013) p. 212.

derecho a la privacidad del contribuyente pues se basan en la idea de que la privacidad erosiona la capacidad del Estado de exigir sus tributos. Aquellos Estados que fomentan sistemas similares a los acuerdos de retención tienen una concepción de un Estado más débil y temen que un Estado muy poderoso abuse de su información financiera. Es decir, la preferencia entre acuerdos de retención que tutelan la privacidad o acuerdos de intercambio automático de información como mecanismos para garantizar la adecuada percepción de tributos se basan en diferentes concepciones de cada país sobre el rol del Estado y no en una relación directa entre transparencia fiscal absoluta y evasión.

Otro aporte muy interesante en esta línea es aquel que vincula moralidad y evasión y elusión fiscal y el rol que tiene el Estado en categorizar conductas tributarias como morales o amorales.¹⁵⁴ En este sentido, es claro que los casos UBS-Suiza, la disputa entre Alemania y Liechtenstein, Panama Papers, o la lista de Lagarde sobre residentes griegos han causado repercusiones y descontento en la media de los contribuyentes a escala global. Los contribuyentes sienten que es injusto que aquellos contribuyentes más sofisticados o con acceso a prácticas de planeamiento fiscal puedan bajar su carga tributaria de modo exponencial, mientras que ellos quedan sujetos a tasas más altas por el sólo hecho de no tener acceso a estrategias de planeamiento. Una sensación de injusticia atraviesa a las distintas categorías de contribuyentes, generada por el hecho de que parecería que no existe igualdad horizontal entre los contribuyentes.

La respuesta que las grandes corporaciones tienen es que sus prácticas tributarias son efectivamente “*tax compliant*”, es decir, cumplen con las normas tributarias aplicables y que no existe una obligación moral o patriótica¹⁵⁵ de pagar más impuestos que los que la ley obliga. La pregunta sobre la moral fiscal se centra aquí no en los contribuyentes que deciden adoptar una estructura tributaria que les permite bajar su carga tributaria, sino en el Estado que influenciado por estos grupos corporativos diseña

¹⁵⁴ ALLISON CHRISTIANS, “Avoidance, Evasion and Taxpayer Morality”, disponible en <file:///Users/marianabaron/Downloads/Avoidance%20evasion%20and%20taxpayer%20morality.pdf> (2014) (acceso el 16/05/2017).

¹⁵⁵ Al respecto véase el precedente de una corte federal de Estados Unidos *Helvering v. Gregory*, 69 F.2d 809, 810 (2d Cir. 1934), donde el *holding* de la corte señala que cada uno es libre de organizar sus impuestos de modo de pagar lo menos posible, pues nadie tiene una obligación de organizar sus impuestos de modo de pagar más al Estado de lo que la ley manda.

las normas de modo de permitir que los grandes contribuyentes abusen de estas estructuras. Parecería que existe una inconsistencia en el argumento de los gobiernos que integran la OCDE y que fomentan la transparencia fiscal absoluta como un mecanismo para erradicar las prácticas tributarias nocivas o abusivas, pero luego sancionan leyes que facilitan que las grandes corporaciones se beneficien de esas prácticas. Entonces cuando los contribuyentes se escandalizan sobre las prácticas elusivas, pero luego los gobiernos responden que no se ve afectada la moral fiscal pues el grado de cumplimiento es óptimo, en el fondo se esconde un dilema más profundo, que se centra en el hecho de que el Estado ha concedido ventajas a ciertos contribuyentes más sofisticados por sobre los demás.

Christians va más allá y critica la distinción entre elusión fiscal “permitida”, y “agresiva”, o “abusiva”, en tanto parecería que la elusión “permitida” es aquella que emplea el gobierno cuando no grava las cuentas de ahorro de sus contribuyentes y que es moralmente correcta, pero la otra clase de elusión como la que emplean los contribuyentes cuando asignan ganancias a jurisdicciones que imponen menos tributos, no lo es pues no son las consecuencias buscadas por el legislador.¹⁵⁶ Esta categorización sobre la elusión moral o inmoral resulta peligrosa pues la línea divisoria entre elusión moral e inmoral es arbitraria y ubica a los contribuyentes en el lado de elusores “inmorales”, pero ignora el problema del malfuncionamiento estatal que permite que el diseño del sistema tributario esté fuertemente influenciado por aquellos que luego se benefician de un sistema que los mantiene al margen de la tributación.¹⁵⁷

Cualquiera sea la concepción del Estado o el grado de transparencia y acceso a la información del contribuyente, es claro que resulta fundamental que las políticas estatales e internacionales generen incentivos al cumplimiento espontáneo de los tributos. Sistemas tributarios en los cuales se destine menos dinero a realizar intercambios de

¹⁵⁶ ALLISON CHRISTIANS, “Avoidance, Evasion and Taxpayer Morality”, disponible en <file:///Users/marianabaron/Downloads/Avoidance%20evasion%20and%20taxpayer%20morality.pdf> p. 9 (2014) (acceso el 16/05/2017).

¹⁵⁷ Véase al respect un estudio elaborado por RAQUEL ALEXANDER, SUSAN SCHOLZ & STEPHEN MAZZA, “Measuring Rates of Return for Lobbying Expenditures: An Empirical Case Study of Tax Breaks for Multinational Corporations”, 25 *J.L. & POL.* 401, 441 (2009), que analiza las ganancias derivadas de influencias en políticas tributarias.

información, determinaciones de oficio y disputas legales significa más dinero que el Estado puede destinar a otros asuntos que beneficien a sus ciudadanos. Este dinero resulta de esencial importancia en aquellos países que están en vías de desarrollo y necesitan recursos para mejorar el bienestar de sus ciudadanos.

3. Conclusión

El camino hacia la erradicación del flujo ilícito de capitales y la evasión fiscal ha comenzado. Los países desarrollados han sido los propulsores y mentores de los cambios y compromisos asumidos en materia de intercambio de información como vía para combatir la evasión internacional. Como gestores de este nuevo proceso, los países desarrollados se beneficiarán del intercambio automático de información. La pregunta es, sin embargo, cómo y con qué extensión se beneficiarán los países en vías de desarrollo.

Es claro que los países en vías de desarrollo deben de alguna manera beneficiarse de la transparencia fiscal. Estudios revelan que el volumen de flujo ilícito de capitales desde países en desarrollo al exterior alcanza los \$850 billones de dólares anuales.¹⁵⁸ Se estima que los países en desarrollo dejan de percibir cerca de \$156 billones de dólares por año en activos que sus contribuyentes poseen en el exterior y no declaran. Estos impuestos que los países en vías de desarrollo no recaudan desaceleran el crecimiento de estos países y sus expectativas de convertirse algún día en un país desarrollado y con una calidad de vida más elevada. Es evidente que los países desarrollados deben ayudar a remediar esta situación. Este deber no es sólo moral, sino que se vincula con una realidad: los fondos de los contribuyentes de países en desarrollo se encuentran depositados en países desarrollados, en paraísos fiscales vinculados a naciones ricas y bancos establecidos en estas jurisdicciones.

A lo largo de este trabajo, hemos analizado los diferentes modelos en materia de transparencia fiscal e intercambio de información como así también los particulares desafíos que enfrentan los países en vías de desarrollo que desean erradicar la evasión fiscal, gravar los activos que sus residentes han depositado en el extranjero sin declarar, y ser reconocidos a nivel global como una jurisdicción comprometida con el cumplimiento

¹⁵⁸ DEV KAR Y SARAH FREITAS, “Illicit Flows From Developing Countries: 2001-2010”, *Global Financial Integrity*, Sección Reportes (15 de diciembre de 2012) disponible en <http://www.gfintegrity.org/report/illicit-financial-flows-from-developing-countries-2001-2010/> (acceso el 20/12/2016).

fiscal nacional e internacional y cuyas instituciones tienen la capacidad y calidad para cooperar con naciones desarrolladas. Además de las barreras en materia de tecnología y recursos, los países en vías de desarrollo enfrentan otros desafíos como las altas tasas de corrupción, y la falta de incentivos para el cumplimiento espontáneo por parte de los contribuyentes. Asimismo, la debilidad de sus instituciones y la escasa fuerza política que pueden ejercer en negociaciones con países desarrollados.

Todas estas barreras son comunes a cualquier sistema de intercambio de información en el que deseen participar los países en vías de desarrollo. Sin embargo, los beneficios que pueden obtener siendo parte de uno u otro sistema no son idénticos. Hemos visto que en el marco de un sistema como FATCA presenta serias dificultades para los países en vías de desarrollo. Las críticas más profundas a un sistema como FATCA se vinculan con la unilateralidad del intercambio, el desequilibrio en las negociaciones que resulta en la imposición de obligaciones al país en vías de desarrollo, y los limitados beneficios que trae aparejado para el país en vías de desarrollo. Un sistema basado en el Modelo Rubik garantiza la percepción de impuestos por parte del país en vías de desarrollo pero a largo plazo, afecta la moral fiscal, atenta contra el desarrollo del país no desarrollado, y debilita las instituciones y la confianza de los contribuyentes en el gobierno que cede su potestad tributaria al estado de fuente.

Como se explicó en este trabajo, el problema de la evasión no sólo afecta las arcas del Estado sino también a la moral fiscal. Es decir, para estos países en vías de desarrollo el problema afecta no sólo la economía local sino también la confianza de los contribuyentes en el Estado de ser capaz de hacer cumplir sus propias leyes.¹⁵⁹ En estas jurisdicciones con instituciones débiles el conocimiento público general en cuanto a la

¹⁵⁹ ITAI GRINBERG, “The Battle Over Taxing Offshore Accounts”, *60 UCLA Law Review* 304 (2012) pp. 318-319. El autor explica que la incapacidad de un estado de recaudar impuestos a las ganancias y la riqueza a través de cuentas en el exterior socava la moral fiscal y constituye una amenaza a la administración del sistema tributario doméstico. Cita un fallo de la Corte Suprema India que concluye que el dinero no declarado que sus nacionales y compañías tienen en el extranjero indica una debilidad e incapacidad sustancial del estado para recaudar sus impuestos. El dinero a que se recauda con esos impuestos es imprescindible para que el Estado pueda llevar a cabo sus funciones y servicios. La incapacidad del estado de recaudar dichos impuestos demuestra una falla del estado y puede conllevar a un círculo vicioso en el que el estado pierde su autoridad moral, fomentando actividades ilegales que generan riqueza como así también que la evasión fiscal crezca en volumen e intensidad.

evasión fiscal a través del uso de cuentas en el extranjero por parte de contribuyentes más adinerados genera en los demás la idea de que el Estado no tiene autoridad para hacer cumplir sus propias normas. Esta idea de debilidad del Estado se ve aún más reforzada por prácticas del propio gobierno como son las numerosas leyes de blanqueo que hay creado en los contribuyentes una práctica de no pagar impuestos en tiempo y forma, pues cuando el gobierno necesite obtener ingresos desesperadamente, lanzará otro blanqueo que le permita a todos los incumplidores beneficiarse de quita de intereses y multas.¹⁶⁰ Este problema se acentúa en gobiernos de países menos desarrollados y surca aún más la brecha entre países desarrollados y no desarrollados y la cultura en materia de cumplimiento fiscal espontáneo predominante en estos países.

Si ello será una brecha en el futuro cuando el intercambio de información automático comience, es una pregunta que se mantiene abierta. Creemos que la propuesta que trae la OCDE resulta ambiciosa para los países en vías de desarrollo, pero reconoce los desafíos que se presentan para estos países. Los propulsores de la propuesta han reconocido que implementar un sistema de intercambio automático a nivel global presentará desafíos, trabajo y la capacidad de entender las realidades que viven los países no desarrollados. Creemos que el punto de partida hacia la erradicación de la evasión fiscal y la erosión de la base imponible es reconocer que los países en vías de desarrollo deben poder beneficiarse del intercambio y de que los países en vías de desarrollo tienen la obligación de acompañarlos en el proceso. A partir de ese reconocimiento es que se pueden idear soluciones para permitir que los países en vías de desarrollo sean partícipes y beneficiarios del intercambio automático de información. Que el proceso hacia la implementación del sistema sea inclusivo, equitativo y que beneficie por igual a todos los partícipes es esencial. Queda mucho camino por recorrer, y queda aún por ver cómo harán en la práctica los países en vías de desarrollo para adecuarse al nuevo estándar global pero creemos que la propuesta de la OCDE por el camino correcto.

¹⁶⁰ MARCOS AGUINIS, “¡Pobre patria mía!”, Editorial Sudamericana (2009). El autor hace una elaborada crítica a las leyes de blanqueo de capitales en la historia argentina.