REVISTA ENCICLOPÉDICA TRIBUTARIA

OPCIONES®

LEGALES-FISCALES

La revista de opinión líder en materia jurídico fiscal

ISNN:2007 _ 073X

La Reforma Energética en México.

REFLEXIONES SOBRE SU OPORTUNIDAD Y ALCANCE

Implementación en tres pasos

Formulario que enseñará a las entidades financieras el juego de las relaciones financieras con los Estados Unidos de América

Obligaciones fiscales electrónicas:

A lo imposible nadie está obligado

www.opcioneslegalesfiscales.com

Año 07 N.° 61 Diciembre 2013

9 772007 073004

Timothy D. Richards

Implementación en tres pasos

Un sencillo formulario que enseñará a las entidades financieras cómo cambiará el juego relaciones financieras con los Estados Unidos de América durante el 2014.

Introducción

Instituciones financieras latinoamericanas, incluidos bancos, casas de bolsa, aseguradoras, fondos de inversión, fondos de pensiones, administradores de fondos de inversión, sociedades fiduciarias, estarán afectadas negativamente por la nueva ley estadounidense llamada el *Foreign Account Tax Compliance Act of 2010* o FATCA —Internal Revenue Code Sections ("IRC Secs.") 1471-1474—.

Este artículo está dirigido a los funcionarios de estas instituciones, quienes necesitan adoptar un plan para evitar el impacto negativo de FATCA sin la necesidad de incurrir en gastos excesivos. El texto que sigue resume la supuesta "complejidad" de FATCA y propone en tres pasos básicos las acciones que estas instituciones deben tomar para estar alineados con las reglas de FATCA, con el fin de evitar una posible interrupción significativa en el flujo ordinario de fondos de fuentes estadounidenses, lo que podría ocurrir después del 1 de julio de 2014.

El riesgo de sanciones económicas

Por primera vez, instituciones financieras latinoamericanas estarán expuestas al riesgo de sanciones por parte del *Internal Revenue Service* (IRS), la autoridad fiscal más grande y poderosa del mundo. Las instituciones financieras latinoamericanas que se verán afectadas incluyen bancos, casas de bolsa, aseguradoras, fondos de inversión, fondos de pensiones, administradores de fondos de inversión, sociedades fiduciarias, y otras categorías de instituciones financieras incluidas en la definición de *Foreign Financial Institutions* o (FFIs) —Treasury Regulations Section -"Reg. Sec."- 1. 1471-5(d)—.

Bajo FATCA, los FFI's estarán sujetos a un impuesto de retención en la fuente del 30% sobre transferencias de fondos de fuentes pasivas, incluidos los dividendos, intereses, regalías, ganancias ocasionales, salarios y otros pagos gravables bajo FATCA —Reg Sec. 1.1473-1(a)— recibidos de instituciones financieras estadounidenses (pagos gravables) —IRC Sec. 1471(a)— Algunas instituciones financieras quedarán exentas —Reg. Secs. 1.6049-5(c)(1)(ii), 1.6045-2(b(2)(i), 1.6041-3(p)— pero la gran mayoría tendrán que cumplir con los requerimientos de FATCA o sufrir retención en la fuente del 30% sobre giros de pagos gravables. Además, las FFI's que violan las reglas de FATCA estarán expuestos a multas y otras sanciones económicas del IRS —Reg. Sec. 1.1471-3 y IRC Sec. 1474(a)

Mucha discusión, poca acción

FATCA fue recibido con entusiasmo por las grandes empresas de contabilidad multinacionales, los grandes despachos legales que dominan el mundo financiero y vendedores de sistemas de software. Estas empresas inundaron la internet y otros medios de comunicación con una avalancha masiva de información demasiado técnica, en muchos casos inconsistente, y difícil de entender para ejecutivos sin conocimiento profundo de la ley impositiva estadounidense.

Como resultado, ha crecido la percepción entre funcionarios de FFIs, que el cumplimiento de los requisitos de FATCA será demasiado complejo para manejar sin la intervención costosa y detallada de equipos de expertos externos. Por lo tanto, no es una sorpresa que una proporción significativa de FFI's han estado inmovilizados, perdiendo tiempo valioso, mientras tratan de evaluar las varias ofertas de "soluciones" para el "rompecabezas" de FATCA. Hasta la fecha del 25

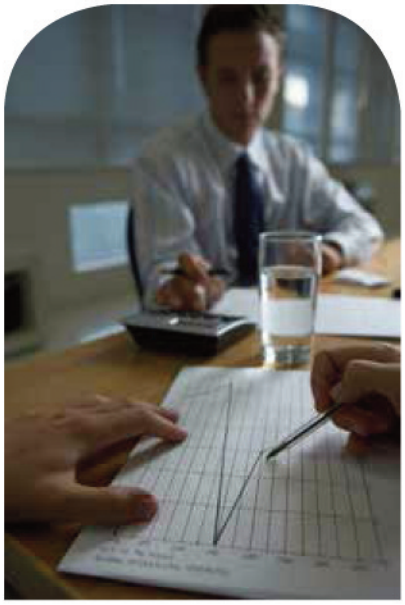
de noviembre de 2013, solamente 6,700 FFI's han comenzado su proceso de registro con el IRS, el proceso más básico para su cumplimiento con FATCA — Michael Danilak, IRS Deputy Commissioner (International) reportado por BNA Bloomberg, November 25, 2013—

Las estadísticas reflejan que en general, los FFI's están retrasados en la implementación de los tres pasos básicos que pueden y deben tomar por sí mismos. Para ejecutar estos pasos un FFI tendrá que colaborar eficientemente con solamente dos profesionales estadounidenses: un abogado tributario y un contador especializado en la preparación de declaraciones impositivas y reportes para instituciones financieras.

Propósito de FATCA

Para poner a FATCA en mejor perspectiva es importante establecer sus conceptos fundamentales:

Uno: El objeto primordial de FATCA es la identificación de cuentas financieras no declaradas pertenecientes a contribuyentes estadounidenses. FATCA no fue creado con la intención de cobrar impuestos a los FFI's del mundo para enriquecer sustancialmente la tesorería de los EUA. El impuesto FATCA del 30%, fue concebido como una sanción económica para los FFI's que eligen NO participar en el régimen de reporte de FATCA.



Dos: La retención en la fuente del 30% aplica únicamente a pagos gravables que están limitados a ingresos pasivos relacionados con transacciones financieras — Reg. Sec. 1.1473-1(a)—. Pagos recibidos de fuentes estadounidenses que son producto de transacciones en el curso normal de un negocio comercial no bancario están exentos de FATCA. —Reg. Sec. 1.1473-1(a)(4)—

Tres: Si un FFI elige participar en el régimen de reporte de FATCA, se convierte en un *Participating FFI* (PFFI) y como tal, estará exento del impuesto FATCA. —IRC Sec. 1471(b)—

Cuatro: La única información que será transmitida al IRS será información sobre cuentas en que un contribuyente estadounidense aparece como el dueño, directamente o indirectamente, de más del 10% del valor de la cuenta — Reg. Sec. 1.1471-5(a)— Información sobre cuentas de clientes domésticos del PFFI no serán entregadas al IRS.

Con estos conceptos fundamentales en mente es posible deducir los tres pasos claves que FFI's deben tomar para evitar problemas con FATCA:

Paso uno: aplicar para un GIIN

Para evitar el 30% de retención en la fuente, un PFFI debe registrarse con el IRS y obtener un número de identificación conocido como el *Global Intermediary Identification Number* (GIIN). No importa si el FFI esté ubicado en un país que ha firmado un *Intergovernmental Agreement* (IGA) con los EUA.

La obtención de un GIIN es fundamental para un FFI ubicado en cualquier jurisdicción del mundo. La aplicación para obtener un GIIN deberá ser sometida antes del 25 de abril de 2014 para evitar la aplicación de las sanciones económicas de FATCA que empezarán el 1 de julio de 2014 —IRS Notice 2013-43—.

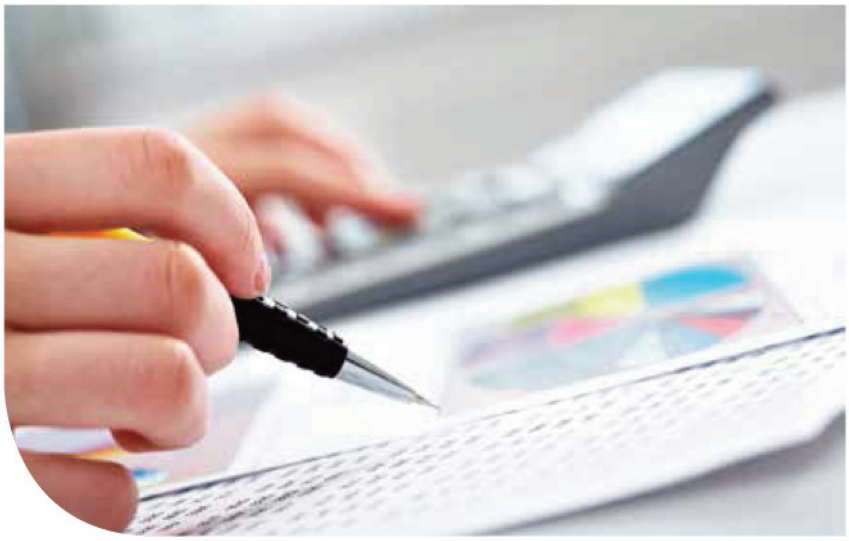
El registro con el IRS se inicia con la presentación del Formulario IRS 8957. Un FFI puede diligenciar el Formulario 8957 electrónicamente a través del portal del IRS: www.irs.gov/FATCA (el "portal"). A la entrada del portal el FFI recibirá un nombre de usuario y contraseña, con los

cuales puede completar la aplicación para su GIIN. En el caso de un grupo de entidades afiliadas, el FFI principal puede registrarse como un *Lead FFI* —IRS Notice 2013-69, Section V, Draft FFI Agreement Sec. 2.34— y obtener un nombre de usuario y contraseña para cada FFI afiliado, ya que todas las entidades que hacen parte de un grupo deben obtener su propio GIIN —IRS Notice 2013-69, Section IV.01—.

Luego el *Lead FFI* puede distribuir los nombres de usuario y contraseñas correspondientes a las entidades que hacen parte del grupo para que cada miembro pueda completar su propia aplicación. Un FFI que pertenece a un grupo de entidades afiliadas no será designado como un PFFI hasta que todas las entidades que hacen parte del grupo han presentado sus respectivas aplicaciones. (Hay una exención a este requerimiento y una regla de transición en casos donde un FFI que hace parte del grupo no podrá participar en el régimen de FATCA por conflictos legales locales.) —Reg. Sec. 1.1471-(4)(e) — El Lead FFI podrá monitorear el proceso de aplicación de cada FFI que hace parte de su grupo.

El 2 de junio de 2014 el IRS se publicará en el portal una lista de PFFI's y sus GIIN's correspondientes (lista FATCA) para que las entidades estadounidenses que envíen fondos al extranjero puedan confirmar si un FFI está exento de la retención en la fuente del 30%. La lista FATCA será actualizada mensualmente. Vale reiterar que para aparecer en la lista FATCA inicial, un FFI tendrá que someter su aplicación a más tardar el 25 de abril de 2014.

Durante el proceso de aplicación para su GIIN, un FFI tendrá que firmar un acuerdo con el IRS (el *FFI Agreement*) con el apoyo de un abogado impositivo estadounidense para interpretar este documento de 38 páginas —IRS Notice 2013-69—. Un borrador del *FFI Agreement* es accesible a través del portal y se espera que la versión definitiva se publicará antes del 31 de diciembre de 2013. Aunque este documento parece complejo a primera vista, en esencia, el FFI Agreement contiene dos condiciones principales:



Condición 1:

Un PFFI conviene ampliar y actualizar anualmente su sistema de documentación de cuentas para incluir la información requerida por FATCA empezando con cuentas existentes desde el 1 de enero de 2014. Luego el PFFI, en caso de cualquier cuenta que exceda el valor de $50,000 —IRC Sec. 1471(d)(2)—, tendrá que determinar si: (i) un contribuyente estadounidense tiene un interés económico en la cuenta (ya sea directamente o a través de una entidad) de más del 10% y reportar dichas cuentas al IRS anualmente; o, (ii) si un FFI no participante en el régimen de FATCA (NFFI) es dueño de la cuenta. Cada cuenta del FFI que manifiesta las características descritas en los puntos (i) y/o (ii) anteriores son cuentas reportables". El PFFI tendrá que entregar información al IRS sobre sus cuentas reportables mediante la presentación electrónica del Formulario 8966 antes del 31 de marzo para el año calendario ante-

rior —IRC Sec. 1471(c) y Reg. Sec. 1.1471-4(d)(3)—. Existen reglas de transición para los años 2015 y 2016 que contienen extensiones de fechas y menores requerimientos de información— IRS Notice 2013-69, Section V, Draft FFI Agreement Secs. 6.02(B)(3) y 6.04—. Si el PFFI no tiene suficiente información para hacer una determinación de que una cuenta es una cuenta reportable, tiene que pedirle más información al titular de la cuenta y si éste se rehúsa a proveer los datos necesarios, el PFFI conviene cerrar dicha cuenta y reportar el monto total de tales cuentas sin identificar a los dueños —Reg. Sec. 1.1471-4(d)(6)—. Si el FFI descubre que tiene una cuenta que pertenece a un NFFE, entonces el FFI se compromete a (i) reportar la cuenta al remitente estadounidense que hará la retención en la fuente de los pagos gravables correspondientes al NFFE; o, (ii) retener en la fuente 30% de los pagos gravables destinados a dicha cuenta y remitir el 30% al IRS —IRS Notice 2013-69, Section V, Draft FFI Agreement Sec. 4.01(A)—.

Condición 2:

El PFFI conviene adoptar un plan de mantenimiento de datos suficiente para preparar el formulario IRS 8966 anualmente — Reg. Sec. 1.1471-4(f)—. Esta declaración deberá ser preparada y firmada por el contador estadounidense.

Paso dos:

Un PFFI debe preparar un Manual de FATCA (el manual) documentando los procesos internos que el PFFI seguirá para cumplir con sus obligaciones de reporte. El manual debe designar un funcionario del PFFI [un *Responsable Officer* (RO)] que: (i) será responsable del programa de recolección y mantenimiento de una base de datos suficientes para preparar la declaración anual que debe presentarse al IRS (Formulario 8966); y, (ii) certificará al IRS cada tres años que el sistema de recolección y mantenimiento de datos es adecuado para efectos de FATCA —Reg. Sec. 1.1471-4(c)(7)—. El manual debe ser preparado en colaboración con el abogado impositivo estadounidense y el contador estadounidense. El contador preparará un reporte sobre el cual el RO basará la certificación mencionada en el punto (ii) anterior.

Paso tres:

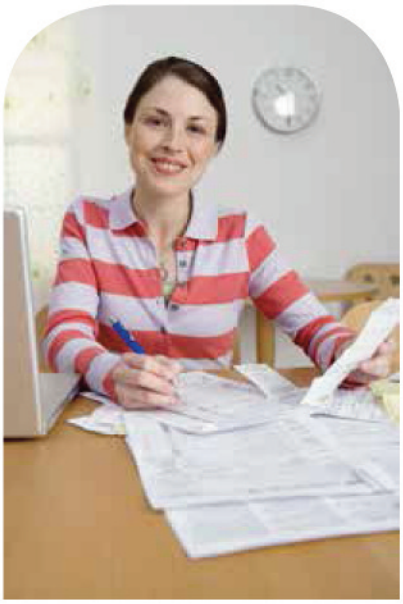
Empezar a notificar a sus clientes de los requerimientos de FATCA y en caso de cuentas con documentación incompleta, pedir datos adicionales. La primera comunicación escrita al cliente es clave. Debe ser redactada de una forma clara, concisa y breve. Además esta carta debe subrayar el hecho de que FATCA será aplicable a todos los FFIs del respectivo país y del resto del mundo en uniformarlos sobre los mismos términos y condiciones.

La colaboración con el abogado impositivo estadounidense es indispensable en la preparación de estas comunicaciones, ya que hay varias exenciones, reglas especiales y fechas claves que

serán relevantes para el cliente. Es probable que la comunicación escrita al cliente deba ser repetida dos o tres veces antes del 1 de julio de 2014 para documentar que el PFFI ha empleado de buena fe sus mejores esfuerzos con el objetivo de investigar cuentas con información incompleta. Habrá clientes que no responderán correctamente a estos pedidos de información, pero si existe constancia de que el PFFI ha hecho un esfuerzo razonable para cumplir con sus deberes hay poco riesgo para el PFFI ante el IRS. El IRS está consciente que ningún sistema de recolección de datos será 100% perfecto. En otros casos, habrá clientes que no cooperarán con los pedidos de información. Las cuentas de estos clientes deberán ser clasificadas por el PFFI como cuentas recalcitrantes — Reg. Sec. 1.1471-5(g)—.

Conflictos legales entre FATCA y ley doméstica

El FFI Agreement contempla la posibilidad de que, en ciertas jurisdicciones, un PFFI no podrá entregar al IRS cierta información o tomar ciertas acciones indicadas debido a conflictos legales locales como, por ejemplo, leyes de confidencialidad bancaria del país del PFFI. Para resolver estos conflictos, el *FFI Agreement* ofrece opciones diferentes al FFI para el cumplimiento de sus obligaciones —IRS Notice 2013-69, Section V, Draft FFI Agreement Sec. 7 —.



Por ejemplo, si la ley doméstica del PFFI no permite que se le cierre una cuenta a una persona o entidad que no quiere proveer cierta información, el PFFI puede satisfacer sus obligaciones simplemente con reportar los pagos gravables a tal cuenta directamente al IRS en la planilla IRS 1099.

Alternativamente, si la ley local no permite reportar el nombre del titular de la cuenta sin recurrir a un tratado bilateral, el PFFI puede simplemente reportar al IRS el monto total de los pagos gravables recibidos en todas sus cuentas recalcitrantes sin desglosar más detalle al IRS. En caso de que la ley doméstica del PFFI no permita al PFFI retener el 30% de los pagos gravables dirigidos a una cuenta perteneciente a un NFFE, el PFFI puede satisfacer sus obligaciones si congela o transfiere dicha cuenta —Reg. Sec. 1.1471-4(i)(3)— mientras el IRS toma los pasos necesarios para implementar el desglose de información bajo un tratado bilateral o por otra vía legal como, por ejemplo, el sistema de intercambio automático de información impositiva de la OECD, el cual fue aceptado en principio por Colombia, Caimán, Bermuda, BVI, España y otros países europeos el 28 de noviembre de 2013 —Comunicado de Prensa DIAN No. 234, Noviembre 28, 2013—.

IGA: ¿solución o traición?

Aunque la ley de FATCA fue adoptada durante 2010, recibió poca atención en Latinoamérica hasta que el primer proyecto de 500 páginas de reglamentaciones fue publicado en el curso del 2011. El autor de este artículo empezó en 2011 a dar seminarios y cursos sobre el tema de FATCA en varios países latinoamericanos.

La reacción típica de un FFI era: "Esta nueva ley es demasiado complicada y es una amenaza a nuestra soberanía. Antes de tomar decisiones vamos a pedir opiniones de nuestro propio gobierno y de nuestros grupos empresariales." Así empezaron los contactos de los FFI's con sus propios gobiernos con el propósito de obtener aclaraciones y soluciones para reducir los riesgos presentados por FATCA.

FATCA contempla que conflictos legales locales se podrán resolver por medio de acuerdos intergubernamentales [*In-*

ter Governmental Agreements (IGAs)]. El IRS mantiene una lista actualizada de los IGA's vigentes accesible a través de la internet —www.irs.gov/Businesses/Corporations/Foreign-Account-Tax-Compliance-Act-(FATCA)—. [www.irs.gov/Businessess/Corporations/Foreign-Account-Tax-Compliance-Act-(FATCA)].Los IGA's ayudarán en la resolución de conflictos legales entre FATCA y las leyes domésticas de un país. Además, el IGA ofrece otro beneficio para las autoridades fiscales de una jurisdicción extranjera: la reciprocidad del intercambio automático de información financiera. En un IGA recíproco, el IRS conviene recolectar información financiera en los EUAperteneciente a los contribuyentes de la jurisdicción con la cual se firmó un IGA y entregar esta información a las autoridades fiscales del país contratante.

En otras palabras, un país que ha firmado un IGA puede contar con los recursos del IRS para apoyar a sus propias autoridades fiscales en descubrir recursos financieros no declarados por parte de sus propios contribuyentes.

Después de analizar varios modelos de IGAs ofrecidos por el IRS, es claro que los beneficios adicionales para un gobierno con un IGA son:

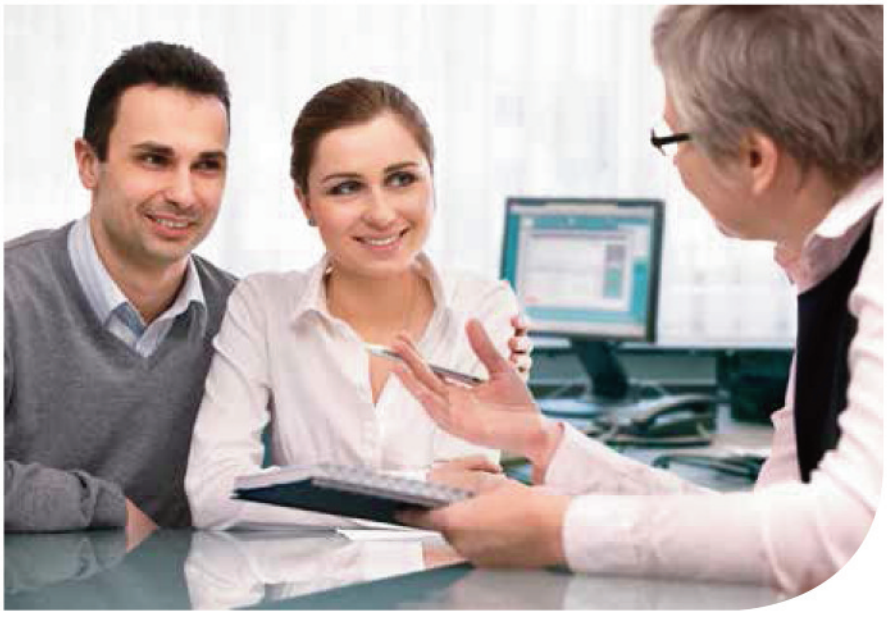
(i) La percepción favorable entre los FFI's del país respectivo que su gobierno ha defendido su soberanía y protegerá sus FFI's en posibles conflictos futuros con el IRS; y,

(ii) Las autoridades fiscales del gobierno con un IGA que establezca reciprocidad recibirán información financiera del IRS que servirá para identificar cuáles de sus ciudadanos tienen cuentas no declaradas en los EUA.

En la opinión del autor, existe entre los FFI's la falsa percepción de que si su gobierno logra firmar un IGA que todos los FFI's de esa jurisdicción se convertirán automáticamente en PFFI's, exentos al impuesto FATCA. La realidad es que la mayoría de los FFI's tendrán que registrarse en el portal para obtener esta exención.

Las jurisdicciones que han firmado un IGA gozan de la impresión pública de que han protegido la soberanía de su país contra una amenaza invasiva del IRS. Pero en realidad, un IGA no disminuye la influencia del IRS porque las reglas de reporte de FATCA no cambian bajo un IGA. Aunque un PFFI de una jurisdicción con IGA no tendrá que presentar directamente al IRS la planilla IRS 8966, sí tendrá que presentar una declaración casi idéntica al Formulario IRS 8966 a su propio fisco y tendrá que seguir todas las reglas de debida diligencia y manutención de datos descritos en el Anexo I del IGA. Y al final de cada año, el fisco doméstico entregará toda la información recolectada de sus PFFI's al IRS. Por lo tanto, un IGA representa un beneficio enorme para el IRS porque no tendrá que utilizar sus propios recursos para efectuar la tarea de recolectar información de todos los FFI's.

Otra consideración importante es que el programa de los IGA's no ha avanzado como se



esperaba. En el curso del año 2013, se han publicado declaraciones por parte de una cantidad grande de países indicando sus intenciones de firmar un IGA. Al mismo tiempo, el IRS anunció en febrero de 2013 que esperaba tener 50 IGA's firmados para el fin del año. Hasta el 25 de noviembre de 2013, se han firmado diez IGAs y solamente el del Reino Unido ha sido oficialmente implementado.

De acuerdo con estos resultados, no es lógico concluir que todos los gobiernos que han anunciado sus intenciones de firmar un IGA antes del 1 de julio de 2014 alcanzarán esta meta. Por lo tanto, los FFI's del mundo deben planear para esta posibilidad y prepararse para la probabilidad de que tendrán que obtener su estatus de PFFI independientemente. Es decir, deberán estar preparados para registrarse en el portal antes del 25 de abril de 2014 como un PFFI por su propia cuenta.

Como se ha mencionado anteriormente, los IGA's no cambian el trabajo fundamental que un PFFI tendrá que hacer para mantener su estatus de PFFI. Hay dos modelos de IGA. El anexo I del IGA modelo 1 requiere que un PFFI tendrá que adoptar un sistema de documentación casi idéntico al sistema requerido por la ley FATCA y la información sobre cuentas reportables será entregada por el PFFI a sus propios autoridades fiscales que, a su turno, la entregarán electrónicamente al IRS cada año. El anexo I del IGA modelo 2 es igual al del modelo 1. Pero en el caso del IGA modelo 2 un PFFI reportará directamente al IRS y todos los requerimientos del *FFI Agreement* están expresamente incorporados en el IGA modelo 2.

En la práctica, no importará mucho si el gobierno de un FFI ha firmado un IGA, ya que en todo caso el FFI de un país con IGA tiene que registrarse con el IRS a través del portal y obtener un GIIN para ser designado como un PFFI. En adición, no obstante la existencia de un IGA, el IRS puede cancelar el status de PFFI de cualquier institución financiera si determina que el PFFI no está cumpliendo con las reglas de FATCA. Los resultados: (i) el PFFI, domiciliado en jurisdicción con IGA podría convertirse unilateralmente por el IRS como un NFFI sujeto al impuesto de FATCA; (ii) el NFFI tendría que seguir reportando la información requerida por FATCA a su fisco doméstico y (iii) el IRS seguiría recibiendo la información.

Conclusión

En conclusión, un FFI no necesita sentirse intimidado por la nueva ley de FATCA. Con el consejo de un abogado de impuestos estadounidense y los servicios de un contador estadounidense un FFI para la preparación de declaraciones, es muy factible llegar a la meta de cumplimiento con FATCA para el 1 de julio de 2014.

Timothy D. Richards

Nació en Schenectady, Nueva York. Obtuvo los títulos de Relaciones Internacionales de la Universidad Brown en 1974 y el de abogado de la Facultad de Derecho de Suffolk University en 1978. En 1981 fue admitido al Colegio de Abogados de la Florida y en 1993 fue certificado como Especialista en Impuestos por el Colegio de Abogados de la Florida. Tuvo el privilegio de ejercer su profesión en Wall Street y Miami bajo la tutela de tres de los más distinguidos expertos fiscales en los EEUU: Robert Feinschreiber, Elliott Manning y William C. Newton. En 1991 el Sr. Richards fundó su propia firma, Richards & Associates PA (www.richards-law.com) dedicada a servir su clientela internacional durante los últimos 22 años en asuntos fiscales, corporativos y bienes raíces. En el 2010 comenzó a publicar artículos sobre la nueva ley estadounidense de FATCA ("Foreign Account Tax Compliance Act") y fundó FATCA Consultants LLC, una subsidiaria de su despacho dedicada a la prestación de servicios especializados a instituciones financieras internacionales. FATCA Consultants LLC ha prestado sus servicios a bancos en Latinoamérica, el Caribe y Asia. FATCA Consultants LLC mantiene un portal de Internet (www.fatcaconsultants.com) accesible al público para divulgar información actualizada sobre temas relacionados con FATCA. Se desempeñó como editor asistente del "International Tax Journal" (Panel Publishers) y publicó diversos artículos sobre temas fiscales internacionales. Firmó un contrato con la casa editorial Van Nostrand Reinhold para escribir un libro que fue publicado en 1982 y titulado "La Guía de Inversiones Extranjeras en Bienes Raíces de los Estados Unidos".