

## **FOREIGN ACCOUNT TAX COMPLIANCE ACT (FATCA): ALGUNOS COMENTARIOS**

## ***FOREIGN ACCOUNT TAX COMPLIANCE ACT (FATCA): ALGUNS COMENTÁRIOS***

**IVETTE ESIS V.**

Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia (España). Diploma en Estudios Avanzados – Derecho Administrativo y Procesal (Universidad de Valencia, España). Magister Scientiarum en Derecho Internacional Privado y Comparado (Universidad Central de Venezuela). Abogada (La Universidad del Zulia, Venezuela). Correo electrónico: ivette.esis@gmail.com.

### **RESUMEN**

Este artículo tiene como objetivo estudiar los cambios financieros y de la banca internacional se produjo después de la promulgación en 2010 del Capítulo IV del Reglamento de Impuestos, conocida como la Ley de Auditores Externos "Cumplimiento Tributario (FACTA)," los Estados Unidos de América. En este pequeño artículo vamos a explicar en términos muy sencillos, lo que es FATCA, los aspectos generales de esta legislación, la identificación de su objetivo para apuntar sus siguientes consecuencias generales.

**PALABRAS CLAVE:** *Foreign Accounts Tax Compliance Act (FATCA;* Código Interno de Tributos;

### **RESUMO**

O presente artigo tem por finalidade estudar as mudanças financeiras e bancárias internacionais ocorridas após a promulgação em 2010 do Capítulo IV do Regulamento Interno de Impostos, conhecida como Lei de Contas externas "Tax Compliance (FACTA)", nos Estados Unidos da América. Neste pequeno artigo vamos explicar em termos muito simples, o que é FATCA, os aspectos gerais dessa

legislação, identificando seu objetivo para na sequência apontar as suas implicações gerais.

**PALAVRAS CHAVE:** *Foreign Accounts Tax Compliance Act (FATCA)*; Mercado Internacional; Regulamento Interno de Tributos;

## I. NOTA INTRODUCTORIA

En el año 2010 fue promulgado el Capítulo IV del Código Interno de Tributos conocido como *Foreign Accounts Tax Compliance Act (FACTA)* en Estados Unidos de América (en lo adelante, Estados Unidos). El propósito de FATCA consiste en disminuir progresivamente la evasión fiscal de ciudadanos y residentes americanos por rentas obtenidas fuera del territorio estadounidense no declaradas al fisco de dicho país.

A pesar de que se trata de una normativa local, sus implicaciones tienen importantes efectos extraterritoriales. FATCA le impone a las instituciones financieras a nivel mundial, por un lado, el deber de reportar información al Servicio de Rentas Internas de Estados Unidos (IRS) de los sujetos (personas naturales y jurídicas americanas) que entran bajo su ámbito de aplicación; y, por otro, la obligación de retenerles a dichas personas sobre sus rentas de origen estadounidense, si se rehúsan a dar información a dichas instituciones sobre su residencia fiscal o no otorguen el permiso para que pueda reportar su información al IRS.

Esta legislación ha causado un verdadero revuelo en el ámbito financiero y bancario internacional por las implicaciones que tiene y por los costos que conlleva su implementación. Según la Revista Forbes, se calcula que la incorporación de las exigencias y deberes de FATCA podría costar alrededor de 100 millones de dólares americanos<sup>1</sup>.

No pretendemos examinar cómo sería el proceso de implementación de esta legislación en una institución financiera, toda vez que depende de la decisión ejecutiva que en el seno de cada una se establezca. En este breve artículo

---

<sup>1</sup> Wood, Robert, «FATCA carries fat Price tag», en: [<http://www.forbes.com/sites/robertwood/2011/11/30/fatca-carries-fat-price-tag/;>](http://www.forbes.com/sites/robertwood/2011/11/30/fatca-carries-fat-price-tag/)

pretendemos explicar, en términos muy sencillos, qué es FATCA y cuáles son sus implicaciones generales. De antemano advertimos que, constantemente, el IRS publica actualizaciones respecto a información de interés, nuevos plazos, modelos (en lo adelante, denominados Notice), por lo que presentamos los aspectos genéricos de esta legislación a la fecha de redacción de estas líneas (diciembre, 2013).

## **II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE FATCA**

Entran bajo el ámbito de aplicación de FATCA aquellas personas naturales - ciudadanos americanos, residentes en Estados Unidos o los que sean identificados a través de los indicios de la ley-, que poseen cuentas en instituciones financieras foráneas que superen el umbral anual promedio de 50.000 dólares americanos. Para el caso de personas jurídicas, se consideran estadounidenses y, por ende, sujetas a FATCA, no sólo aquéllas que tengan domicilio en Estados Unidos, sino que al menos uno de sus accionistas (persona natural o jurídica de nacionalidad o residencia norteamericana) sea propietario del 10% de acciones de la compañía y que dicha entidad sea titular de cuentas en instituciones financieras extranjeras que superen el monto promedio anual de 250.000 dólares.

Es importante acotar que FATCA hace una distinción entre los clientes pre-existentes y clientes nuevos, entendiendo por los primeros aquéllos que abran cuentas en instituciones financieras hasta el 30 de junio de 2014. En estos casos, se efectúa un análisis de los indicios (que explicamos más adelante) y se compara con el monto promedio anual de los saldos que mantiene en su cuenta, para determinar si está sujeto a FATCA. Mientras que, los segundos, se califican como aquellos que abren sus cuentas en instituciones financieras a partir del 1º de julio de 2014.

Quedan exentos de la aplicación de esta Ley, las entidades gubernamentales, las organizaciones sin fines de lucro, los bancos locales y algunos entes de retiro.

### III. EL SISTEMA FATCA: DE LA CELEBRACIÓN DE ACUERDO INTERGUBERNAMENTAL (IGA) O DE UN CONVENIO CON EL IRS

A los fines de cumplir con el objetivo de evitar la evasión fiscal de ciudadanos americanos fuera del territorio estadounidense, FATCA desarrolla un sistema de intercambio de información entre el IRS y las instituciones financieras internacionales<sup>2</sup>. Por ello, la legislación no sólo se dirige a los bancos a nivel mundial, sino también a entes dedicados a inversión y operación de valores, commodities, brokers, compañías de seguros y fondos de inversión, con independencia de que tengan o no relaciones con personas o entidades estadounidenses.

Este sistema puede basarse en acuerdos intergubernamentales y, en su defecto, en convenios suscritos entre el IRS y la institución financiera. De no participar, las entidades financieras sufrirán la retención del 30% sobre los pagos de fuente estadounidense. Veamos con un poco más detalle cómo puede articularse el sistema:

#### 1. *Acuerdos Intergubernamentales (IGA)*

Se trata de acuerdos bilaterales entre los Estados Unidos de América y el país que desee celebrarlo, en el cual ambos Estados acuerdan los procesos o mecanismos generales para cumplir con la obligación de reporte que deben realizar las instituciones financieras del país que suscribe el IGA. Con la firma del IGA se elimina la obligación de retención por parte de las instituciones financieras del

---

<sup>2</sup> En efecto, la legislación indica: “U.S. taxpayers’ investments have become increasingly global in scope. FFIs now provide a significant proportion of the investment opportunities for, and act as intermediaries with respect to the investments of, U.S. taxpayers. Like U.S. financial institutions, FFIs are generally in the best position to identify and report with respect to their U.S. customers. Absent such reporting by FFIs, some U.S. taxpayers may attempt to evade U.S. tax by hiding money in offshore accounts. To prevent this abuse of the U.S. voluntary tax compliance system and address the use of offshore accounts to facilitate tax evasion, it is essential in today’s global investment climate that reporting be available with respect to both the onshore and offshore accounts of U.S. taxpayers. This information reporting strengthens the integrity of the U.S. voluntary tax compliance system by placing U.S. taxpayers that have access to international investment opportunities on an equal footing with U.S. taxpayers that do not have such access or otherwise choose to invest within the United States”. Véase: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2013-01-28/html/2013-01025.htm>>

Estado parte del Convenio; e, incluso, se negocian los plazos (*timeline*) de aplicación de FATCA<sup>3</sup>.

Existen actualmente dos modelos de IGA:

a) El modelo 1 permite a los Estados y, en particular, al país que suscribe y ratifica el Acuerdo, seleccionar alguna agencia o dependencia gubernamental a la cual las instituciones financieras rendirán sus informes y reportes conforme a FATCA y dicha agencia, a su vez, efectuará el reporte consolidado de la información obtenida al IRS.

b) El modelo 2, a diferencia del anterior, permite que las instituciones financieras no constituirse en agente de retención ante el IRS, pero deben celebrar el convenio y reportar directamente a éste –sin intervención de agencia o ente gubernamental alguno- la información de los clientes sujetos a esta legislación<sup>4</sup>.

## **2. Convenio con el IRS**

Para el caso cuando: (i) el país -del lugar donde se encuentre domiciliada la institución financiera- no suscriba y ni ratifique un IGA con Estados Unidos; y, (ii) el Estado celebre con los Estados Unidos un IGA modelo 2, la institución financiera debe suscribir directamente con el IRS un convenio para la aplicación de FATCA.

El convenio es firmado a través del portal del IRS. Una vez que se registre, le será asignado a cada institución un número denominado Global Intermediary Identification Number (GIIN), con el cual se identificará frente al resto de las instituciones financieras que participen en el programa de cumplimiento de FATCA<sup>5</sup>.

Este convenio, de acuerdo al Notice 2013-69 dictado por el IRS el pasado 06 de noviembre de 2013<sup>6</sup>, contiene varios aspectos:

1. El compromiso de la institución financiera a cumplir los términos y condiciones de FATCA. En particular, a honrar el compromiso de reportar a los clientes sujetos a esta Ley; y, a retener a los denominados clientes recalcitrantes (es

---

<sup>3</sup> <<http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Documents/reciprocal.pdf>>

<sup>4</sup> Véase la lista de países que han suscrito el IGA modelos 1 y 2: <<http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA-Archive.aspx>>

<sup>5</sup> Véase dicha información en la página web del IRS: <<http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Information-for-Foreign-Financial-Institutions>>

<sup>6</sup> El texto de la publicación puede ser revisado en: <<http://www.irs.gov/pub/irs-drop/n-13-69.pdf>>

decir, clientes que no demuestren su residencia fiscal o no autoricen a la institución financiera a compartir su información con el IRS).

2. La obligación de la institución financiera de implementar, dentro de su política de debida diligencia, procesos que le permitan identificar cuentas cuyos titulares sean clientes sujetos a FATCA, clientes recalcitrantes u otras financieras no participantes de FATCA.

3. El deber de retener el 30% de cualquier pago (retenible según la legislación) de fuente estadounidense, realizado a la cuenta de un cliente recalcitrante o de una institución financiera no participante.

4. La obligación de depositar en un plazo determinado el dinero retenido en una cuenta de garantía, de transaccionalidad limitada (*escrow account*).

5. Preparar y enviar al IRS un informe completo de los cuentahabientes sujetos a FATCA y los clientes recalcitrantes;

6. El compromiso de la institución financiera de cerrar cuentas de sus clientes o de transferirles sus haberes, cuando éstos se rehúsen a autorizarla a compartir información, en aquellos supuestos cuando el orden jurídico local le prohíba a las instituciones financieras a cumplir con la obligación de reporte de clientes sujetos a FATCA al IRS<sup>7</sup>.

7. La adopción de un programa de cumplimiento de FATCA, bajo la autoridad de un oficial responsable designado por la institución financiera.

8. La entrega de certificaciones de cumplimiento y de debida diligencia por parte del oficial responsable, en los plazos establecidos por FATCA.

9. Aplicación del Derecho de los Estados Unidos de América y la sumisión expresa a la jurisdicción de sus tribunales.

---

<sup>7</sup> En efecto, la legislación establece: “*I. Legal Prohibitions on Reporting U.S. Accounts and Withholding. In response to comments requesting clarification on whether an FFI can enter into an FFI agreement if foreign law imposes prohibitions on the FFI's ability to report or withhold, the final regulations clarify that an FFI may enter into an FFI agreement if it can meet the requirements of Sec. 1.1471-4(i). The final regulations require, however, that if foreign law prohibits a participating FFI from fulfilling its withholding obligations with respect to an account, the participating FFI must close the account within a reasonable time or, if local law prohibits closing the account, the participating FFI must block or transfer the account. Similarly, if a participating FFI is prohibited by foreign law, absent a waiver, from reporting information on an account that it must treat as a U.S. account, the final regulations provide that the participating FFI must request a waiver of foreign law from such account holder and if such waiver is not obtained within a reasonable period of time, the participating FFI must close or transfer such account*”. Véase más información en: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2013-01-28/html/2013-01025.htm>>

#### IV. DE LA OBLIGACIÓN DE REPORTE

Como advertimos, uno de los pilares fundamentales de FATCA consiste en el deber de reporte por parte de las instituciones financieras de los clientes que entren bajo el ámbito de aplicación de la legislación. Ahora bien, ¿cuáles son las personas –naturales y jurídicas- que deben identificar las instituciones financieras como estadounidenses y, por ende, como sujetos que deben ser reportados por aplicación de FATCA?

La ley fiscal exige a todas las instituciones financieras a implementar, dentro de sus políticas de debida diligencia y conozca a su cliente, el examen de su clientela existente al 30 de junio de 2014 (denominados clientes preexistentes), conforme a unos indicios o guías (no acumulativos) para identificar si es o no sujeto a FATCA, en combinación con los balances de sus cuentas (recordemos que los umbrales corresponden a saldos a partir de 50.000 y 250.000 dólares anuales, dependiendo si se trata de personas naturales o jurídicas). Es así como:

a) Para el caso de personas naturales<sup>8</sup>, los indicios son:

- ✓ Personas físicas de nacionalidad estadounidense o aquéllas que posean doble nacionalidad;
- ✓ Ciudadanos extranjeros residentes en Estados Unidos;
- ✓ Extranjeros que cumplan con el test de presencia sustancial en territorio norteamericano (es decir, que permanezcan 183 días dentro de los últimos 3 años en territorio americano), siempre que no se trata de personal diplomáticos, profesores, estudiantes o deportistas.
- ✓ Tenga asociada una dirección postal en Estados Unidos (dirección de residencia o de correspondencia);
- ✓ Otorgue un poder a favor de una persona con dirección postal en Estados Unidos;
- ✓ Ordene transferencias a una cuenta estadounidense o que las órdenes se reciban desde una dirección de Estados Unidos.

b) Para el caso de personas jurídicas, se examina si:

---

<sup>8</sup> Para más información, véase: [http://www.deloitte.com/assets/Dcom-Mexico/Local%20Assets/Documents/mx\(es-mx\)fatca\\_resumen\\_ejecutivo.pdf](http://www.deloitte.com/assets/Dcom-Mexico/Local%20Assets/Documents/mx(es-mx)fatca_resumen_ejecutivo.pdf)

- ✓ Alguno de los accionistas (persona natural o jurídica) posee el 10% de su capital social sea ciudadano o residente estadounidense;
- ✓ Otorgue un poder a favor de una persona para que represente sus intereses en territorio estadounidense;
- ✓ Ordene transferencias a una cuenta estadounidense o que las órdenes se reciban desde una dirección de Estados Unidos.
- ✓ Tenga asociada una dirección postal en Estados Unidos (dirección de residencia o de correspondencia);

A partir del 1º de julio de 2014, para los nuevos clientes las instituciones financieras exigirán el documento o forma que acredite su residencia fiscal, si son ciudadanos o residentes americanos. El reporte de las instituciones financieras al IRS debe contener los datos de identificación del cliente (que resulte sujeto a FATCA y el recalcitrante), además del promedio anual de sus saldos y cualquier otro dato que exija el IRS.

## **V. COMENTARIOS**

Muchas han sido las críticas de esta ley. Se trata de una normativa de origen nacional, cuyos efectos extraterritoriales han puesto en jaque a instituciones financieras y gobiernos de todo el mundo. Exponemos, a continuación, varias reflexiones:

a. Una de las mayores complicaciones de la implementación de esta ley lo constituyen los impedimentos legales y constitucionales de los países. Nos referimos especialmente al secreto bancario, entendido como la protección de la información de los clientes que deben brindar las instituciones financieras y, en particular, las bancarias, frente a terceros<sup>9</sup>. Esta protección se exceptúa –generalmente- en casos cuando las autoridades administrativas y judiciales de un Estado exigen información particular y por orden expresa ante dichas instituciones financieras. Dependiendo del ordenamiento jurídico de cada país, el riesgo de infringir la normativa en la materia y respecto a FATCA podría mitigarse cuando medie la autorización expresa del cliente

---

<sup>9</sup> Véase más información en: <<http://www.elmundo.com.ve/firmas/marylory-zambrano/el-secreto-bancario.aspx#ixzz2opAWIDXU>>.

de compartir su información frente a un tercero. Sin embargo, no podemos afirmar que esta solución sea aplicable a todos. Debe analizarse caso a caso.

Vale destacar que este aspecto constituye parte de la agenda de los Estados cuando negocian un IGA con Estados Unidos. El Estado que celebra el IGA puede impulsar reformas legales en su territorio para alinearse al cumplimiento de FATCA. Incluso, puede también acordar e incorporar en el IGA que los Estados Unidos le reporte la lista de sus ciudadanos en territorio americano que obtienen rentas fuera de sus límites territoriales. Sería un acuerdo de intercambio de información fiscal bilateral, adaptado a las exigencias de FATCA.

b. Las instituciones financieras que no cooperen ni entren en el sistema de intercambio de información de FATCA, podrían quedar aisladas del sistema financiero internacional, aunado al hecho de estar sujetas a eventuales retenciones por parte de otros bancos cuando realicen operaciones internacionales. Esta situación elevaría su riesgo reputacional, por cuanto pueden ser vistas como instituciones de poca transparencia, afectando sus relaciones con corresponsales y con sus propios clientes<sup>10</sup>.

c. Para los casos de instituciones financieras cuyas autoridades gubernamentales no negocien un IGA, deben firmar el acuerdo con el IRS. Esto podría generar –eventualmente– más costos de implementación, por cuanto deben cumplir el programa de FATCA en los plazos determinados por el IRS y se convierten en agentes de retención frente a dicho ente.

d. A pesar de haber sido promulgada esta Ley en el año 2010, persisten varias dudas y lagunas que el IRS ha ido respondiendo y muchas otras se encuentran en consulta. Consideramos, de este modo, que el camino apenas comienza.

---

<sup>10</sup> Así lo afirman expertos en la materia. Véase la noticia en: [http://www.swissinfo.ch/spa/noticias/politica\\_suiza/FATCA,\\_el\\_arma\\_mortal\\_contra\\_el\\_secreto\\_bancario.html?cid=35955992](http://www.swissinfo.ch/spa/noticias/politica_suiza/FATCA,_el_arma_mortal_contra_el_secreto_bancario.html?cid=35955992)

## REFERENCIAS

El secreto bancario. **El mundo**. en: <<http://www.elmundo.com.ve/firmas/maryclory-zambrano/el-secreto-bancario.aspx#ixzz2opAWIDXU>>.

FATCA, el arma mortal contra el secreto bancario. **Swissinfo.ch**. en: <[http://www.swissinfo.ch/spa/noticias/politica\\_suiza/FATCA,\\_el\\_arma\\_mortal\\_contra\\_el\\_secreto\\_bancario.html?cid=35955992](http://www.swissinfo.ch/spa/noticias/politica_suiza/FATCA,_el_arma_mortal_contra_el_secreto_bancario.html?cid=35955992)>.

Federal Register Volume 78, Number 18 (Monday, January 28, 2013)  
<<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2013-01-28/html/2013-01025.htm>>.

FERRIS, Tara N. **Administrative, Procedural, and Miscellaneous**. en: <<http://www.irs.gov/pub/irs-drop/n-13-69.pdf>>

Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA):  
<[http://www.deloitte.com/assets/Dcom-Mexico/Local%20Assets/Documents/mx\(es-mx\)fatca\\_resumen\\_ejecutivo.pdf](http://www.deloitte.com/assets/Dcom-Mexico/Local%20Assets/Documents/mx(es-mx)fatca_resumen_ejecutivo.pdf)>

IRS. En: <<http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Information-for-Foreign-Financial-Institutions>>

Model intergovernmental agreement to improve tax compliance and to implement fatca. En: <<http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Documents/reciprocal.pdf>>

U.S. Department of the Treasury. The following jurisdictions are treated as having an intergovernmental agreement in effect. En: <<http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA-Archive.aspx>>

WOOD, Robert, «**FATCA carries fat Price tag**», en: <<http://www.forbes.com/sites/robertwood/2011/11/30/fatca-carries-fat-price-tag/>>