



“Repercusiones Legales del Foreign Account Tax Compliance Act en Latinoamérica - FATCA”

XXX Congreso Latinoamericano de Derecho Financiero

Patrick W. Martin

Panamá, Panamá

3 de octubre 2011

Resumen

- Antecedentes del Régimen Fiscal de E.U.A.
 - Residentes en el extranjero
 - Corporaciones Extranjeras
 - Fideicomisos (*Trusts*) Extranjeros
- Antecedentes de FATCA
 - ¿Qué es FATCA?
 - ¿Sanciones?
 - ¿A qué entidades aplica FATCA?

Resumen

- Convenio con el IRS para evitar retención del 30%
 - Obligaciones de Evaluación (“Due Diligence”)
 - Obligaciones de Reporte
 - Obligaciones de retención
- Personas de E.U.A.
- Problemas de aplicación entre FATCA y leyes locales extranjeras
- Ventajas Competitivas para FFIs
- El ‘otro’ FATCA’: Entidades Extranjeras No Financieras (NFFE)
- Ejemplo de FATCA
- Preguntas Frecuentes

Antecedentes del Régimen Fiscal de E.U.A.

- Residentes en el extranjero
 - Un residente en el extranjero es un individuo quien no es un residente de E.U.A. y quien no tiene una ‘green card’ (permiso de residencia y trabajo en E.U.A.) o que no ha pasado la prueba de ‘presencia sustancial’ de 183 días en E.U.A.
 - En caso de ser aplicable, deberá presentar una declaración fiscal, y pagar impuesto sobre los ingresos efectivamente conectados a un ‘U.S. trade or business’ (concepto similar a un Establecimiento Permanente, EP), o si recibió ingresos por fuentes localizadas en E.U.A.

Antecedentes del Régimen Fiscal de E.U.A.

- Fideicomisos (Trusts) Extranjeros
- Corporaciones Extranjeras
 - Cualquier corporación que no sea doméstica (creada bajo las leyes de E.U.A.).
 - Sus ingresos serán gravados si:
 - Reciben ingresos efectivamente conectados con un 'U.S. trade or business';
 - Reciben ingresos de fuentes dentro de los E.U.A. que no estén efectivamente conectados con un 'U.S. trade or business'.
 - Impuesto sobre ingresos de Sucursales, impuesto a las corporaciones extranjeras que tienen una sucursal en los E.U.A.

Antecedentes de FATCA

- Durante los últimos tres años, el gobierno de los E.U.A. ha llevado a cabo esfuerzos sustanciales y agresivos en contra de: (i) Contribuyentes de E.U.A. con ingresos sin declarar en cuentas extranjeras; y (ii) bancos foráneos y consultores financieros y fiscales que hayan proveído facilidades a estos contribuyentes.
- La protección brindada por el principio legal del “secreto bancario” en legislaciones extranjeras (particularmente en Suiza) ha sido parcialmente invalidado en estos términos.

Antecedentes de FATCA

- El programa “*Whistleblower*” y otros programas ‘secretos’ de denunciantes han sido implementados. *IRC Sección 7623(b)*
- Regulaciones propuestas para intercambio de información respecto de intereses pagados a extranjeros.
- Programa OVDI – Programa Voluntario de Revelación Foránea (*Offshore Voluntary Disclosure Program*), 2011
- Programa QI – Programa de Intermediario Calificado (*Qualified Intermediary Program*), en la última década

Antecedentes de FATCA

- ❖ El *Foreign Account Tax Compliance Act* (“FATCA”) fue promulgado el 18 de marzo de 2010, e incluye nuevas reglas en relación con el cumplimiento que bancos foráneos deben tener respecto de otorgar información al IRS de sus cuentahabientes residentes de E.U.A.
- ❖ Se implementó como parte de las medidas para contrarrestar el costo fiscal de la ley HIRE (*Hiring Incentives to Restore Employment*), cuyo propósito es crear incentivos para impulsar la creación de empleo en los E.U.A.
- ❖ FATCA introduce un nuevo capítulo 4 al título A del Código de Rentas Internas de E.U.A. (*Internal Revenue Code*, IRC) y entrará en vigor el primero de enero de 2013.
- ❖ Se estiman ingresos fiscales de USD \$8.7B de FATCA durante los próximos 10 años (e.g., \$870M por año).

Antecedentes de FATCA

Los dos propósitos de FATCA:

- a) Pago de impuestos por residentes de E.U.A. que tienen cuentas bancarias extranjeras, ya sea directamente o a través de una entidad legal.
- b) Obtener información respecto flujo de capital e ingresos recibidos por residentes de E.U.A. a través de una entidad financiera extranjera (mismo concepto definido extensamente en FATCA)



Antecedentes de FATCA

Método general para obtener los objetivos de FATCA

1) En términos de FATCA, el gobierno de los E.U.A. “invita” a las Entidades Financieras Extranjeras (FFI) y a ciertas Entidades Extranjeras No Financieras (NFFE) a celebrar “voluntariamente” un convenio con las autoridades fiscales de E.U.A. (*Internal Revenue Service* o *IRS* por sus siglas en inglés), bajo el cual información detallada respecto de cuentahabientes residentes de los E.U.A. se proporcionaría anualmente, a través de reportes de información complejos y extensos.

2) Retención de impuesto (sin Convenio).

Antecedentes de FATCA

- Programa de Intermediarios Cualificados (*Qualified Intermediaries*, o QI) - la experiencia de la última década
 - Problema: Certificar a un intermediario (e.g. RBS, Barclays, UBS) como un “conducto” (W-8IMY) y a cada “beneficiario efectivo” como un extranjero (W-8BEN)
 - Programa: Un intermediario extranjero celebrara un contrato con el IRS y asumía la responsabilidad de verificar y certificar el estatus de inversionistas extranjeros.
 - El Programa QI normalmente no obliga a otorgar al IRS informacion respecto de los nombres de los inversionistas extranjeros o fuentes de ingreso de los E.U.A.

Antecedentes de FATCA

- El Programa QI certifica la aplicación de tasas de retención reducidas o excepciones.
- El IRS celebra convenios QI con: a) entidades financieras extranjeras ; b) sucursales extranjeras de instituciones financieras domésticas; y c) corporaciones extranjeras (en términos de la aplicación de un Tratado Fiscal respecto a sus accionistas) formadas en jurisdicciones con reglas KYC (Conoce a tu cliente, *Know Your Customer*) que sean aceptables para el IRS (60 jurisdicciones en el sitio web del IRS)
- Proceso de Auditoria para verificar las cuentas de E.U.A.
- Experiencia del IRS/Departamento del Tesoro – Algunos bancos hicieron trampa (e.g., UBS)



¿Qué es FATCA?

❖ En forma general, FATCA requiere que las FFI celebren un convenio con el IRS en donde las FFI se obligan a hacer lo siguiente:

- **Due Diligence:** un “due diligence” (evaluación) de todas las cuentas que tiene la FFI con el propósito de identificar a los residentes de E.U.A. (“Cuentas de E.U.A.”).
- **Reporte:** Una vez que se identifiquen las “Cuentas de E.U.A.”, la FFI se obliga a enviar un reporte anual al IRS en relación con los movimientos que se llevaron a cabo en estas cuentas.

¿Qué es FATCA?

❖ En forma general, FATCA requiere que las FFI celebren un convenio con el IRS en donde las FFI se obligan a hacer lo siguiente:

- **Retención:** en todos los casos que resulte aplicable, se requiere que la FFI retenga el impuesto respecto de los pagos hechos a otras FFI (“pagos transparentes”) o a individuos que no cumplan con FATCA.
- Cerrar Cuentas de cuentahabientes recalcitrantes (una cuenta de mas de \$50K USD que no cumpla con “solicitudes de información razonables” por parte de FFIs).

¿Qué es FATCA?

Retención del 30% bajo FATCA

-Cualquier entidad extranjera que invierta en los E.U.A. debe cumplir con FATCA, inclusive si la entidad no tiene una presencia física en los E.U.A; de lo contrario, el portafolio de activos de los E.U.A. que tenga la entidad extranjera tendrá un descuento automático del 30%..

- Estadísticas – Inversión Extranjera / Apéndice, “Libro de Información del IRS”

- “Foreign Recipients of U.S. income 2007” artículo disponible

Receptores Extranjeros de Ingresos de E.U.A., 2008			
Ingresos de fuente de E.U.A.			
Total	Exentos de retención	Sujetos a retención	Impuesto retenido
\$659,700,157	\$571,900,199	\$87,799,958	\$9,197,703

*Money amounts are in thousands of dollars

¿Qué es un “pago sujeto a retención” (*withholdable payment*)?

- ❖ “*Withholdable payment*”: incluye cualquier pago que derive de una fuente de ingresos de E.U.A. de:
 - Intereses
 - Dividendos
 - Rentas
 - Salarios
 - Premios
 - Pensiones
 - Remuneraciones
 - Ingresos o ganancias
 - **Pago de ingresos brutos de la venta de acciones o títulos valor, inclusive si existe una pérdida en esta venta.**
 - Instrumentos de deuda que generen “Intereses de Portafolio” (*Portfolio Interest*), descuentos sobre el valor de emisión (*Original Issue Discount*) y otras formas de ingresos derivados de inversiones en E.U.A.

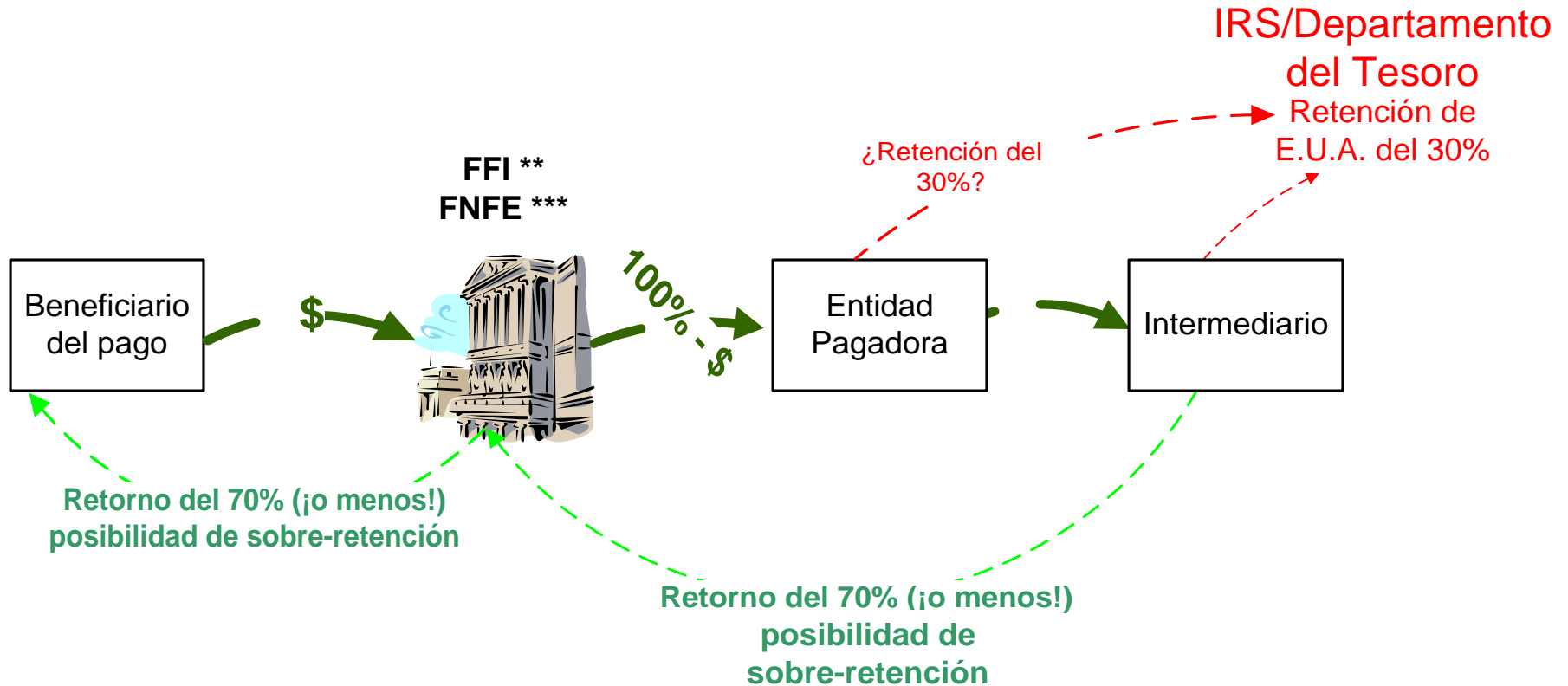
¿A qué entidades aplica FATCA?

❖ Clasificación de entidades extranjeras:

- Todas las Instituciones Financieras Extranjeras (FFIs) (con o sin un convenio con el IRS).
- FFIs que no tengan un convenio con el IRS.
- FFIs que presuntamente cumplan con FATCA..
- Entidades Extranjeras No Financieras (NFFEs). ¡Todos los demás!
- Entidades exentas (e.g., Organizaciones internacionales, gobiernos extranjeros, bancos centrales extranjeros).
- Entidades clasificadas por el IRS que representan un bajo riesgo de evasión fiscal (tan bajo, que este tipo de entidades, no representan ningún riesgo).

¿A qué entidades aplica FATCA?

- Partes involucradas en FATCA: Beneficiario, Entidad Pagadora, Intermediario



FFI – Entidades Financieras Extranjeras
FNFE – Entidades No Financieras Extranjeras
FATCA- Foreign Account Tax Compliance Act

¿A qué entidades aplica FATCA?

- Bajo FATCA, inclusive si los beneficiarios finales del ingreso proveniente de fuentes de E.U.A. son sujetos de un impuesto sobre la renta, la entidad pagadora (entidad de E.U.A.) tiene la obligación para retener, así como la FFI que actúa como un agente o un intermediario del beneficiario final (agente retenedor, “*withholding agent*”)
- El agente retenedor tiene una responsabilidad solidaria respecto de la cantidad que debe retenerse en términos de FATCA.

¿A qué entidades aplica FATCA?

- **Resumen de los negocios que serán afectados por FATCA**
- Recaudadores de Fondos
- Planeadores Patrimoniales
- Banca Privada
- Custodia
- Administradores/Inversionistas de Efectivo
- Banca Inversionista y Corporativa
- Seguros
- Fideicomisos (Trust)
- Banca de negocios
- Fondos de Inversión

Convenio con el IRS

- **Al firmar el convenio con el IRS, las FFIs se obligan a hacer lo siguiente para evitar la retención del 30%:**
 - **Obligaciones de Evaluación (Due Diligence)**
 - **Obligaciones de Reporte**
 - **Obligaciones de Retención**



Convenio con el IRS

- Celebrar un convenio con el IRS es “voluntario”. Esta es la razón por la cual el IRS considera que FATCA no es una ley extraterritorial:
 - El hecho de que la retención del 30% cree un incentivo para celebrar un convenio con el IRS, no significa que exista extraterritorialidad, de conformidad con el gobierno de E.U.A.
- FATCA no va mas allá del texto de los Tratados para evitar la Doble Tributación; sin embargo, para obtener los beneficios de un Tratado, el beneficiario efectivo del ingreso tendría que obtener el registro de contribuyentes del residente de los E.U.A. y presentar una declaración fiscal para obtener un reembolso si el ingreso estuviera exento de impuesto en los E.U.A. o sujeto a un trato preferencial bajo el Tratado Fiscal.

Obligaciones de Evaluación “Due Diligence”

❖ Bajo el convenio de “due diligence” con el IRS, la FFI debe revisar *todas* las cuentas a su cargo, para determinar cuales de sus cuentahabientes tienen “Cuentas de E.U.A.”.

❖ “Cuentas de E.U.A.” se define bajo FATCA como cuentas que tengan como beneficiarios a:

1. **Personas físicas de E.U.A. (ciudadanos de E.U.A., Residentes legales de E.U.A., personas que reúnan la prueba de ‘presencia sustancial’ de 183 días en los E.U.A., indicios de status de E.U.A.); y**
2. **Entidades extranjeras que tengan dueños de los E.U.A. (uno o mas dueños sustanciales)**

- Excepciones: no incluye cuentas en una FFI de individuos cuyos activos no excedan **USD \$50,000**.
- Una vez que se celebre un acuerdo con el IRS, la FFI tiene un año para determinar y reportar al IRS qué cuentas son “Cuentas de E.U.A.”.

Obligaciones de Reporte

- ❖ Una vez que se identifique a las “Cuentas de E.U.A.” la FFI deberá reportar al IRS anualmente la siguiente información:
 - nombre y número de la cuenta;
 - dirección y número de identificación fiscal de los cuentahabientes;
 - balance de la cuenta y valores; y
 - cargos y abonos de la cuenta.

- ❖ El reporte deberá presentarse electrónicamente.

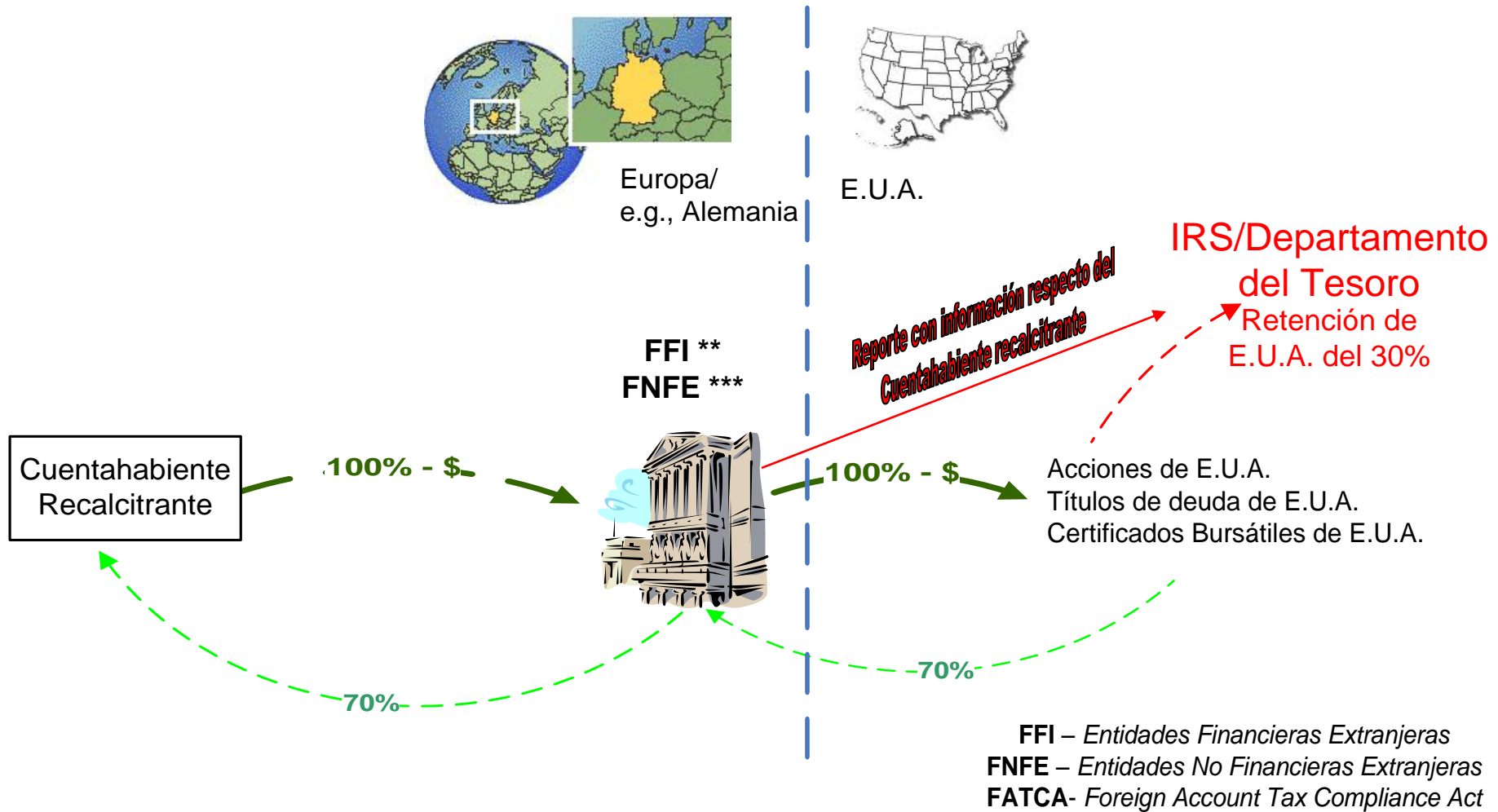
- ❖ Se espera que la FFI también reporte sobre los cuentahabientes recalcitrantes.

Obligaciones de Retención

- ❖ Si una FFI no celebra con el IRS, FATCA impone una retención del 30% sobre:
 1. la cantidad bruta de los pagos que se hagan de ingresos de fuentes de E.U.A. por parte de la FFI (incluyendo intereses, dividendos, rentas, salarios, pensiones, remuneraciones, otros ingresos FDAP); y
 2. ingresos brutos derivados de la venta de acciones y títulos valor emitidas por empresas residentes de los E.U.A., inclusive si en la venta de estas acciones o títulos valor hay pérdida.

Obligaciones de Retención

- ❖ Una FFI deberá retener el impuesto sobre "pagos transparentes" hechos a cuentahabientes recalitrantes



U.S. Persons

- Reglas de desempate (tie-breaker rules)?
- ¿Quién es una persona de los E.U.A.?
 - Ciudadanos de los E.U.A., inclusive si viven en el extranjero.
 - Residentes Permanentes (tenedores de ‘green card’).
 - Personas físicas que cumplen la prueba de presencia sustancial.
 - Personas físicas que tienen ‘indicia de los E.U.A.’ que podría indicar hacia una ciudadanía de los E.U.A.: Identification of any account holder as a U.S. resident or citizen;
 - Una dirección en los E.U.A. que se relacione con el cuentahabiente (ya sea una dirección residencial o exclusivamente de correspondencia)
 - Lugar de nacimiento en los E.U.A. para el cuentahabiente;
 - Una cuenta en donde la única dirección sea un apartado postal (*P.O. Box*) o apartado similar respecto al cuentahabiente;
 - Un poder otorgado a una persona con un domicilio en los E.U.A.; o
 - Instrucciones para transferir los fondos de la cuenta a una cuenta en los E.U.A., o instrucciones recibidas por parte de una dirección en los E.U.A.

Problemas de aplicación entre FATCA y las leyes locales extranjeras

Obligación de llevar a cabo la retención y cierre de las cuentas bancarias

- Acuerdos con los Cuentahabientes
- ¿Es legalmente válido que FATCA obligue a los bancos a cerrar una cuenta bancaria?
- ¿Secreto Bancario y la confidencialidad del cliente?
- Acreditamiento de la retención de FATCA.

Ventajas Competitivas para FFIs

- **Cumplir con FATCA podría representar una ventaja competitiva, ya que**
 1. Las FFIs que cumplan con FATCA podrán seguir teniendo inversiones en los E.U.A. sin sujetar a sus cuentahabientes a la retención del 30%, y sin requerirles que enteren una declaración fiscal en los E.U.A. para recuperarse de la retención y a tener acceso a los beneficios/tasa impositiva menor de un Tratado para evitar la Doble Tributación.
 2. Las FFIs que cumplan con FATCA pueden ofrecer sus servicios de inversión en los E.U.A. sin consecuencias fiscales negativas.
 3. Las FFIs que cumplan con FATCA pueden ofrecer sus servicios a cuentahabientes que sean ciudadanos o residentes fiscales de los E.U.A.
 4. Podrán crear una base de información respecto de sus clientes para proporcionar un mejor servicio bancario.

El 'otro' FATCA: Entidades Extranjeras No Financieras (NFFE)

- **Entidades que se consideran NFFEs:**
 - Entidades cuyos dueños sean residentes de los E.U.A.
 - Las reglas de FATCA disponen que hay un dueño de los E.U.A. cuando una persona de los E.U.A. sea dueño de: (i) 10% de las acciones con derecho a voto de una corporación, o (ii) mas del 10% de los ingresos o capital de una entidad extranjera gravable como una asociación (*partnership*).
 - Compañías que cotizan en la Bolsa de Valores, organizaciones internacionales, y el gobierno de los E.U.A. no se considera como un dueño de los E.U.A.



FFI – *Entidades Financieras Extranjeras*
FNFE – *Entidades No Financieras Extranjeras*
FATCA- *Foreign Account Tax Compliance Act*

Acciones de E.U.A.
Títulos de deuda de E.U.A.
Certificados
Bursátiles de E.U.A.

IRS/Departamento del Tesoro

Retención de E.U.A. del 30%

Responsable del Pago

(30%)

(¿Posible retención del 30%?)

Intermediario



E.U.A.

Europa/
e.g., Alemania

70% - \$

FFI **
FNFE ***

100% - \$



< 70% - \$

Inversionista Extranjero

Preguntas Frecuentes

- **¿Existen posibilidades de que FATCA no se implemente?**
 - El IRS ha detallado las fechas en que FATCA entrará en vigor; existen muy pocas posibilidades de que el Congreso repele FATCA.
- **¿Existen posibilidades de que FATCA se posponga nuevamente?**
 - Es altamente improbable que FATCA se posponga nuevamente. El IRS emitió el Avisto 2011-53 el 14 de julio de 2011, posponiendo la fecha límite de FATCA 12 meses.
- **¿Habrá algún tipo de excepciones a algunos países?**
 - El IRS ha solicitado retroalimentación de todos los países, y no ha publicado ninguna lista de excepciones (¡ni siquiera Canadienses!)



Preguntas Frecuentes

- **¿Existe alguna guía o reglas para el cumplimiento de FATCA?**
 - El IRS ha emitido tres avistos detallando la aplicación de FATCA; las reglas finales se esperan a mediados del 2012.
- **¿Cuál ha sido la reacción generalizada respecto a FATCA?**
 - Las instituciones financieras se han estado cuestionando los costos que implicará el cumplimiento con FATCA:
 - ¿Deberán los clientes de instituciones financieras cubrir los costos de FATCA?
 - ¿Estos costos aplicarían a *todos* los clientes de las instituciones financieras?
 - ¿O solamente aplicaría a clientes que tengan una cuenta vinculada con activos en los E.U.A.?
 - ¿O solamente aplicaría a clientes que sean ciudadanos/residentes de E.U.A.?
 - ¿Aplicarían un cargo adicional para sustentar el costo de FATCA?
 - La idea de que las instituciones financieras extranjeras deban otorgar información al IRS automáticamente como un “precio” por tener inversiones en los E.U.A. se ha considerado una imposición errónea y extraterritorial por muchos.
 - Los círculos financieros de Hong Kong han estipulado que el gobierno Chino emitirá una directiva instruyendo a los bancos Chinos a no cumplir con FATCA. ¿Aplicará los E.U.A. la retención del 30% al país que está financiando su déficit? ¿Será esto un mito? (Como país, China es el mayor acreedor de la deuda del gobierno de los E.U.A.)

Información de contacto

Patrick W. Martin

patrick.martin@procopio.com

Procopio, Cory, Hargreaves & Savitch, LLP
525 B Street, Suite 2200
San Diego, CA 92101
T. (619) 238-1900
www.procopio.com

Aviso de Circular 230 : De conformidad con la Regulaciones del Tesoro aplicables a todos los asesores fiscales a partir del 20 de junio de 2005, favor de tomar en cuenta que cualquier consejo fiscal que se haya proporcionado en términos de esta presentación no puede utilizarse con el propósito de: (i) evadir sanciones fiscales, o (ii) promover, promocionar o recomendar a cualquier persona cualquier transacción o operación que se mencione en la misma para este o cualquier otro efecto.