

INFORME ESPECIAL: ¿Es clara la regulación para prestadores de servicios personales?

Revista de Orientación Tributaria

Impuestos

TARIFA POSTAL REDUCIDA N° 2014-243 4-72

VENCE DIC. 31 / 2014

SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

LEGIS / ISSN 0120-5358 / BOGOTÁ / N° 182 / MARZO-ABRIL DE 2014

Fatca: implementación en tres pasos

**La propiedad horizontal frente
al impuesto sobre la renta y el IVA**

Reglas CFC en Perú

LEGIS

INFORMACION & SOLUCIONES

Fatca: implementación en tres pasos



Ilustración: Leonardo Peña Salamanca

Instituciones financieras latinoamericanas, incluyendo bancos, casas de bolsa, aseguradoras, entre otras, estarán afectadas negativamente por la nueva ley estadounidense *Foreign Account Tax Compliance Act of 2010 (Fatca)*⁽¹⁾.

TIMOTHY D. RICHARDS
Fundador de Richards & Associates P.A.

FERNÁN RODRÍGUEZ S.
Abogado, LLM en impuestos de Georgetown University,
asociado de Richards & Associates P.A.

E

Introducción

Este artículo está dirigido a los funcionarios de las instituciones financieras que necesitan adoptar un plan para evitar el impacto negativo de la Fatca sin la necesidad de incurrir en gastos excesivos. El texto que sigue resume la supuesta “complejidad” de la Fatca en tres pasos básicos que estas instituciones deben tomar para estar

alineados con sus reglas, con el fin de evitar una posible interrupción significativa en el flujo ordinario de fondos de fuentes estadounidenses que podría ocurrir después del 1° de julio del 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 (FFIs)*⁽²⁾. Bajo la Fatca, las FFIs estarán sujetas a retención en la fuente del 30% sobre transferencias de fondos de fuentes pasivas, incluyendo dividendos, intereses, regalías, ganancias ocasionales, salarios y otros pagos gravables bajo esta⁽³⁾, recibidos de instituciones financieras estadounidenses (pagos gravables)⁽⁴⁾. Algunas instituciones financieras quedarán exentas⁽⁵⁾, pero la gran mayoría tendrán que cumplir con los requerimientos de la Fatca o sufrir retención en la fuente del 30% sobre giros de pagos gravables. Además, las FFIs que violan las reglas de la Fatca estarán expuestas a multas y otras sanciones económicas del IRS⁽⁶⁾.

Debido a la escasez de información previa sobre la Fatca que ha circulado en los medios colombianos hasta el día, ha crecido la percepción entre funcionarios de las FFIs, que el cumplimiento de sus requisitos 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 las FFIs ha



Timothy D. Richards



Fernán Rodríguez S.

estado inmovilizada, perdiendo tiempo valioso, mientras trata de evaluar las varias ofertas de “soluciones” para el “rompecabezas” de la Fatca. Hasta el 25 de noviembre del 2013 solo 6.700 FFIs han comenzado su proceso de registro con el IRS, el proceso más básico para su cumplimiento con la Fatca⁽⁷⁾.

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

Propósito de la Fatca

Para poner la Fatca en mejor perspectiva, es importante establecer sus conceptos fundamentales:

1. Su objeto primordial es la identificación de cuentas financieras no declaradas pertenecientes a contribuyentes estadounidenses. No fue creada con la intención de cobrar impuestos a las FFIs del mundo para enriquecer sustancialmente la tesorería de los EE.UU. El “impuesto” Fatca del 30%, más bien, fue concebido como una sanción económica para las FFIs que eligen no participar en el régimen de reporte de la Fatca.

2. La retención en la fuente del 30% aplica únicamente a pagos gravables que están limitados a ingresos

pasivos relacionados con transacciones financieras⁽⁸⁾. Pagos recibidos de fuentes estadounidenses que son producto de transacciones en el curso normal de un negocio comercial no bancario están exentos de la Fatca⁽⁹⁾.

3. Si una FFI elige participar en el régimen de reporte de la Fatca, se convierte en un “*Participating FFI*” o “*PFFI*” y, como tal, estará exento del impuesto de la Fatca⁽¹⁰⁾.

4. La única información que será transmitida al IRS será acerca de cuentas en que un contribuyente estadounidense aparece como el dueño, directa o indirectamente, de más del 10% del valor de la cuenta⁽¹¹⁾. 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 las FFIs deben tomar para evitar problemas con la Fatca:

Paso uno: aplicar para un GIIN

Para evitar el 30% de retención en la fuente, una PFFI debe registrarse con el IRS y obtener un número de identificación conocido como el “*Global Intermediary Identification Number*” (GIIN). No importa si la FFI está ubicada en un país que ha firmado un “*Intergovernmental Agreement*” (IGA) con los EE.UU. La obtención de un GIIN es fundamental para una FFI ubicada en cualquier jurisdicción del mundo. La aplicación para obtener un GIIN deberá ser sometida antes del 25 de abril del 2014 para evitar la aplicación de las sanciones económicas de la Fatca que empezarán el 1° de julio del 2014⁽¹²⁾. El registro con el IRS se inicia con la presentación del Formulario IRS 8957. Una FFI puede diligenciar el formulario 8957 electrónicamente a través del portal del IRS, www.irs.

gov/FATCA (el "Portal"). A la entrada del portal la FFI recibirá un nombre de usuario y contraseña, con los cuales puede comenzar a completar la aplicación para su GIIN. En el caso de un grupo de entidades afiliadas, la FFI principal puede registrarse como un "Lead FFI"⁽¹³⁾ y obtener un nombre de usuario y contraseña para cada FFI afiliada, ya que todas las entidades que hacen parte de un grupo deben obtener su propio GIIN⁽¹⁴⁾. 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. Una FFI que pertenece a un grupo de entidades afiliadas no será designada como un PFFI hasta que todas las entidades que hacen parte del grupo hayan presentado sus respectivas aplicaciones (hay una exención a este requerimiento y una regla de transición en casos donde una FFI que hace parte del grupo no podrá participar en el régimen de la Fatca por conflictos legales locales)⁽¹⁵⁾. El Lead FFI podrá monitorear el proceso de aplicación de cada FFI que hace parte de su grupo. El 2 de junio del 2014 el IRS publicará en el portal una lista de PFFIs y sus GIINs correspondientes (lista Fatca) para que las entidades estadounidenses que envíen fondos al extranjero puedan confirmar si una FFI está exenta de la retención en la fuente del 30%. La lista Fatca será actualizada mensualmente. Vale reiterar que para aparecer en la lista Fatca inicial, una FFI tendrá que hacer su aplicación a más tardar el 25 de abril del 2014.

En el proceso de aplicación para su GIIN, una FFI tendrá que firmar un acuerdo con el IRS (el "FFI Agreement") con el apoyo de un abogado impositivo estadounidense para interpretar este documento por la gran cantidad de referencias al *Internal Revenue Code* y las reglamentaciones voluminosas (más de 500 páginas) de la Fatca. El FFI Agreement definitivo es accesible a través del portal⁽¹⁶⁾. Aunque este documento parece complejo a primera vista, en esencia el FFI Agreement contiene dos condiciones principales:

Condición 1

A un PFFI le conviene ampliar y actualizar anualmente su sistema de documentación de cuentas para incluir la información requerida por la Fatca, empezando con cuentas existentes desde el 1º de enero del 2014. Luego, en caso de que cualquier cuenta exceda el valor de US\$ 50.000⁽¹⁷⁾, 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 una FFI no participante en el régimen de la Fatca (NFFI) es dueño de la cuenta. Cada cuenta de la 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 anterior⁽¹⁸⁾. Hay reglas de transición para los años 2015 y 2016 que contienen extensiones de fechas y menores requerimientos de información⁽¹⁹⁾. 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 este rehúsa proveer los datos necesarios, al PFFI le conviene cerrar dicha cuenta y reportar el monto total de dichas cuentas sin identificar a los dueños⁽²⁰⁾.

*A un PFFI
le conviene ampliar
y actualizar
anualmente
su sistema de
documentación de
cuentas ... empezando
con cuentas existentes
desde el 1º de enero
del 2014*

Si la FFI descubre que tiene una cuenta que pertenece a un NFFE, entonces esta 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 el 30% de los pagos gravables destinados a dicha cuenta y remitir el 30% al IRS⁽²¹⁾.

Condición 2

Al PFFI le conviene adoptar un plan de mantenimiento de datos suficiente para poder preparar el formulario IRS 8966 anualmente⁽²²⁾. Esta declaración deberá ser preparada y firmada por el contador estadounidense.

Paso dos

Un PFFI debe preparar un manual de la Fatca documentando los procesos internos que el PFFI seguirá para cumplir con sus obligaciones de reporte. El manual debe designar un funcionario del PFFI (un Responsible Officer o R.O.) quien: (i) será responsable del programa de recolección y mantenimiento de una base de datos suficiente para preparar la declaración anual que debe presentarse al IRS (formulario 8966); y (ii) cada 3 años certificará al IRS que el sistema de recolección y mantenimiento de datos es adecuado para efectos de la Fatca⁽²³⁾. 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 R.O. basará la certificación mencionada en el punto (ii) anterior.

Paso tres

Empezar a notificar sus clientes de los requerimientos de la 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 la Fatca será aplicable a todas las FFIs del respectivo país y del resto del mundo en 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 1º de julio del 2014 para poder 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 hay constancia de que el PFFI ha hecho un esfuerzo razonable para cumplir con sus deberes, hay poco riesgo para este ante el IRS, el cual está consciente de 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 recalitrantes"⁽²⁴⁾.

Conflictos legales entre la Fatca y la 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 a la FFI para el cumplimiento de sus obligaciones⁽²⁵⁾. 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 recalitrantes

sin desglosar más detalle al IRS. En caso de que la ley doméstica del PFFI no permita a este 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⁽²⁶⁾ 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, Cayman, Bermuda, BVI, España y varios otros países europeos el 28 de noviembre del 2013⁽²⁷⁾.

Existe entre las FFIs la falsa percepción de que si su gobierno logra firmar un IGA todas las FFIs de esa jurisdicción se convertirán automáticamente en PFFIs

IGA: ¿solución o traición?

Aunque la ley de Fatca fue adoptada en el 2010, recibió poca atención en Latinoamérica hasta que el primer proyecto de 500 páginas de reglamentaciones fue publicado en el 2011. El autor de este artículo desde el 2011 empezó a dar seminarios y cursos sobre la Fatca en varios países latinoamericanos. La reacción típica de una 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 las FFIs con sus propios gobiernos

con el propósito de obtener aclaraciones y soluciones para reducir los riesgos presentados por la Fatca.

La Fatca contempla que conflictos legales locales se podrán resolver por medio de acuerdos intergubernamentales (*Inter Governmental Agreements o IGAs*). El IRS mantiene una lista actualizada de los IGAs vigentes accesible a través del internet.

Los IGAs ayudarán en la resolución de conflictos legales entre la 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 EE.UU. perteneciente 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 los 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 las FFIs del país respectivo que su gobierno ha defendido su soberanía y las protegerá 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 EE.UU.

En la opinión del autor, existe entre las FFIs la falsa percepción de que si su gobierno logra firmar un IGA todas las FFIs de esa jurisdicción se convertirán automáticamente en PFFIs,

exentos del impuesto Fatca. La realidad es que la mayoría de las FFI 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 la 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 PFFIs 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 todas las FFI.

Otra consideración importante es que el programa de los IGAs 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 del 2013 que esperaba tener 50 IGAs firmados para el fin del año. Hasta el 25 de noviembre del 2013, se han firmado 10 IGAs y solamente el del UK 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 del 2014 alcanzarán esta meta. Por lo tanto, las FFI 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 del 2014 como un PFFI por su propia cuenta.

Como se ha mencionado anteriormente, los IGAs 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 adopte 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 propias 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 estarán expresamente incorporados en el IGA modelo 2.

Una FFI no necesita sentirse intimidada por Fatca. Con el consejo de un abogado de impuestos estadounidense ... es muy factible para una FFI llegar a la meta de cumplimiento para el 1° de julio del 2014

En la práctica, no importará mucho si el gobierno de una FFI ha firmado un IGA, ya que en todo caso la 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 estatus de PFFI de cualquier institución financiera si determina que este no está cumpliendo con las reglas de la Fatca. Los resultados: (i) el PFFI, domiciliado en jurisdicción con IGA podría ser convertido unilateralmente por el IRS como un NFFI sujeto al impuesto de la Fatca; (ii) el NFFI tendría que seguir reportando la información requerida por la Fatca a su fisco doméstico; y (iii) y el IRS seguiría recibiendo la información.

Conclusión

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

1. Internal Revenue Code Sections (IRC Secs.), 1471-1474.
2. Treasury Regulations Section (Reg. Sec.), 1.1471-5(d).
3. Reg. Sec. 1.1473-1(a).
4. IRC Sec. 1471(a).
5. Reg. Secs. 1.6049-5(c)(1)(ii), 1.6045-2(b)(2)(i), 1.6041-3(p).
6. Reg. Sec. 1.1471-3 y IRC Sec. 1474(a).
7. Michael Danilak, IRS Deputy Commissioner (International) reportado por BNA Bloomberg, November 25, 2013.
8. Reg. Sec. 1.1473-1(a).
9. Reg. Sec. 1.1473-1(a)(4).
10. IRC Sec. 1471(b).
11. Reg. Sec. 1.1471-5(a).
12. IRS Notice 2013-43.
13. IRS Notice 2013-69, Section V, Draft FFI Agreement Sec. 2.34.
14. IRS Notice 2013-69, Section IV.01.
15. Reg. Sec. 1.1471-4(f).
16. IRS Rev Prog. 2014-13.
17. IRC Sec. 1471(d)(2).
18. IRC Sec. 1471(c) y Reg. Sec. 1.1471-4(d)(3).
19. IRS Notice 2013-69, Section V, Draft FFI Agreement Secs. 6.02(B)(3) y 6.04.
20. Reg. Sec. 1.1471-4(d)(6).
21. IRS Notice 2013-69, Section V, Draft FFI Agreement Sec. 4.01(A).
22. Reg. Sec. 1.1471-4(f).
23. Reg. Sec. 1.1471-4(c)(7).
24. Reg. Sec. 1.1471-5(g).
25. IRS Notice 2013-69, Section V, Draft FFI Agreement Sec. 7.
26. Reg. Sec. 1.1471-4(i)(3).
27. Comunicado de prensa DIAN 234, noviembre 28, 2013.