

te incurridos por el EP pero asociados a rentas de fuente extranjera, considerando que el EP situado en Chile solamente tributa sobre sus rentas de fuente chilena. El mismo razonamiento se aplica al caso de servicios prestados por un EP situado en Chile a su matriz en el exterior, ya que solamente serán atribuibles al EP aquellas rentas derivadas de servicios prestados en Chile, es decir, de fuente chilena.

Por otra parte, sí es posible afirmar que el principio de “empresa separada” ha sido efectivamente incorporada en aquellas situaciones donde es una empresa chilena la que desarrolla actividades de su giro a través de un EP en el exterior. En este ámbito, el SII ha sostenido expresamente, mediante los Oficios Nº 2.997/07 y Nº 800/08, que las utilidades son atribuibles a un EP como si fuese una entidad distinta y separada de la casa matriz, sin importar que los resultados obtenidos por la empresa chilena y su EP extranjero deben consolidarse al término del ejercicio tributario.

FATCA: NUEVO RÉGIMEN DE RETENCIÓN E INFORMACIÓN APROBADO EN LOS ESTADOS UNIDOS AFECTA INSTITUCIONES EXTRANJERAS FINANCIERAS Y NO FINANCIERAS DE MANERA DIRECTA

ERIKA G. LITVAK* **

RESUMEN

El presente trabajo analiza la “Foreign Account Tax Compliance Act” (FATCA), y la forma en que esta tendrá su alcance en instituciones financieras y no financieras extranjeras a los Estados Unidos. Da cuenta de las consecuencias que este nuevo modo de fiscalización acarreará para las “FFI”, obligándolas a implementar nuevos mecanismo que logren dar cumplimiento a las disposiciones que establecen obligaciones extensivas de información, debiendo invertir y prepararse, para no quedar gravadas con el 30 por ciento de retención que impone la ley norteamericana

I INTRODUCCIÓN

El día 18 de Marzo de 2010 se aprobó en Estados Unidos, la ley denominada “Ley de Incentivos para la Contratación con el Fin de Restaurar

* Abogada, Universidad de Miami (Florida, Estados Unidos) y Universidad de Buenos Aires (Argentina. Socia de la firma Greenberg Traurig, P.A. en Miami, Estados Unidos.

** El contenido de este artículo y la visión expresada son de la autoría señalada y no deben atribuirse a la firma de abogados a la que la autora pertenece o a sus clientes.

el Empleo” o más comúnmente conocida como “HIRE Act”¹. El HIRE Act contiene, entre otros, la sección denominada “Foreign Account Tax Compliance” o también conocida por sus siglas como “FATCA”². FATCA agregó un nuevo capítulo al Código Federal de Impuestos Internos de los Estados Unidos (el “Código”)³. Este nuevo capítulo introduce un nuevo sistema de retención del Impuesto a la Renta de Estados Unidos sobre ciertos pagos de fuente norteamericana realizados a ciertas instituciones financieras extranjeras y otras entidades extranjeras consideradas no financieras, si ciertas obligaciones de información dispuestas en FATCA no se cumplen de acuerdo a lo allí requerido.

El alcance de FATCA es sumamente amplio. Prácticamente todas las instituciones financieras extranjeras se encuentran afectadas por estas nuevas reglas. Sumado a ello, entidades extranjeras consideradas no financieras que posean inversiones directas o indirectas en los Estados Unidos o que tengan accionistas o socios que sean considerados contribuyentes fiscales en los Estados Unidos también se verán afectadas. A modo de ejemplo, FATCA afecta en forma directa, sujeto a limitadas excepciones, no solamente a bancos, sino que también a asesores financieros, compañías fiduciarias, fideicomisos, planes de pensión, compañías de seguro, fondos de inversiones, custodios, entre otros, sin perjuicio de que dichas entidades no tengan oficinas en los Estados Unidos ni que activamente comercialicen con clientes norteamericanos.

II NUEVO MECANISMO DE RETENCIÓN

FATCA introduce un nuevo mecanismo de retención de Impuesto a la Renta sobre determinados pagos de fuente de Estados Unidos, en la medida que determinadas obligaciones informativas estipuladas en FATCA no se encuentren satisfechas. El objeto de FATCA no es recaudar más impuestos a través de este mecanismo de retención, sino que es obtener

¹ H.R. 2847, Estados Unidos, “*Hiring Incentives to Restore Employment Act of 2010*”, Pub. L. 111-147, Estados Unidos, 18 de Marzo de 2010.

² HIRE Act, §501.

³ A lo largo de este artículo, las referencias al “Código” se refieren al Código Federal de Impuestos Internos de los Estados Unidos de 1986, con sus enmiendas.

información sobre contribuyentes norteamericanos que invierten a través de instituciones extranjeras.

Las obligaciones informativas impuestas por FATCA que, de cumplirse, evitarían la retención, difieren en caso de tratarse de pagos realizados a instituciones extranjeras consideradas “financieras” para propósitos de FATCA y pagos a entidades extranjeras consideradas “no financieras”. Por ello, es fundamental comprender cuales son las instituciones consideradas “financieras” para FATCA y cuales son las entidades consideradas “no financieras”, pues de ello depende el régimen de información aplicable. Es importante prestar atención a todas las definiciones que se desarrollará a continuación pues, en muchos casos, FATCA utiliza términos que coloquialmente pueden tener un significado, pero bajo FATCA su significado es bastante más amplio (como ser la definición de “institución financiera extranjera” la que incluye algunas actividades o entidades que, fuera del contexto de FATCA, no se considerarían “financieras”). Si las obligaciones de información impuestas por FATCA no se cumplen, el porcentaje a retener en ambos casos (pagos a una institución considerada financiera o a una entidad considerada no financiera) es el mismo: treinta por ciento (30%) en bruto sobre cualquier “pago sujeto a retención”⁴.

⁴ Un “pago sujeto a retención” es cualquier pago de fuente de los Estados Unidos de: (i) intereses (incluso intereses derivados de depósitos mantenidos en sucursales extranjeras de bancos norteamericanos que bajo otras secciones del Código se considerarían de fuente extranjera); (ii) dividendos; (iii) rentas; (iv) regalías; (v) salarios; (vi) primas; (vii) compensaciones; (viii) remuneraciones; (ix) cualquier otro tipo de ingreso que sea fijo o determinable, anual o periódico (de acuerdo a lo que eso significa bajo el Código); o (x) ganancias derivadas de la venta o disposición de cualquier propiedad que produce intereses o dividendos de fuente de los Estados Unidos (que bajo otras secciones del Código se encuentran generalmente exentas de retención cuando se pagan a no residentes fiscales de los Estados Unidos). Ver Código, §1473(1)(A). Los pagos derivados de la conducción de un negocio o actividad en los Estados Unidos (p. ej., los derivados de la operación de un negocio activo) no se consideran incluidos en la definición de “pago sujeto a retención” y por ello no son sujetos a retención bajo FATCA. Código, §1473(1)(B).

III PAGOS A INSTITUCIONES FINANCIERAS EXTRANJERAS

3.1 Principio General

Cualquier *pago sujeto a retención* que se realice a una “institución financiera extranjera” que no haya firmado un acuerdo con el Servicio de Impuestos Internos de Estados Unidos (“IRS”) en cumplimiento de los requisitos dispuestos por FATCA estará sujeto a retención del treinta por ciento (30%) del monto de dicho pago⁵. Para propósitos de FATCA, agente de retención es cualquier persona, sin perjuicio de la capacidad en que actúe y sin perjuicio de su nacionalidad o residencia fiscal, que tenga control, reciba, custodie, disponga o realice un *pago sujeto a retención*⁶.

Este nuevo mecanismo de retención se suma a los mecanismos ya existentes en el Código (como ser la retención bajo la Sección 1441), no los suplanta y las entidades afectadas deberán cumplir todos en forma simultánea. Aquellas entidades que actualmente sean intermediarios calificados (*Qualified Intermediaries*) deberán seguir cumpliendo con sus obligaciones bajo el acuerdo de intermediación calificada y deberán también cumplir con los requisitos impuestos por FATCA⁷. De hecho, de acuerdo a la notificación Nro. 2011-34⁸ (de ahora en adelante “Notificación 2011-34”), el Tesoro y el IRS planean emitir directivas que requerirán a todas las instituciones financieras extranjeras que actualmente actúan como intermediarios calificados a consentir que se incluya dentro de sus acuerdos de intermediación calificada el requerimiento de que cumplirán con FATCA y todas aquellas entidades que quieran solicitar al IRS ser intermediarios calificados a partir de la fecha de entrada en vigor del nuevo capítulo 4 del Código, se verán obligadas a satisfacer los requisitos de FATCA⁹.

⁵ Código, §1471(a).

⁶ Código, §1473(4).

⁷ Código, §1471(c)(3).

⁸ Notificación 2011-34 (*Notice 2011-34*), Estados Unidos, *Supplemental Notice to Notice 2010-60 Providing Further Guidance and Requesting Comments on Certain Priority Issues Under Chapter 4 of Subtitle A of the Code*, 2011-19 I.R.B., publicado por el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos (el “Tesoro”) y el IRS el día 8 de Abril de 2011.

⁹ Notificación 2011-34, §V.

3.2 Alcance de la Definición de “Institución Financiera Extranjera”

De acuerdo a lo expuesto precedentemente, es fundamental entender entonces a qué entidades se les considerará institución financiera para propósitos de FATCA. “Institución financiera extranjera” (en adelante, “FFI”) se considerará a cualquier entidad que se encuentre formada, incorporada u organizada fuera de los Estados Unidos o de un territorio de los Estados Unidos¹⁰ y que cumpla con una de las siguientes características:

- a) Acepte depósitos como parte habitual de su actividad bancaria o actividad similar;
- b) Mantenga activos financieros por cuenta de terceros como parte sustancial de su negocio; o
- c) Tenga como negocio principal (o represente al público que su negocio) es el de invertir, reinvertir o comercializar títulos valores (*securities*), intereses en sociedades (*partnership interest*), commodities, o cualquier tipo de interés (incluido futuros, opciones, etc.) en dichos títulos valores, intereses o commodities. Se encuentran incluidos en esta categoría los fondos mutuos, fondos comunes de inversión, *hedge funds*, *private equity funds*, *venture capital funds*, etc.¹¹.

De todas formas, de acuerdo a la Notificación 2010-60¹² (en adelante “Notificación 2010-60”), el Tesoro y el IRS tienen intenciones de emitir regulaciones que excluirán ciertas compañías que califiquen bajo el punto (c) discutido anteriormente, si se encontrasen en alguna de las siguientes categorías:

- i) **Ciertas Compañías Holding.** Entidades extranjeras que actúan como holding de un grupo de subsidiarias dedicadas a un negocio no financiero (no incluye entidades holding que actúen como fondos de inversiones o similar).

¹⁰ Código, §§ 1471(d)(4) y 1473(5).

¹¹ Código, §1471(d)(5). Ver también Notificación 2010-60, §II.A.

¹² Notificación 2010-60 (*Notice 2010-60*), Estados Unidos, *Withholdable Payments to Financial Institutions, Preliminary Guidance for Public Comment*, 2010-37 I.R.B. 329, publicado por el Tesoro y el IRS el día 27 de Agosto de 2010.

- ii) **Entidades “Start Up”.** Entidades extranjeras que recién comienzan operaciones e invierten capital con el objeto de operar un negocio que no sea financiero (pero la exención es sólo durante los primeros 24 meses desde su constitución).
- iii) **Empresas en Liquidación o Reorganización.** En la medida que su objeto social no sea (o haya sido) financiero.
- iv) **Centro Financieros.** Compañías que actúan como centro financiero de su grupo societario, en la medida que el grupo societario no este dedicado primordialmente a la actividad financiera¹³.

Si una entidad extranjera no califica bajo las definiciones incluidas en los puntos (a), (b) o (c) arriba, se considerará “no financiera” y seguirá sujeta a FATCA, pero bajo los requisitos aplicables a entidades extranjeras no financieras, que analizaremos más abajo.

3.3 Acuerdo con el IRS Para Evitar la Retención

Para evitar la retención sobre cualquier pago sujeto a retención pagadero a una FFI, dicha FFI deberá entrar en un acuerdo con el IRS en el que la FFI se comprometa a cumplir con las siguientes obligaciones¹⁴:

- a) Obtener aquella información de los titulares de cada cuenta mantenida por dicha FFI que sea necesaria para determinar cual de dichas cuentas es una *cuenta de los Estados Unidos*¹⁵;
- b) Cumplir con los procedimientos de verificación y debida diligencia que el Secretario del Tesoro requiera con respecto a la identificación de *cuentas de los Estados Unidos*;
- c) Reportar al IRS anualmente la siguiente información de cada *cuenta de los Estados Unidos* mantenida por dicha FFI:

¹³ Notificación 2010-60, §II.B.1

¹⁴ Código, §1471(b)(1).

¹⁵ “Cuenta de los Estados Unidos” se considera a cualquier *cuenta financiera* mantenida por una o más *personas específicas de los Estados Unidos* o por entidades extranjeras cuyos *dueños sustanciales sean personas de los Estados Unidos* (excepto ciertas cuentas con valor menor a \$50,000). Código, §1471(d)(1). Por su parte, “Cuenta financiera” es cualquier cuenta de depósito o custodia mantenida por una institución y cualquier instrumento de deuda o capital en dicha institución. Código, §1471(d)(2). Las definiciones de “personas específicas de los Estados Unidos” y de “dueños sustanciales” se encuentra en las notas al pie números 17 y 18.

- i) Nombre completo, domicilio y número de identificación fiscal (TIN) de cada titular de la cuenta que sea una *persona de los Estados Unidos “específica”*¹⁶;
- ii) En el caso de cuentas a nombre de entidades extranjeras cuyos dueños sean de los Estados Unidos, el nombre completo, domicilio y TIN de cada uno de sus dueños norteamericanos cuyo interés sea “*sustancial*”¹⁷;
- iii) el número de la cuenta;
- iv) el balance de la cuenta;
- v) los depósitos, retiros y pagos brutos de la cuenta, salvo que el Tesoro determine lo contrario¹⁸.

El IRS tiene intenciones de crear un nuevo formulario para poder presentar toda esta información en forma electrónica¹⁹. El Tesoro y el IRS anticipan emitir versiones en borrador seguidas por versiones finales de estos formularios de reporte que deberán utilizar tanto los

¹⁶ Una *persona de Estados Unidos específica* es cualquier residente fiscal de los Estados Unidos (de acuerdo a las reglas del Código), excepto: (i) sociedades que cotizan en bolsa o cualquier compañía miembro de un grupo de compañías del cual es parte una sociedad que cotiza en bolsa; (ii) cualquier organización exenta de impuestos o planes de retiro; (iii) los Estados Unidos o cualquiera de sus agencias u organismos; (iv) cualquier estado, el Distrito de Columbia, cualquier territorio de los Estados Unidos, cualquier división política o cualquier agencia u organismo dependiente de ellos; (v) cualquier banco; (vi) cualquier fondo de inversión en bienes raíces (REIT); (vii) cualquier compañía de inversión regulada (RIC); (viii) entre otros. Ver Código, § 1473(3).

¹⁷ Una *persona de Estados Unidos específica* (de acuerdo a la definición que aparece en la nota al pie número 17) es considerada un “*dueño sustancial*” si posee, en forma directa o indirecta, mas del diez por ciento (10%) de las acciones (voto o valor) de una corporación; mas del diez por ciento (10%) de interés en el capital o las ganancias de una sociedad de personas y en el caso de fideicomisos, es considerada la dueña para propósitos fiscales o posee mas del diez por ciento (10%) de interés como beneficiaria de dicho fideicomiso. Código, § 1473(2)(A). Es importante tener en cuenta que, en el caso de compañías de inversión, el porcentaje descrito anteriormente se reduce a cero (0%). Es decir, dicha entidad se considerará que posee *dueños norteamericanos sustanciales* si cualquiera de sus dueños es una *persona norteamericana específica*, sin importar cuan chico sea su porcentaje accionario. Código, § 1473(2)(B).

¹⁸ Código, § 1471(c)(1).

¹⁹ Notificación 2010-60, § IV.A.

agentes de retención como las FFI que firmen el acuerdo con el IRS en el verano del 2012²⁰.

- d) Retener un impuesto equivalente al treinta por ciento (30%) sobre cualquier pago sujeto a retención (o atribuible a un pago sujeto a retención²¹) realizado por dicha FFI a: (a) un titular de cuenta "recalcitrante"²²; (b) otra FFI que no haya entrado en un acuerdo con el IRS para evitar la retención; o (c) una FFI que haya elegido ser sujeta a retención en vez de ser responsable de retener²³.
- e) Cumplir con cualquier requerimiento adicional por parte del Tesoro de presentación de información con respecto a cualquier cuenta de los Estados Unidos mantenida por dicha FFI; y
- f) En el supuesto de que la aplicación de una ley extranjera impida el reporte de la información requerida, la FFI deberá intentar obtener una renuncia válida y efectiva a la aplicación de dicha ley extranjera por parte de cada uno de los titulares de la cuenta respectiva y si dicha renuncia no puede obtenerse dentro de un período razonable, la FFI deberá cerrar la cuenta.

El IRS tiene intenciones de emitir un contrato modelo para este fin²⁴ en el verano del 2012 (el borrador será publicado para fin de 2011, sujeto a comentarios que se tendrán en cuenta para la emisión de la versión final en el verano del 2012)²⁵.

3.4 FFI Consideradas en Cumplimiento de FATCA

Sin perjuicio del acuerdo mencionado, FATCA contempla que una FFI podrá ser considerada en cumplimiento de las disposiciones de FATCA (y por lo tanto no tendrá la necesidad de entrar en el acuerdo discutido en el punto anterior) si:

²⁰ Notificación 2011-53 (Notice 2011-53), Estados Unidos, *Withholdable payments to foreign financial institutions—implementation timeline*, 2011-32 I.R.B., publicado por el Tesoro y el IRS el día 14 de Julio de 2011 (en adelante "Notificación 2011-53"), § III.

²¹ Ver Código, § 1471(d)(7).

²² "Titular Recalcitrante" es aquel que no cumple con requerimientos de información realizados por la institución o no firma la renuncia a la aplicación de la ley extranjera. Código, § 1471(d)(6).

²³ Ver Código, § 1471(b)(3).

²⁴ Notificación 2010-60, Preámbulo.

²⁵ Notificación 2011-53, §III.

- a) Cumple con los procedimientos que disponga el Tesoro para asegurar que dicha FFI no mantiene cuentas de Estados Unidos y cumple con cualquier otro requerimiento que el Tesoro disponga con respecto a cuentas de otras FFI mantenidas por la FFI en cuestión; o
- b) Es miembro de un grupo de instituciones con respecto a las cuales el Tesoro determinó que la aplicación de FATCA no es necesaria²⁶.

Tanto la Notificación 2010-60 como la Notificación 2011-34 poseen varios ejemplos de entidades que el Tesoro y el IRS intentan considerar bajo esta categoría²⁷.

3.5 Elección Alternativa

Una FFI podrá, en forma alternativa, elegir estar sujeta a las obligaciones de reporte a las que están sujetas instituciones financieras de Estados Unidos (por ej., emisión de Formularios 1099) para evitar reportar cierta información requerida por el acuerdo con el IRS. De todas formas, esta opción no las eximirá de firmar el acuerdo con el IRS. Esta opción solo les permitirá reportar información diferente a la requerida por dicho acuerdo²⁸.

3.6 Pagos No Sujetos a Retención

No obstante lo expuesto anteriormente, existen determinados pagos que se encuentran exentos de la retención dispuesta por FATCA. Pagos a los siguientes beneficiarios finales no están sujetos a retención, sin perjuicio que la entidad hubiese calificado como una FFI bajo la definición contenida en FATCA:

- a) un gobierno extranjero, una subdivisión política de un gobierno extranjero o cualquier agencia u organismo de los mismos;
- b) una organización internacional o una agencia u organismo de una organización internacional;

²⁶ Código, § 1471(b)(2).

²⁷ Ver, por ejemplo, Notificación 2010-60, § II.B.3 y Notificación 2011-34, § III.

²⁸ Código, § 1471(c)(2).

- c) un banco central extranjero; o
- d) cualquier otra clase de personas que, de acuerdo al Tesoro, representen un riesgo bajo de evasión fiscal²⁹.

IV PAGOS REALIZADOS A ENTIDAD EXTRANJERAS NO FINANCIERAS

4.1 Principio General

En el caso de *pagos sujetos a retención* realizados a entidades extranjeras que no califiquen como FFIs de acuerdo a la definición descripta más arriba (sin perjuicio de que el beneficiario del pago sea dicha entidad extranjera no financiera o cualquier otra entidad extranjera no financiera), el agente de retención³⁰ deberá retener un impuesto equivalente al treinta por ciento (30%) del monto de dicho pago³¹, salvo que:

- a) el beneficiario final o la entidad receptora del pago le otorgue al agente de retención una certificación de que el beneficiario final no tiene *dueños sustanciales de Estados Unidos*³², o en caso de tenerlos, provea el nombre completo, domicilio y TIN de cada *dueño sustancial de Estados Unidos*;
- b) el agente de retención no tenga conocimiento o razón de conocer que dicha información es incorrecta y
- c) el agente de retención reporte dicha información al Tesoro de acuerdo a lo estipulado por el Tesoro³³.

4.2 Pagos No Sujetos a Retención o Reporte

Sin perjuicio de la retención aplicable a entidades extranjeras no financieras si no otorgan la certificación descripta en el punto (A), las obli-

²⁹ Código, §1471(f).

³⁰ Código, §1473(4).

³¹ Código, §1472(a).

³² Ver definición en nota al pie número 18.

³³ Código, §1472(b).

gaciones de retención e/o información no se aplican en el supuesto de pagos cuyos beneficiarios finales sean:

- a) sociedades que cotizan en bolsa o que sean miembros de un grupo de sociedades al cual pertenezca una sociedad que cotiza en bolsa;
- b) cualquier entidad organizada en un territorio o posesión de los Estados Unidos y cuyos dueños sean residentes de buena fe de dichos territorios;
- c) cualquier gobierno extranjero, división política o agencia u organismo que le pertenezcan a dicho gobierno;
- d) cualquier organización internacional o agencia u organismo que le pertenezca;
- e) cualquier banco central extranjero; o
- f) cualquier otra clase de personas identificadas por el Tesoro para estos propósitos o cualquier clase de pago que, para el Tesoro, representen bajo riesgo de evasión fiscal³⁴.

V RESPONSABILIDADES DEL AGENTE DE RETENCIÓN

Cualquier persona que deba retener impuestos bajo las disposiciones de FATCA es responsable por dicho impuesto. Las disposiciones de FATCA expresamente indemnizan a dicho agente de retención respecto de cualquier reclamo y demandas de cualquier persona por el monto retenido en virtud de lo dispuesto en este nuevo régimen³⁵.

VI INTERACCIÓN DE FATCA Y TRATADOS INTERNACIONALES DE PREVENCIÓN DE DOBLE TRIBUTACIÓN Y DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

FATCA permite a beneficiarios finales que han sido sujetos a retención bajo este régimen solicitar reembolso de los montos retenidos en exceso

³⁴ Código, §1472(c).

³⁵ Código, §1474(a).

si, por ejemplo, existiría en vigor un tratado de prevención de doble tributación que permitiese a dicho beneficiario final tributar bajo alícuotas reducidas. Para lograr este objetivo, el beneficiario final deberá hacer un reclamo de reembolso al IRS y proveer al IRS con cierta información requerida en FATCA para que el reembolso sea posible³⁶. Esto implica que, para obtener el beneficio del tratado, el beneficiario final va a tener que realizar una acción afirmativa (*i.e.*, presentar un reclamo), lo que conlleva que dicho beneficiario tenga que primero estar sujeto a la retención y luego presentar un reclamo al IRS. Sumado a ello, existen limitaciones al pago de interés por parte del IRS durante ese período.

A diferencia de otras secciones del Código que contemplan mecanismos por medio de los cuales un beneficiario final puede certificar al agente de retención la procedencia de la aplicación una alícuota reducida bajo un tratado existente previo a realizarse la retención, lo cual simplifica enormemente el proceso en cuanto a que el agente de retención en esos casos directamente retiene el impuesto bajo la alícuota preferencial del tratado, permitiendo al beneficiario final el beneficio del tratado en forma automática, bajo FATCA el beneficiario final debe primero padecer la retención y luego reclamar su reembolso. Esto no sólo implica un esfuerzo por parte del beneficiario final en preparar dicho reclamo, y el costo relacionado con el mismo (sumado a que existen limitaciones en el pago de intereses compensatorios por el tiempo transcurrido), sino que requiere a beneficiarios extranjeros sin contacto alguno con el fisco norteamericano, a verse obligados a hacer una presentación de reembolso, que requiere, entre otros, obtener un número de identificación fiscal con el IRS, que muchos beneficiarios finales no estarán dispuestos a hacer.

Sumado a ello, existen reglas específicas respecto a la permisibilidad de dicho reclamo cuando se trata de FFIs³⁷. En el caso de reclamos por parte de FFIs, el reembolso sólo puede proceder en la medida que dicha FFI provea al IRS cierta información de sus dueños para determinar si los mismos son dueños sustanciales de Estados Unidos o entidad con dueños sustanciales de Estados Unidos³⁸ y en ningún caso el IRS abonará interés a la FFI por dicho reembolso³⁹. Existen aún temas sin

³⁶ Código, §1474(b)(1).

³⁷ Código, §1474(b)(2).

³⁸ Código, §1474(b)(3).

³⁹ Código, §1474(b)(2)(A)(i)(II).

resolver, como ser, la aplicación del tratado en caso de entidades transparentes, que son FFIs para propósitos de FATCA.

En cuanto a la interacción de FATCA con tratados de intercambio de información, muchos comentarios han sido enviados al Tesoro sugiriendo la utilización de los tratados de intercambio de información existentes para obtener la información que FATCA intenta recabar por medios distintos a dichos tratados. La Notificación 2010-60 reconoce que en algunos casos la información que las FFIs están obligadas a recolectar e informar al IRS bajo FATCA puede ya ser reportada al IRS por otro medios. En virtud de ello, el IRS se encuentra considerando la posibilidad de eximir a FFIs de retener con respecto a pagos atribuibles a pagos sujetos a retención realizados a titulares recalitrantes si la información que la FFI le provea al IRS fuera suficiente para permitirle al IRS obtener información sobre la identidad de dichos titulares recalitrantes a través de requerimientos de intercambios de información a una jurisdicción extranjera bajo un tratado existente. El IRS se encuentra considerando opciones para evitar la duplicación de información en aquellos casos en los que el IRS tiene la posibilidad de obtener dicha información por otros medios. De todas formas, este punto está siendo analizado y aún no existe un mecanismo definido de sustitución de las obligaciones impuestas por FATCA si existiese un tratado de intercambio de información vigente. Hasta el momento FATCA opera sin perjuicio de la existencia de ellos.

VII FECHA DE ENTRADA EN VIGOR

De acuerdo al texto legislativo, las obligaciones impuestas por FATCA entran en vigor con respecto a pagos realizados luego del 31 de Diciembre de 2012⁴⁰ (es decir, la entrada en vigencia es a partir del 1 de Enero de 2013). De todas formas, pagos realizados en virtud de obligaciones que se encontraban en existencia y no vencidas al 18 de Marzo de 2012 no se encuentran sujetas a retención⁴¹. De acuerdo a la Notificación 2010-60, "Obligación" para estos propósitos es cualquier acuerdo legal

⁴⁰ HIRE Act, §501(d)(1).

⁴¹ HIRE Act, §501(d)(2).

que produce o pueda producir un *pago sujeto a retención*, pero no incluye instrumentos clasificados como capital para propósitos fiscales (como ser cuentas de ahorro) ni instrumentos que no posean vencimiento⁴².

Sin perjuicio de ello, y en virtud de la numerosa cantidad de comentarios que el Tesoro y el IRS han recibido por parte del público en relación a las dificultades prácticas que implica la implementación de FATCA dentro del tiempo dispuesto por la ley, el Tesoro y el IRS han emitido la Notificación 2011-53 que designa plazos distintos de implementación de FATCA. El contenido de dicha notificación se discute en el punto siguiente.

VIII NOTIFICACIONES 2010-60, 2011-34 Y 2011-53

8.1 En General

El Tesoro y el IRS se encuentran trabajando en la preparación de regulaciones a FATCA que, se espera, aclararán la numerosa cantidad de inquietudes que surgen de la legislación discutida previamente. Dada la complejidad del régimen, desde la aprobación de la ley, el Tesoro y el IRS han emitido tres Notificaciones a las que hemos hecho referencia ya en el presente (las Notificaciones 2010-60, 2011-34 y 2011-53, en adelante las "Notificaciones") que proveen una guía preliminar sobre temas que el Tesoro y el IRS consideran de carácter prioritario en la implementación del capítulo 4 del Código. Las Notificaciones 2010-60 y 2011-34 también solicitan comentarios al público sobre varios temas que se espera se aclaren en regulaciones y guías preliminares futuras. En razón de ello, es importante tener en cuenta que el contenido del presente se basa únicamente en la legislación existente al momento de preparación del presente así como en el contenido de las Notificaciones referidas. De todas formas, FATCA es un tema en evolución y está recién dando sus primeros pasos, por lo que la autora espera que luego de la fecha de publicado el presente, el Tesoro y el IRS emitan ya sea nuevas notificaciones (o notificaciones suplementarias a las Notificaciones existentes), y/o eventualmente, las tan esperadas regulaciones.

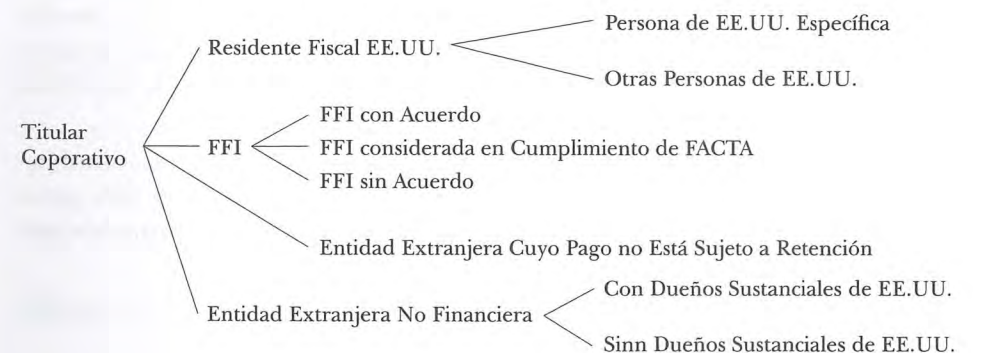
⁴² Notificación 2010-60, §I.

8.2 Notificación 2010-60

La primer guía preliminar que emitieron el Tesoro y el IRS cubre temas específicos, como ser: (i) el concepto de obligaciones no sujetas a FATCA (al que se hace mención en forma preliminar en el punto VI del presente); (ii) los conceptos de FFI y de entidades extranjeras no financieras así como aquellas entidades que se intentan excluir de la definición de FFI, entre otros temas. De todas formas, primordialmente, la Notificación 2010-60 incluye procedimientos muy detallados que se espera las FFI deberán seguir en relación con la recolección de información e identificación de titulares de cuenta. Estos procesos requieren que dichas entidades dividan las cuentas que mantienen entre los siguientes grupos: (i) cuentas preexistentes⁴³ de personas físicas; (ii) cuentas nuevas de personas físicas; (iii) cuentas preexistentes de personas jurídicas; y (iv) cuentas nuevas de de personas jurídicas.

En el caso de cuentas de personas físicas, la FFI deberá determinar si el titular es un residente fiscal norteamericano o no siguiendo los pasos detallados por la Notificación. En el caso de cuentas de personas jurídicas, el análisis es más complejo y se puede resumir de la forma que aparece en el cuadro I abajo:

CUADRO I
IDENTIFICACIÓN DE CUENTAS DE PERSONAS JURÍDICAS



⁴³ La preexistencia esta dada por la existencia de la cuenta en la FFI al momento de entrada en vigor del acuerdo entre dicha FFI y el IRS.

La Notificación 2010-60 emitida por el IRS determina procedimientos detallados de cómo las FFI's deben realizar este proceso de identificación con respecto a cuentas de personas jurídicas. Sumado a ello, entidades financieras de Estados Unidos que realicen *pagos sujetos a retención* también deberán hacer procesos similares de identificación, los que se encuentran detallados en la Notificación 2010-60.

El Tesoro y el IRS están planeando la emisión de números de identificación fiscal (EINs) específicos para aquellas FFI's que hayan firmado el acuerdo con el IRS y se encuentren en cumplimiento con FATCA para poder facilitar la identificación por parte de agentes de retención de aquellas FFI's a las que no deben realizar la retención.

8.3 Notificación 2011-34

En Abril de 2011, el Tesoro y el IRS emitieron una notificación adicional (la Notificación 2011-34) que suplementa a la Notificación 2010-60, y contiene reglas adicionales sobre los siguientes aspectos:

- a) Nuevos procedimientos que deberán seguir las FFI's que entren en acuerdos con el IRS en cumplimiento con FATCA en relación con la identificación de *cuentas de los Estados Unidos* de personas físicas que sean preexistentes a la entrada en vigor de dicho acuerdo y en particular procedimientos especiales a seguirse en el caso de cuentas de banca privada;
- b) Definición de aquellos pagos considerados "*atribuibles*" a un pago sujeto a retención y la obligación de FFI's que entraron en el acuerdo con el IRS de retener sobre pagos atribuibles a pagos sujetos a retención (incluye formulas muy detalladas y ejemplos de cómo calcular dichos pagos);
- c) Ciertas categorías de FFI's que serán consideradas en cumplimiento de FATCA (sin necesidad de firmar el acuerdo con el IRS, pero en la medida que cumplan con otros requisitos determinados por el Tesoro y el IRS en la Notificación 2011-34);
- d) Las obligaciones de reporte de las FFI que entraron en el acuerdo con el IRS con respecto a cuentas de los Estados Unidos;
- e) El tratamiento de intermediarios calificados;
- f) La aplicación de FATCA a grupos de empresas; y
- g) La fecha efectiva de entrada en vigor de los acuerdos entre las FFI's y el IRS.

8.4 Notificación 2011-53

De acuerdo a lo comentado anteriormente, el Tesoro y el IRS han recibido una numerosa cantidad de comentarios del público en respuesta a las Notificaciones 2010-60 y 2011-34 manifestando, entre otros aspectos, preocupación sobre el tiempo limitado que existe previo a la entrada en vigencia del régimen y la complejidad que implica implementar cambios dentro de las organizaciones para poder cumplir con las obligaciones dispuestas por FATCA. En virtud de ello, la Notificación 2011-53 dispone la implementación de FATCA por etapas. Para ello, otorga una línea de tiempo y fechas que dependen de la actividad de que se trate, los que se resumen a continuación:

- a) La registración de FFI's con el IRS comienza el 1 de Enero de 2013. Una FFI debe entrar en un acuerdo con el IRS antes del 1 de Julio de 2013 para evitar estar sujeta a retención a partir del 1 de Enero de 2014. Si una FFI entra en el acuerdo durante la segunda mitad del 2013, será de todas formas una FFI participante de FATCA, pero no se le garantiza que no se le aplique retención en el 2014 porque los sistemas pueden no estar actualizados en dicho momento debido a falta de tiempo de ingresar dicha información en el sistema previo a la entrada en vigencia de las obligaciones de retención.
- b) Nuevos períodos de cumplimiento de los procedimientos de debida diligencia y reportes que deben realizar todas las FFI's que entren en acuerdos con el IRS con respecto a sus cuentas preexistentes así como respecto de sus cuentas de banca privada.
- c) Retraso de las obligaciones de retención al 2014 y 2015 dependiendo del pago de que se trate. Divide, para ello, los pagos en dos fases:
 - i) La fase I incluye pagos de fuente de Estados Unidos de tipo pasivo (que ya se encontraban sujetos a retención bajo la sección 1441) los que se encuentran sujetos a retención bajo FATCA a partir del 1 de Enero de 2014.
 - ii) La fase II incluye todos los *pagos sujetos a retención* (incluye montos procedentes de la venta de bienes que puedan producir intereses o dividendos) así como los pagos atribuibles a pagos sujetos a retención y dichos pagos se encuentran sujetos a retención bajo FATCA a partir del 1 de Enero de 2015.

IX CERRAR LA PUERTA A CLIENTES NORTEAMERICANOS COMO OPCIÓN ALTERNATIVA

La reacción inicial a FATCA que muchas instituciones, en particular aquellas consideradas FFI, han tenido es que aquellas instituciones que no tienen clientes norteamericanos en forma significativa o recursos para cumplir con los requerimientos impuestos por FATCA podrían simplemente cerrarle la puerta a sus clientes norteamericanos, bajo la impresión (falsa) de que de esa forma evitarían tener que cumplir con los requerimientos impuestos por FATCA. Sin perjuicio de que no tener clientes norteamericanos puede facilitar las obligaciones informativas asociadas con el cumplimiento de FATCA, dicho aspecto en sí mismo no va a eliminar la obligación de una FFI de cumplir con FATCA.

Como discutiéramos arriba, la obligación de retener bajo FATCA se aplica a *pagos sujetos a retención*. Un *pago sujeto a retención* básicamente consiste en pagos de ingresos de tipo pasivo (p. ej., dividendos, intereses, rentas, etc.) de fuente norteamericana y los fondos provenientes de la venta o disposición de cualquier propiedad que pueda producir intereses o dividendos de fuente de los Estados Unidos (p. ej., instrumentos de deuda o acciones). Como vimos arriba, este término no incluye pagos atribuibles a un negocio o actividad comercial de fuente norteamericana o atribuible a un negocio de los Estados Unidos.

Muchas FFI (incluso aquellas que no tienen ni un solo cliente norteamericano) invierten en los mercados de los Estados Unidos. Casi todos los pagos derivados de inversiones pasivas realizadas en los Estados Unidos constituyen *pagos sujetos a retención* bajo FATCA. En virtud de ellos, cualquier agente de retención que deba realizar un pago a una FFI va a requerir, para evitar realizar la retención, prueba de que dicha FFI ha firmado el acuerdo con el IRS en cumplimiento de FATCA, o que dicha FFI se encuentra considerada en cumplimiento de FATCA (de acuerdo a las Notificaciones o futuras regulaciones) o que se encuentra exenta del cumplimiento de FATCA.

Si la FFI pertinente no otorga dicha prueba al agente de retención, la FFI va a estar sujeta a una retención del treinta por ciento (30%) sobre el *pago sujeto a retención* de que se trate, sobre base bruta, aunque no haya ganancia neta o, peor aún, incluso si dicho pago representa un retorno de capital. Este resultado es insostenible para la mayoría de las FFI, y por ello, una FFI deberá cumplir con FATCA o deberá completamente

eliminar todo tipo de inversión en los Estados Unidos. Sumado a ello, aun en aquellos supuestos en los que una FFI no tenga inversiones directas en los Estados Unidos, pero tenga inversiones en otra FFI, la primer FFI seguirá estando sujeta a los requisitos de FATCA porque la segunda FFI, en la medida que invierta en los Estados Unidos, deberá retenerle a la primera FFI sobre aquellos pagos que le realice que sean *pagos sujetos a retención* o sean "*atribuibles a pagos sujetos a retención*" si la primer FFI (la beneficiaria del pago) no le demuestra a la segunda FFI (quien invierte directamente en los Estados Unidos y quien debe, a su vez, pagar a la primer FFI su respectiva ganancia y/o capital) que se encuentra en cumplimiento de los requisitos impuestos por FATCA.

Esto significa que las FFI van a tener que determinar cuidadosamente su exposición a FATCA no solamente en función de la cantidad de clientes de los Estados Unidos que poseen, sino que, primordialmente, por sus inversiones directas o indirectas en los Estados Unidos. Prácticamente todas las instituciones invierten en los mercados de los Estados Unidos, ya sea en forma directa o indirecta, y dichas inversiones van a requerir cumplimiento con la normativa de FATCA salvo que dicha FFI este dispuesta (y tenga la capacidad económica) de completamente evitar inversiones en los Estados Unidos así como en cualquier otra FFI que invierta en los Estados Unidos. Esto parece poco viable.

X ENTONCES ¿QUÉ DEBEN HACER LAS FFIS AHORA?

La implementación de mecanismos de cumplimiento de FATCA implicará a cada FFI cumplimiento de obligaciones extensivas de información o ser sujetos de retención del treinta por ciento (30%) en bruto. Ambas opciones pueden ser muy costosas para las FFI.

Como primer paso, una entidad extranjera (no Estadounidense) debe identificar si califica: (a) bajo la definición de FFI (lo que requerirá, en principio, que la FFI entre en un acuerdo con el IRS de acuerdo a lo estipulado arriba), o (b) bajo la definición de una FFI que será considerada en cumplimiento de FATCA debido a lo estipulado por el Tesoro y el IRS (en cuyo caso dicha FFI deberá cumplir con aquellos procesos impuestos por dichos organismos para ser considerada en cumplimiento de FATCA), o (c) si es una FFI excluida o exenta del régimen, o (d) si es una entidad extranjera no financiera, y en dicho caso, deberá determi-

nar si tiene la tenencia accionaria requerida para estar dentro del régimen, de forma tal de poder determinar las obligaciones asociadas con dicha clasificación.

En el caso de una FFI, parte del proceso de preparación posiblemente requerirá una combinación de los siguientes:

- a) Actualización de los sistemas informativos para poder recolectar y procesar la información que el IRS requiere bajo el acuerdo que la FFI informe al IRS en forma periódica;
- b) Entrenamiento de personal sobre las nuevas reglas, el cual no sólo debe darse a los oficiales a cargo del departamento de cumplimiento, sino también a banqueros a cargo de cuentas de banca privada, quienes tienen obligaciones especiales en virtud de la Notificación 2011-34;
- c) Explicar a clientes los cambios para poder justificar pedidos adicionales de información así como justificar el reporte de información al IRS (en la medida que se trate de cuentas que requieren ser informadas, lo que en algunas jurisdicciones puede requerir obtener expreso consentimiento del cliente previo al reporte de información);
- d) Creación de nuevos procedimientos internos para la implementación de los requisitos impuestos por FATCA;
- e) Contratación de profesionales idóneos para asistir a la FFI con todos estos aspectos (abogados, auditores, profesionales en sistemas, etc.).

Estos son sólo algunos ejemplos de acciones que deberían implementarse en anticipación a la entrada en vigencia de FATCA, teniendo en cuenta que el análisis particular de las acciones requeridas y pertinentes debe hacerse caso por caso. Planes y procedimientos deben estar en pie al momento que FATCA entre en vigencia.

XI CONCLUSIÓN

De acuerdo a lo discutido previamente, FATCA tiene un alcance muy amplio y afecta a instituciones financieras de todo tipo así como a entidades extranjeras no financieras que deban recibir ciertos pagos de fuente

de Estados Unidos. De acuerdo a lo expuesto anteriormente, cerrar las puertas de una institución a clientes norteamericanos no elimina completamente las obligaciones impuestas sobre instituciones financieras y no financieras. Aquellas instituciones que se encuentren en posición de hacer y/o recibir *pagos sujetos a retención* tendrán obligaciones muy extensas de identificación y documentación respecto de ciertos titulares de cuentas, que exceden el contenido de legislación existente en el área fiscal o bancaria. Instituciones afectadas por el nuevo régimen deberán educar internamente al personal a cargo de cumplimiento, crear nuevos procedimientos para cumplir con estas regulaciones, actualizar los sistemas informativos para permitir recaudar la información requerida, informar a clientes existentes de las nuevas regulaciones para justificar nuevos pedidos de información, entre otras acciones.