

FOREIGN ACCOUNT TAX COMPLIANCE ACT (FATCA): una normativa «made in USA»

Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)

The Foreign Account Tax Compliance Act entrará en vigor el 1 de enero de 2014. Esta normativa pretende acabar con el fraude fiscal que cometen las personas físicas que tienen su residencia fiscal en EE. UU. y ocultan a las autoridades tributarias ingresos obtenidos a través de cuentas abiertas en entidades financieras extranjeras. La normativa tiene un alcance extraterritorial y afectará de forma significativa a los diferentes operadores del sector financiero, que deberán adaptarse a las onerosas obligaciones administrativas que establece. En este artículo describimos brevemente los aspectos técnicos y las consecuencias prácticas de la nueva normativa.

Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA): una normativa «made in USA»

The Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) will enter into force on 1 January 2014. The FATCA constitutes an important development in U.S. efforts to combat tax evasion by U.S. tax resident individuals holding investments in offshore accounts with foreign financial institutions. The extraterritorial scope of the legislation will affect a wide range of players in the financial markets, which will have to adapt to the onerous administrative burden that the FATCA establishes. In this paper we summarize the technical aspects of the legislation and its practical consequences.

Introducción

El 1 de enero de 2014 entrará en vigor *The Foreign Account Tax Compliance Act*, normativa promulgada en los EE. UU. y comúnmente conocida por el acrónimo FATCA.

FATCA fue aprobada el 18 de marzo de 2010 bajo la Administración Obama como una sección de la *Hiring Incentives to Restore Employment (HIRE) Act*. La finalidad de esta normativa es combatir una tipología de fraude fiscal que cada año supone una pérdida de recaudación para el Tesoro de los EE. UU. de 100.000 millones de dólares, aproximadamente. En concreto, FATCA persigue el fraude fiscal cometido por personas físicas residentes fiscales en EE. UU. que, con el fin de ocultar a la autoridad tributaria estadounidense, el *Internal Revenue Service (IRS)*, determinados rendimientos derivados de inversiones en activos financieros, deciden obtenerlos a través de cuentas *off-shore* mantenidas con entidades financieras extranjeras. A estos efectos, conviene aclarar que la normativa fiscal de los EE. UU. considera residentes fiscales no sólo a las personas físicas que residen de forma permanente en territorio estadounidense, sino también a sus ciudadanos por el mero hecho de ser nacionales (y con independencia del lugar de su residencia habitual).

La *ratio legis* de la norma es encomiable, pero su alcance extraterritorial (aplica más allá de las fronteras de los EE. UU.), subjetivo (afecta a un amplio elenco de entidades financieras) y objetivo (impone gravosas obligaciones administrativas), ha propiciado severas críticas en los sectores en los que regirá. En esencia, la comunidad financiera internacional reprocha al IRS la falta de proporcionalidad de una normativa que supone, *de facto*, una exportación de

las obligaciones fiscales de los EE. UU. al resto del mundo y cuyas exigencias representarán un relevante coste económico para los intermediarios financieros extranjeros (posiblemente, más elevado que los propios ingresos tributarios que generará para el IRS).

Hasta la fecha, las objeciones presentadas al IRS por distintas asociaciones financieras internacionales han surtido efectos y se ha pospuesto la entrada en vigor de FATCA un año (inicialmente, prevista para el 1 de enero de 2013). Sin embargo, todo parece indicar que no habrá nuevas prórrogas y, por tanto, las entidades financieras deben empezar a adaptar sus procesos internos a los nuevos retos que supone esta normativa, que no tiene precedentes.

A continuación, describimos el origen histórico de FATCA, analizamos su régimen jurídico y realizamos algunas consideraciones prácticas sobre las consecuencias que su implantación conllevará para las entidades financieras.

Antecedentes de FATCA

Los rendimientos obtenidos en EE. UU. por inversores personas físicas que no son residentes fiscales en dicho país están sujetos a una tributación del 30%. La obligación de ingresar el impuesto en el Tesoro americano reside en los agentes estadounidenses (depositarios, agencias de valores, entidades bancarias, etc.) que pagan a los inversores los referidos rendimientos, debiendo aplicar, con carácter previo al pago, una determinada retención. Sin embargo, en la práctica, existen multitud de exenciones que comportan que en la mayor parte de los casos los pagos a inversores no residentes queden

exentos de tributación en EE. UU. y, por tanto, queden también exentos de retención. De este modo, en la práctica, podríamos decir que los rendimientos obtenidos en territorio estadounidense por inversores personas físicas no residentes fiscales no tributan en EE. UU.

En el caso de los rendimientos obtenidos por personas físicas residentes fiscales en EE.UU., la entidad financiera que realiza el pago no tiene la obligación de practicar retenciones a cuenta del impuesto de su cliente. En este caso, las entidades financieras pagadoras deben informar al IRS de los importes y destinatarios de cada uno de los pagos. Con la información proporcionada por los agentes de pago, el IRS puede controlar que, posteriormente, el inversor residente fiscal en EE. UU. incluye los rendimientos percibidos del agente de pagos en su declaración de la renta y que estos son objeto de imposición efectiva.

En este contexto, hasta el 31 de diciembre de 2000, los agentes pagadores estadounidenses podían considerar exentos de retención los rendimientos que abonaban a los intermediarios financieros que fueran extranjeros. El análisis de la obligación de practicar retención y suministrar información al IRS se limitaba a comprobar que, en el plano formal, el destinatario del pago de los rendimientos generados en EE. UU. (en este caso, el intermediario extranjero) no tenía su residencia fiscal en EE. UU. Es decir, la residencia fiscal del beneficiario último del pago, el cliente de la entidad financiera intermediaria, era irrelevante. Lógicamente, esta circunstancia favoreció que las personas residentes fiscales en EE. UU. que quisieran ocultar rendimientos al IRS pudieran invertir en activos financieros estadounidenses de forma indirecta, a través de las cuentas *off-shore* mantenidas con entidades financieras extranjeras (que serían quienes percibirían de forma directa los pagos exentos del agente estadounidense). En definitiva, simplemente triangulando sus inversiones a través de entidades financieras intermediarias extranjeras una persona física residente fiscal en EE. UU. podía gozar de forma fraudulenta del mismo régimen de exención del que gozaban las personas físicas no residentes fiscales en EE. UU. Además, las probabilidades de que el IRS tuviera constancia de los ingresos percibidos por los defraudadores eran escasa dada la falta de información suministrada al respecto por los agentes de pagos estadounidenses.

Ante esta situación, a partir del 1 de enero de 2001, el IRS incrementó el grado de control e información

sobre la residencia fiscal del beneficiario efectivo o último de los pagos realizados a través de entidades financieras intermediarias extranjeras, dificultando la comisión del fraude fiscal descrito. En tal fecha, se introdujo el denominado régimen de los Intermediarios Cualificados (*Qualified Intermediaries*, en su terminología inglesa) que, *mutatis mutandis*, tiene la misma finalidad que FATCA y constituye su antecedente inmediato.

Bajo el régimen de los Intermediarios Cualificados, las entidades financieras extranjeras que perciben el pago de un rendimiento efectuado por un agente de pagos de los EE. UU. pueden, si así lo desean: (i) facilitar al agente pagador estadounidense de forma agregada el importe de las retenciones a practicar sobre los pagos recibidos en beneficio de sus clientes (*pooled reporting*), posibilidad que simplifica el cumplimiento de las obligaciones de practicar retenciones por parte de los agentes pagadores estadounidenses; y (ii) mantener oculta la identidad de sus clientes no residentes en EE. UU. (circunstancia que permite a las entidades de países con secreto bancario cumplir con su normativa interna).

Como contrapartida de este régimen simplificado y del anonimato de sus clientes no residentes en EE. UU., las entidades intermediarias deben firmar un contrato estandarizado de 65 páginas con el IRS en virtud del cual, fundamentalmente, asumen la obligación de identificar a sus clientes residentes fiscales en EE. UU. (que, lógicamente, no pueden dejar ya de declarar impunemente sus rendimientos en EE. UU. en relación con los activos mantenidos en la cuenta extranjera porque serán descubiertos por el IRS, que bajo este régimen sí recibirá información sobre los pagos percibidos por sus contribuyentes). Además, se impone a los Intermediarios Cualificados la obligación de ser auditados periódicamente por auditores externos para evaluar el grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato firmado con el IRS. En caso de ser deficiente, el IRS puede retirar el régimen de los Intermediarios Cualificados e imponer otras sanciones pecuniarias.

En cierta forma, el efecto práctico del régimen de los Intermediarios Cualificados consiste en la exportación a los intermediarios financieros extranjeros de las obligaciones de identificación y práctica de retenciones previamente asumidas por los agentes de pagos estadounidenses.

Las consecuencias para las entidades financieras extranjeras que no deseen acogerse al régimen de

los Intermediarios Cualificados son prácticamente inasumibles, ya que deben proporcionar información a los agentes de pagos estadounidenses sobre la identidad de cada uno de sus clientes, beneficiarios últimos de los pagos (residentes fiscales en EE. UU. o no), y concretar el tipo de retención aplicable a cada uno de ellos. En su condición de retenedor, y por tanto responsable de la correcta práctica de las retenciones sobre los rendimientos abonados, el agente de pagos estadounidense tiene que verificar, individualmente, la información recibida de cada uno de los beneficiarios efectivos de los pagos a realizar que le proporciona la entidad intermediaria. El coste económico de tener que verificar, de forma pormenorizada, la documentación proporcionada por los intermediarios ha provocado que, en la práctica, muchos agentes estadounidenses no presten sus servicios a las entidades que no hayan accedido al estatus de Intermediario Cualificado (o, en el mejor de los casos, que les presten sus servicios aplicando unas comisiones de intermediación más elevadas).

A pesar del éxito inicial del programa de los Intermediarios Cualificados (aproximadamente, 7.000 entidades financieras forman parte del mismo a día de hoy), siete años después empezaron a aflorar sus limitaciones. En 2008, se producen dos acontecimientos relevantes que motivarán su revisión y, finalmente, la aprobación de FATCA. En primer lugar, esta tipología de fraude fiscal adquiere relevancia mediática cuando se conoce que un banco de Liechtenstein y un banco suizo, amparándose en el secreto bancario vigente en ambos países, han facilitado que numerosos ciudadanos de EE. UU. dispongan de cuentas bancarias no declaradas al IRS. Por primera vez en la historia, EE. UU. procesa a un banquero suizo por colaborar en la comisión de un delito fiscal por parte de un ciudadano estadounidense. En segundo lugar, el Senado de los EE. UU. emite un informe (*Tax haven banks and U.S. tax compliance*) en el que cifra en 100.000 millones de dólares norteamericanos la pérdida de recaudación anual del Tesoro por este tipo de fraude fiscal.

Estos escándalos evidenciaron que el grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen de los Intermediarios Cualificados por parte de algunas entidades financieras extranjeras estaba siendo, cuanto menos, deficiente. En particular, a la vista de que el régimen de los Intermediarios Cualificados subjetivamente sólo aplicaba a las inversiones directas por parte de personas físicas residentes fiscales en EE. UU. en las cuentas bancarias de los intermediarios, algunas entidades esta-

ban recomendando a sus clientes que invirtieran indirectamente, a través de sociedades constituidas fuera de EE. UU. Asimismo, desde un punto de vista objetivo, el régimen únicamente aplicaba a los rendimientos derivados de inversiones en activos estadounidenses, por lo que si los inversores residentes fiscales en EE. UU. invertían a través de los intermediarios en activos emitidos en países terceros no se debía proporcionar información al IRS.

A la vista de estos acontecimientos, el IRS decidió que la normativa antifraude de los Intermediarios Cualificados debía perfeccionarse ampliando su ámbito para estrechar el cerco que quedaba fuera de su alcance. En concreto, el ámbito subjetivo debía expandirse para que las entidades financieras intermediarias no sólo tuvieran la obligación de informar al IRS sobre las cuentas bancarias que fueran titularidad directa de personas físicas residentes fiscales en EE. UU., sino también de aquellas que fueran titularidad de entidades, directa o indirectamente, controladas por personas físicas residentes en EE. UU. Asimismo, objetivamente, el régimen de información debía ser exigible en relación con las inversiones en activos no estadounidenses.

A pesar de que el régimen de los Intermediarios Cualificados y FATCA coexisten a partir de 2014, puede decirse que allá donde acaba el primero empieza el segundo (que, insistimos, subjetiva y objetivamente tiene un alcance mayor que el régimen de los Intermediarios Cualificados).

El régimen FATCA

La normativa FATCA está prevista en cuatro artículos incluidos en el capítulo 4 (*Income Taxes*), subtítulo A (*Taxes to enforce reporting on certain foreign accounts*) del Código Fiscal de EE. UU. Adicionalmente, el IRS ha divulgado tres documentos que interpretan y desarrollan su contenido (*Notice 2010-60*, *Notice 2011-34* y *Notice 2011-53*).

La normativa impone la obligación a las entidades financieras extranjeras de (i) identificar a aquellos de sus clientes que son personas físicas residentes fiscales en EE. UU.; y (ii) proporcionar información sobre sus cuentas al IRS. Para asegurar el cumplimiento de estas obligaciones, FATCA recurre a los agentes de pago estadounidenses obligándoles a practicar una retención del 30% sobre todos los rendimientos (intereses, ganancias en la venta de valores, etc.) que satisfagan a cualquier entidad financiera extranjera (sean en beneficio de sus

clientes o de la propia entidad), salvo que la entidad financiera extranjera haya firmado previamente un contrato FATCA específico con el IRS en virtud del cual se obligue a:

- (i) Obtener información de cada uno de sus clientes para verificar si la cuenta es titularidad, directa o indirecta, de una persona residente fiscal en los EE. UU.
- (ii) Seguir los procesos de revisión y auditoría que a tal fin establezca el IRS.
- (iii) Reportar anualmente determinada información sobre las cuentas que sean titularidad de residentes fiscales en EE. UU. (nombre del titular, dirección, rendimientos obtenidos, saldos, etc.).
- (iv) Obtener un *waiver* de los titulares en caso de que en el país de origen de la entidad rija el secreto bancario (o, en caso de no obtenerlo, a cerrar la cuenta del titular que no autorice que se desvele su identidad).

En la práctica, las entidades financieras extranjeras tienen dos opciones: firmar el contrato referido con el IRS aceptando las obligaciones de identificación y *reporting* mencionadas o soportar una retención del 30% sobre todos los rendimientos de fuente estadounidense que perciban (por cuenta de sus clientes o para sí mismas). Por ejemplo, si una entidad española tiene un solo cliente que es ciudadano estadounidense (y, por tanto, residente fiscal en EE. UU.), la entidad deberá firmar el contrato FATCA con el IRS y adaptarse a las obligaciones que de él se deriven o, alternativamente, soportará en todos los pagos que reciba de fuente estadounidense, en beneficio de cualquier de sus clientes o en el propio de la entidad, una retención del 30%.

La definición normativa de «entidades financieras» extranjeras que se verán afectadas por el nuevo régimen es muy amplia (cualquier entidad que reciba depósitos en el ejercicio de su actividad, gestione inversiones financieras por cuenta de terceros y, en general, tenga por actividad principal la negociación de activos financieros). En consecuencia, FATCA afectará no sólo a entidades bancarias tradicionales, sino también a las industrias de los fondos de inversión (donde la intermediación en la distribución y la existencia de fondos de fondos puede dificultar más todavía el cumplimiento de las obligaciones de identificación) e incluso a las entidades aseguradoras que comercialicen seguros de vida cuyas provisiones se invierten en activos financieros. Se estima que, aproximadamente, 100.000 entidades financieras se verán afectadas por este régimen.

Además, debe tenerse en cuenta que el cumplimiento de las obligaciones se exige a nivel de grupo de sociedades, de tal forma que si una entidad financiera del grupo ha firmado el contrato con el IRS, el resto de entidades del grupo se verán también afectadas por las obligaciones establecidas en él.

Formalmente, las entidades financieras extranjeras cooperantes deberán firmar un contrato estandarizado con el IRS cuyo modelo está pendiente de publicación en la fecha de redacción de este artículo. El IRS publicará una relación de las entidades financieras extranjeras que hayan firmado el contrato FATCA para que los agentes pagadores de los EE. UU. puedan verificar si tienen que practicar la retención del 30% o no, antes de realizar los pagos que correspondan.

Consideraciones prácticas y conclusiones

El cumplimiento de las obligaciones derivadas de FATCA supone un reto estratégico para el sector financiero.

Los operadores que tengan clientes residentes fiscales en EE. UU. (o que, no teniéndolos, deseen seguir invirtiendo en activos financieros emitidos o gestionados a través de agentes de pagos o custodios estadounidenses, en beneficio del propio intermediario o en el de sus clientes) deberán decidir si firman el contrato FATCA, asumiendo las obligaciones descritas para evitar la retención del 30% sobre los pagos recibidos, o no firman el contrato FATCA y soportan dicha retención.

Aunque el IRS confía en que la gran mayoría de los intermediarios financieros opten por firmar el contrato FATCA, algunas entidades (fundamentalmente las que tengan un tamaño menor y poca exposición a activos emitidos o gestionados en EE. UU.) podrían decidir no hacerlo tras el análisis de los costes de adaptación internos y el beneficio económico que les reporte la ausencia de la retención del 30%. Para estas entidades, renunciar a toda la clientela residente fiscal en los EE. UU. y desinvertir en activos emitidos o gestionados a través de EE. UU. puede ser la solución óptima.

Las entidades que accedan a las exigencias FATCA, que serán la gran mayoría, deberán valorar cómo afecta a su negocio el nuevo régimen, qué calendario de implementación en sus sistemas informáticos adoptan, cómo gestionan sus procesos internos para dar cumplimiento a las obligaciones que se establecen y, en última instancia, cómo gestionan

los requerimientos de información relativos a sus clientes. A nivel operativo, deberán comenzar identificando las cuentas que, directa o indirectamente, sean titularidad de residentes fiscales en EE. UU. y, posteriormente, cumplir las obligaciones de información periódica al IRS.

El proceso de adaptación a FATCA puede requerir entre 18 y 24 meses, según los casos. Teniendo en cuenta que la norma entra en vigor el 1 de enero de 2014, sería recomendable que las entidades financieras que todavía no hayan comenzado a analizar cómo va afectarles la nueva normativa empiecen a hacerlo cuanto antes.

* * *

Al tiempo de las pruebas de edición de este artículo, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas ha anunciado en una nota de prensa que España firmará un Acuerdo intergubernamental con EE. UU., del que también serán parte Alemania, el Reino Unido, Francia e Italia, en relación con FATCA. En virtud del Acuerdo, las distintas administraciones tributarias se comprometen a obtener de las entidades financieras residentes en sus respectivos países información respecto a los contribuyentes afectados por FATCA (personas fisi-

cas residentes fiscales en EE. UU. o entidades significativamente participadas por estos) y a transmitir esa información mediante un procedimiento estandarizado de manera automática a los EE. UU.

El Acuerdo, inspirado en los principios de proporcionalidad y reciprocidad, debe celebrarse por cuanto contribuirá a simplificar significativamente el cumplimiento de las obligaciones impuestas a las entidades financieras españolas bajo la normativa FATCA. En particular, en caso de que el Acuerdo llegue a implementarse en sus términos actuales: (i) las entidades financieras españolas podrán proporcionar directamente la información FATCA a la Agencia Tributaria, en lugar de al IRS (de hecho, el Acuerdo eliminará la obligación de firmar un contrato FATCA con el IRS y, en definitiva, “españolizará” todos los procesos, reduciendo el coste económico de la adaptación a la nueva normativa); y (ii) EE. UU. se comprometerá a recopilar y comunicar automáticamente a las autoridades fiscales españolas información referida a cuentas corrientes mantenidas en entidades financieras de los EE. UU. por personas físicas que tenga su residencia fiscal en España.

Finalmente, el 8 de febrero de 2012, el IRS publicó un reglamento (de 400 páginas, aproximadamente) que desarrolla la normativa FATCA existente.

CARLOS DURÁN HAEUSSLER*

* Abogado del Área de Derecho Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Barcelona).