

FATCA: SU SIGNIFICADO Y RELEVANCIA PARA LOS SECTORES FINANCIERO Y EMPRESARIAL DE MÉXICO Y LATINOAMÉRICA CON CONTACTOS CON LOS EUA.

Enrique Hernandez y Patrick W. Martin, Esq.
Procopio, Cory, Hargreaves & Savitch LLP

ANTECEDENTES

El 18 de marzo de 2010 el Presidente Obama promulgó la ley conocida como el HIRE ACT (la "Ley") tendiente a crear incentivos para impulsar la creación de empleo en los Estados Unidos de América ("EUA"). Como parte de las medidas para contrarrestar el costo fiscal de la Ley, se incluyó una serie de disposiciones en materia de control y fiscalización de operaciones internacionales. A este grupo de disposiciones se le conoce como el "*Foreign Account Tax Compliance Act*" o FATCA por sus siglas.¹

En esencia FATCA es un nuevo y complejo sistema de obligaciones informativas y de retención de impuestos que afectan principalmente a entidades del sector financiero internacional (*Foreign Financial Institutions* o "FFI") y entidades no financieras privadas (*Non-Financial Foreign Entities* o "NFFE") que mantienen contactos con los EUA.

Las autoridades fiscales de los EUA (el *Internal Revenue Service* o "IRS" por sus siglas y el Departamento del Tesoro) han manifestado que además de su potencial recaudatorio, FATCA representa una muy importante herramienta para el control y fiscalización de su base de contribuyentes respecto de sus activos e ingresos en el extranjero.²

El propósito de este artículo es proveer a los profesionistas fiscales y financieros de México y otros países de Latinoamérica con un panorama general de los aspectos fundamentales de FATCA con el fin de que puedan empezar a identificar aquellos temas que pudieran ser relevantes para sus clientes y sus empresas³.

Por lo novedoso y amplio de las disposiciones de FATCA y el gran cúmulo de disposiciones complementarias que el gobierno de los EUA emitirá al respecto en el corto y mediano plazo, los profesionistas y sus clientes deben de actualizar de manera constante su entendimiento e información sobre FATCA.

PRINCIPALES ELEMENTOS DE FATCA

FATCA establece un importante número de nuevas reglas en materia fiscal internacional, sin embargo por el enfoque del presente artículo nos enfocaremos en esta ocasión a los siguientes elementos⁴:

¹ FATCA se incluyó en el HIRE ACT como parte de las medidas recaudatorias que buscan compensar el costo de los incentivos para la creación de empleo contenidos en dicha Ley. El Reporte del "*Joint Committee on Taxation*" del Congreso de los EUA estimó el potencial recaudatorio de las disposiciones de FATCA contenidas en el HIRE Act en aproximadamente USD \$7.67 billones durante los primeros 10 años siguientes a su aplicación.

² Ver comentarios presentados por el Comisionado del IRS, Doug Shulman durante la 23ª Edición del Instituto de Impuestos Internacionales de la Universidad George Washington el 9 de Diciembre de 2010: <http://www.irs.gov/irs/article/0..id=232223.00.html> donde señaló respecto de FATCA: "*This is the most important development in international information reporting in a generation, and it is a big step forward in our efforts to combat tax evasion*" (traducción libre: "Este es el desarrollo mas importante en información internacional en una generación y es un gran paso adelante en nuestros esfuerzos para combatir la evasión fiscal").

³ El presente artículo no pretende ni debe ser considerado como asesoría legal o fiscal. Es recomendable y necesario que cada contribuyente, persona o entidad que pueda ser afectado por los temas que aquí se mencionan y discuten busque y obtenga asesoría experta independiente.

⁴ Además de las disposiciones que afectan directamente a FFIs y NFFEs que se discuten en este artículo, FATCA incluye otras. Por su relevancia destacan las siguientes:

- a) Se establece una nueva obligación informativa para residentes o ciudadanos de los EUA consistente en reportar "activos financieros extranjeros" que tengan un valor de más de USD \$50,000. El concepto de activo reportable es amplio e incluye cuentas en instituciones financieras así como participación en entidades y fideicomisos extranjeros
- b) Se establece la obligación para ciudadanos o residentes fiscales de los EUA de informar su tenencia en una corporación que sea considerada una "*Passive Foreign Investment Corporation*" o "PFIC". Una PFIC generalmente es una corporación extranjera que durante el ejercicio fiscal 75% o más de sus ingresos son pasivos o en promedio 50% de sus activos producen o se mantienen para producir ingresos pasivos. Anteriormente esta obligación solo

- a) Se establece una retención impositiva del 30% sobre cualquier pago (sin importar si existe o no ganancia) de fuente de los EUA que se haga a una entidad financiera extranjera que no tenga un convenio con el IRS (un “Convenio FATCA”). En el caso de ausencia de dicho convenio, los beneficios de un Tratado Fiscal deberán ser ejercidos mediante solicitudes de devolución de impuestos. El concepto de entidad financiera extranjera es amplio e incluye a bancos, aseguradoras, depositarias, casas de bolsa, intermediarios y agentes financieros y fondos.
- b) Se establece una retención del 30% sobre pagos (sin importar si existe o no ganancia) de fuente de los EUA a ciertas entidades extranjeras si no certifican la identidad de sus dueños beneficiarios últimos (*beneficial owners*).
- c) Se aumenta de 3 a 6 años el plazo de caducidad de las facultades de la autoridad fiscal para revisar declaraciones que involucran transacciones cubiertas por FATCA.
- d) Se establece una retención del 30% a montos pagados a un extranjero bajo contratos de monto nominal que tienen como activos subyacentes acciones de corporaciones de los EUA. A estos efectos, se definen a dichos pagos como pagos de “equivalentes de dividendos”.
- e) Se niega la deducción de pagos de interés que se hagan respecto de obligaciones que hayan sido o sean emitidas al portador (i.e., no registradas y que se permitían con la condición de que estuvieran destinadas a extranjeros). También niega la exención fiscal respecto de intereses pagados a raíz de la mayoría de bonos al portador (i.e., no registrados) emitidos por gobiernos estatales o municipales de los EUA.

A continuación expandimos el comentario respecto de los puntos que consideramos más relevantes de acuerdo al enfoque del presente artículo.

RÉGIMEN APLICABLE A INSTITUCIONES FINANCIERAS EXTRANJERAS (*FOREIGN FINANCIAL INSTITUTIONS* O “FFIS”)

FATCA crea un nuevo sistema de retenciones al añadir un Capítulo Cuarto (Secciones 1471 a la 1474 inclusive) al Código de Rentas Internas de los EUA (*Internal Revenue Code* o “IRC”) y cuyos sujetos son ciertas FFIs y ciertas entidades extranjeras no financieras (*Non-Financial Foreign Entities* o “NFFE”).

CONCEPTO DE ENTIDAD FINANCIERA

La Sección 1471(d)(5) del IRC define como entidad financiera a una entidad:

- a) que acepte depósitos en el marco de sus operaciones cotidianas funcionando como banco o similar;
- b) que mantiene activos financieros por cuenta de otros como parte substancial de sus actividades de negocios;
- c) cuyas actividades principales de negocio (o si así se presentan ante terceros) incluyen entre otros, la inversión, reinversión o comercio de valores, *commodities*, participaciones en sociedades, futuros, opciones y otros derivados.

Para evitar este nuevo sistema de retenciones, las FFIs y las NFFEs sujetos del mismo deben de llevar a cabo una serie de revelaciones e informes sobre sus cuentahabientes y beneficiarios últimos que sean residentes o ciudadanos de los EUA

surgía cuando se realizaba cierta elección fiscal, se recibían distribuciones de parte de una PFIC o se disponía de un interés en la misma.

- c) Se modifica la penalidad por falta de presentación oportuna de declaraciones informativas relacionadas con Fideicomisos Extranjeros (forma 3520) al imponer una penalidad mínima equivalente a USD \$10,000, lo que hace que ahora la penalidad sea lo que sea mayor entre USD \$10,000 o 35% del monto no reportado.
- d) Se aumenta una penalidad equivalente al 40% respecto de montos de impuesto no pagados en relación con una transacción a la que le aplica una obligación de reporte respecto de un activo financiero.
- e) Se establece una presunción de que cualquier fideicomiso establecido por un residente fiscal o ciudadano de los EUA tiene beneficiarios que también son residentes fiscales de los EUA.
- f) Se establece que el uso o préstamo de propiedad de un fideicomiso extranjero por parte de un residente fiscal o ciudadano de los EUA será tratada como una distribución por parte del Fideicomiso lo que podría dar lugar a: i) obligaciones informativas para el fideicomitente como para los beneficiarios del fideicomiso (y la consecuente exposición a penalidades), ii) un ingreso “fantasma” (en crédito) gravable para el fideicomitente.

como lo explicamos más adelante. De manera particular, las FFI's deben de tener un convenio con las autoridades fiscales de los EUA que regirá el cumplimiento de las obligaciones informativas de la FFI.

NUEVO SISTEMA DE RETENCIONES

En el caso de FFI's, el nuevo sistema de retenciones prevé la aplicación de una retención equivalente al 30% sobre el monto bruto de ciertos pagos (i.e., "pagos sujeto a retención") que se hagan a FFI's a partir del 1 de enero de 2013.

Si bien el sujeto del impuesto a retenerse bajo FATCA es el "beneficiario último" (*beneficial owner*) del pago y por lo tanto la persona que en su caso podría solicitar una devolución por pago del impuesto en exceso,⁵ la obligación de retención aplica tanto a quien realiza el pago como a la FFI que actúa como "agente" del beneficiario último del pago. En este sentido, la Sección 1473(4) define como "agente retenedor" a toda persona que en cualquier capacidad tenga control o custodia, reciba, disponga o pague cualquier cantidad que sea considerada un "pago sujeto de retención" (según explicamos dicho término más adelante).

Así mismo, la Sección 1474(a) establece la responsabilidad directa y solidaria de todo "agente retenedor" respecto del impuesto que conforme a FATCA deba ser retenido con relación a cada "pago sujeto de retención". Esta Sección 1471(a) también establece una indemnización estatutaria a favor de los agentes retenedores respecto de reclamos o demandas de cualquier persona en relación a las retenciones realizadas conforme FATCA.

Lo amplio del concepto de "agente retenedor" y el grado de responsabilidad que la Ley le impone a quien pudiera considerarse un "agente retenedor" probablemente traerá como consecuencia escenarios de sobre retención o inclusive conflictos sobre definición de responsabilidades individuales entre personas participantes en un proceso de pago o en una transacción particular.

Existen también reglas para el caso donde la FFI es el "beneficiario último" del pago, incluyendo la limitación en el monto acreditable o sujeto a una devolución a una cantidad equivalente a la que tendría derecho al aplicar un tratado fiscal (aplicable al caso) y la negación de intereses a las cantidades debidas respecto de una solicitud de devolución de impuestos.⁶

Es importante mencionar que el régimen de retención contenido en el Capítulo 3 del IRC (Secciones 1441 a la 1446) continuará aplicando (incluyendo a ingresos FDAP⁷ que normalmente están sujetos a una retención del 30% que puede ser reducida por la aplicación de un Tratado Fiscal), sin embargo la aplicación de FATCA evitará que se puedan aprovechar los beneficios de un Tratado Fiscal aplicable para poder reducir la tasa general de retención en el caso de pagos a FFI y a NFFE que sean sujetos de FATCA. En estos casos, existe la posibilidad de aplicar los beneficios del Tratado correspondiente mediante una solicitud de devolución de impuestos.⁸ Es de mencionar que el proceso de solicitud de devolución de impuestos por una "sobre retención" (e.g., por aplicación de un beneficio contenido en un Tratado Fiscal a un pago sujeto de retención al amparo de FATCA) es un proceso por separado e independiente que corresponde iniciar al beneficiario o dueño último de los recursos (e.g., al cliente de la FFI) cuyo pago dieron lugar a la retención al amparo de FATCA, no obstante la retención se haya realizado al hacerse un pago a la FFI.

La nueva Sección 1473 (1)(A)(i) del IRC contiene la definición del concepto de "pagos sujetos a retención" ("*withholdable payments*") e incluye: a) cualquier pago de intereses (incluyendo el implícito en bonos al descuento), dividendos, rentas, sueldos, salarios, anualidades o pagos vitalicios, primas, compensaciones, remuneraciones, emolumentos y otros tipos de ganancias, utilidades e ingreso preestablecido o determinable, anual o periódico (ingresos FDAP⁹) si dichos pagos son de fuente de los EUA y b) montos brutos derivados de la venta o disposición (i.e., enajenación) de cualquier tipo de propiedad que por su tipo pueda producir interés o dividendos de fuentes de los EUA. Se exenta de esta definición cualquier tipo de ingreso que es considerado como "efectivamente conectado" a un "*United States Trade or Business*"¹⁰ (concepto similar a un establecimiento permanente) pues en esos casos se presume que dichos ingresos se encuentran ya sujetos a un mecanismo de imposición y retenciones adecuado.

Es especialmente importante destacar que el nuevo régimen prevalece sobre el régimen de exención previsto en las Secciones 871 y 881 del IRC para intereses de portafolio. Esto es relevante dado que un gran número de transacciones están estructuradas de forma que aprovechan la exención de retención prevista para intereses de portafolio. Entre las

⁵ Ver Sección 1474(b)(1) del IRC

⁶ Ver Sección 1474(b)(2)(A)(i) del IRC

⁷ FDAP es el acrónimo de "*Fixed, Determinable, Annual and Periodic*" y que se encuentra definido en la Sección 871(a) del IRC para el caso de individuos y en la Sección 881(a) para el caso de corporaciones.

⁸ Ver Sección 1474(b) del IRC.

⁹ Ver 4 *Supra*.

¹⁰ Ver Secciones 871(b)(1) y 882(a)(1) del IRC.

obligaciones que comúnmente se estructuran para calificar para el régimen de exención aplicable a intereses de “portafolio” se encuentran los Bonos del Tesoro de los EUA y un gran número de bonos emitidos por corporaciones de los EUA y que se intercambian en mercados bursátiles. En la medida de que la Ley permite al gobierno de los EUA exentar a ciertos tipos de pagos o ingresos del régimen (al exceptuarlos de la definición de “pagos sujetos a retención”¹¹), es previsible (aunque no seguro) que exista alguna regla que aplique a intereses de portafolio.

Lo extenso del concepto de “pagos sujetos a retención” seguramente será uno de los elementos de mayor discusión en la aplicación de las reglas de FATCA. Existen un sinnúmero de ejemplos de transacciones que de forma inadvertida por sus participantes podrían caer dentro de estas reglas creando incertidumbre y altos costos potenciales para las partes. Por ejemplo, el caso de un individuo de nacionalidad mexicana y a la vez ciudadano de los EUA que tenga un crédito con una FFI (e.g., un banco mexicano) y que no este cubierta por alguna de las excepciones del régimen de FATCA. En ese caso, dicho individuo (al que le aplica FATCA en base a su ciudadanía de los EUA) deberá retener 30% de cada pago de intereses que haga al banco (que tendrá fuente en los EUA al ser derivados de una obligación de un ciudadano de los EUA). La retención muy probablemente será rechazada por el banco e inclusive podría dar lugar a una violación del contrato de crédito en cuestión. Sin embargo, el individuo tendrá la obligación de enterar el impuesto retenido al IRS y como agente retenedor tendrá responsabilidad directa.¹²

INFORMACIÓN QUE DEBE PROPORCIONARSE PARA EVITAR RETENCIÓN

Una FFI puede evitar este régimen de retenciones al suscribir un convenio conforme lo prevé la Sección 1471(b) del IRC (un “Convenio FATCA”). Alternativamente, una FFI puede optar por sujetarse a las mismas obligaciones a las que esta sujeta una institución financiera doméstica y que se le conoce como el “Sistema de Reporte Forma 1099”.¹³ Cabe señalar que esta opción debe de estar contenida en un Convenio FATCA.¹⁴

Dado que la Ley en principio no tiene una aplicación extraterritorial, la posibilidad de poder celebrar un Convenio FATCA o de elegir el Sistema de Reporte Forma 1099 son voluntarios para una FFI. En este sentido, FATCA crea incentivo poderoso para que una FFI determinada tome “voluntariamente” la opción. Es previsible que una FFI que sea sujeta del régimen de retenciones que prevé FATCA se sitúe en una posición de desventaja competitiva en el mercado con relación a competidores que han celebrado un Convenio FATCA o que están en alguna categoría exenta. Por otro lado, algunos comentaristas especulan que algunas FFIs decidirán evitar cualquier contacto con los EUA ante la complejidad y costo de cumplimiento que implica FATCA.

Un Convenio FATCA deberá contener, entre otras, las siguientes obligaciones por parte de la FFI de que se trate:

- a) Obtener la información que sea necesaria de cada uno de sus cuentas y cuentahabientes para determinar si se trata de “Cuentas de los EUA”¹⁵ (i.e., propiedad de residentes fiscales de los EUA). Esta obligación incluye el proceso de apertura de la cuenta y el monitoreo de la mismas durante toda su vigencia. Cabe mencionar que están exceptuadas las cuentas que en ningún momento en el año tenga un saldo mayor al equivalente a USD \$50,000¹⁶. La determinación de cuales cuentas denominadas en monedas distintas al dólar de los EUA están incluidas en o exentas de la definición de “Cuenta de los EUA” será un reto importante para las FFIs.
- b) Cumplir con los procesos de identificación y verificación que el gobierno de los EUA establezca (generalmente mediante disposiciones reglamentarias) para la identificación de Cuentas de los EUA.
- c) Llevar a cabo reportes anuales respecto de las Cuentas de los EUA que mantenga.
- d) Retener y enterar un impuesto equivalente al 30% de cualquier pago que se haga por su conducto a un cuentahabiente “recalcitrante”¹⁷ (i.e. que no ha proporcionado información para determinar si se trata o no de un residente fiscal de los EUA) u a otra FFI que a su vez no tenga vigente un Convenio FATCA, un Sistema de Reporte Forma 1099 o este exenta de las disposiciones de FATCA.

¹¹ Ver Secciones 1471(f)(4) y 1472(c)(2) del IRC.

¹² Ver Sección 1474(a) del IRC.

¹³ Ver Sección 1471(C)(2) del IRC.

¹⁴ Ver Sección 1471(C)(2)(B) del IRC.

¹⁵ Ver Sección 1471(d)(1)(A) del IRC que define el término “United States Account” y las excepciones al mismo bajo la Sección 1471(d)(1)(B) del IRC.

¹⁶ Ver la Sección 1471(d)(1)(B) del IRC.

¹⁷ Ver Sección 1471(d)(6) del IRC que define a un cuentahabiente “recalcitrante” como una persona que no entrega la información requerida por la FFI dentro de un tiempo razonable o bien que no otorga una renuncia a sus derechos derivados de obligaciones legales de secrecía de la FFI.

- e) Cumplir con requerimientos que le haga el gobierno de los EUA en relación a Cuentas de los EUA.
- f) En el caso de que una ley extranjera no permita cumplir con las obligaciones de entrega de la información correspondiente al gobierno de los EUA (e.g., leyes de secrecía bancaria o fiduciaria), obtener un consentimiento de cada cuentahabiente y en el caso de un cuentahabiente que no otorgue su consentimiento (en un tiempo razonable), cerrar la cuenta del mismo. Cabe señalar que en estos casos FATCA no prevé el caso de que existen leyes u otras disposiciones relacionadas con la protección de consumidores en general y de servicios financieros en particular que puedan entrar en conflicto.

El gobierno de los EUA tiene la facultad conforme a la Ley de dar por terminado cualquier Convenio FATCA si estima que la FFI no esta dando debido cumplimiento al mismo.

La información que cada FFI debe reportar al gobierno de los EUA al amparo de un Convenio FATCA incluye la siguiente:

- a) nombre, domicilio y número de identificación fiscal (de los EUA) de cada cuentahabiente que sea residente fiscal de los EUA y en el caso de una cuenta mantenida por una entidad extranjera que tenga dueños de los EUA¹⁸ (definida como tal al tener por lo menos a un dueño que sea residente de los EUA y que sea propietario de manera directa o indirecta de 10% o mas de la entidad y designado como un “dueño substancial de los EUA”¹⁹) la misma información por cada “dueño substancial de los EUA”;
- b) el número de cuenta;
- c) los balances y valores de la cuenta; y
- d) los cargos y abonos a la cuenta.

El tipo de cuentas sujetas de este régimen incluyen tanto cuentas de depósito como de custodia. También se incluyen inversiones en el capital o respecto de deuda emitida por las FFIs y que no sean intercambiada en un mercado bursátil.

Como lo mencionamos antes y conforme lo prevé la Ley, esta pendiente de emitirse un gran cúmulo de disposiciones reglamentarias y administrativas para la implementación de FATCA. En razón de esto, es previsible que varios de los requerimientos que se establecen arriba se detallen, amplíen o modifiquen en un futuro.

La Ley prevé que el gobierno de los EUA pueda determinar que una FFI cumple con las obligaciones de reporte establecidas en la Sección 1471(b) sin necesidad de celebrar un Convenio FATCA en los siguientes casos:

- a) Cuando una FFI cumpla con los requerimientos del gobierno de los EUA para: (i) asegurar que no mantiene cuentas propiedad de residentes fiscales de los EUA y (ii) en relación a cuentas de otras FFIs en la institución de que se trate; o
- b) Cuando la FFI sea parte de un tipo de instituciones que el gobierno de los EUA determine que no es necesario aplicarle las disposiciones de FATCA (e.g. por no existir riesgo de que residentes fiscales de los EUA puedan usarla para transacciones que resulten en evasión fiscal de los EUA).

PAGOS EXENTOS DEL NUEVO SISTEMA DE RETENCIÓN

Además de lo anterior, la Ley prevé que es exceptúen de retención los pagos donde el beneficiario último es alguno de los siguientes:²⁰

- a) gobiernos extranjeros, sus subdivisiones y sus agencias;
- b) organizaciones internacionales y sus agencias;
- c) bancos centrales extranjeros; y
- d) otro tipo de personas que el gobierno de los EUA identifique en base a que representan un bajo riesgo de evasión fiscal.

La Ley no prevé que el gobierno de los EUA pueda exentar a FFI en lo individual.

Es importante destacar que la Ley en su Sección 501(a) establece que las disposiciones de FATCA (en particular la retención sobre “pagos sujetos de retención”) serán aplicables a partir de pagos que se realicen después del 31 de diciembre de 2012. Esto implica que aquellas FFIs que potencialmente sean afectadas por FATCA y deseen celebrar un Convenio FATCA, tienen un periodo relativamente corto para poder estar listas para el inicio de la aplicación de FATCA.

¹⁸ Ver Sección 171(d)(3) del IRC.

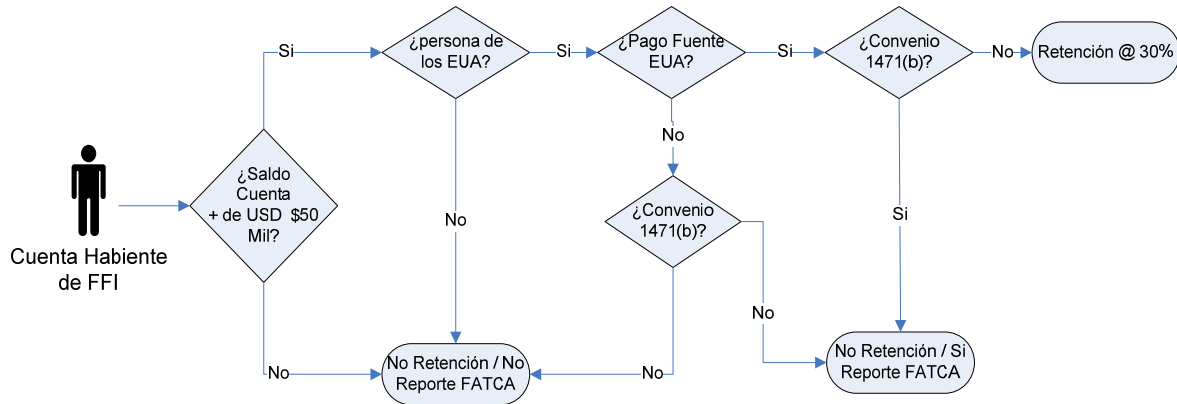
¹⁹ Ver Sección 1473(2)(A) del IRC.

²⁰ Ver Sección 1471(f).

Existe especulación en que por lo complicado y extenso del régimen, el gobierno de los EUA podría otorgar alguna extensión, sin embargo esta posibilidad requeriría de acción del Congreso de los EUA.

No obstante lo anterior, de acuerdo con el primer grupo de reglas emitidas por las autoridades fiscales de los EUA (el “*Internal Revenue Service*” o “IRS”) el 27 de agosto de 2010²¹, los pagos que se deriven de obligaciones vigentes al 18 de marzo de 2010, no estarán sujetos a este sistema. Es importante analizar cada operación en lo particular para determinar si le es aplicable esta exención pues en casos, alguna variación de términos contractuales de la operación en cuestión puede dar lugar a que dicha exención no aplique y que se situó en el régimen previsto por FATCA.

El siguiente diagrama demuestra de manera general la aplicación de FATCA en cuanto un cuenta habiente persona física de una FFI:



RÉGIMEN APLICABLE A ENTIDADES NO-FINANCIERAS EXTRANJERAS (*NON-FINANCIAL FOREIGN ENTITIES* O “NFFES”)

FATCA también incluye la obligación de retención del 30% del monto bruto sobre “pagos sujetos de retención” de fuente de los EUA que se realicen a NFFEs. La Sección 1472(d) del IRC define a una NFFE como cualquier entidad extranjera que no sea una institución financiera y según la misma se define por la Sección 1471(d)(5) y que mencionamos anteriormente. La amplitud de este concepto incluye a prácticamente todos los tipos de entidades extranjeras.

Para poder evitar la retención impuesta por FATCA será necesario que la NFFE en cuestión entregue al agente retenedor (ver arriba la definición de este concepto) lo siguiente:

- a) Una certificación de que dicho NFFE no tiene como dueño a ningún “dueño substancial de los EUA²²” (i.e., un residente fiscal de los EUA con una participación del 10% o mas), o;
- b) El nombre, domicilio y número de identificación fiscal de los EUA de cada “dueño substancial de los EUA”.

Adicionalmente, será necesario que el agente retenedor (i) no sepa o tenga razón de saber que la información que le presente la NFFE es incorrecta y (ii) entregue al gobierno de los EUA dicha información.²³

Esperamos que el IRS publique próximamente un formato para poder llevar a cabo la certificación mencionada o en su defecto poder recabar la información necesaria sobre la NFFE y sus “dueños substanciales de los EUA”.

Quedan excluidos de la obligación de retención los pagos que se hagan a NFFEs que sean:

- a) corporaciones cuyas acciones coticen en una bolsa de valores o que sean miembros del grupo consolidado²⁴ de una corporación cuyas acciones coticen en bolsa;
- b) entidades organizadas bajo la ley de una posesión de los EUA²⁵ y que sean totalmente propiedad de residentes de dichas posesiones;²⁶

²¹ Ver “Notice 2010-60” del IRS en http://www.irs.gov/irb/2010-37_irb/ar06.html.

²² Ver Sección 1473(2)(A) del IRC para la definición de un “dueño substancial de los EUA”.

²³ Ver Sección 1472(b)(2) del IRC.

²⁴ Ver la Sección 1471(e)(2) del IRC.

²⁵ Incluye Guam, Samoa Americana, las Islas Marianas del Norte, Puerto Rico y las Islas Vírgenes.

²⁶ Ver Sección 937(a) del IRC.

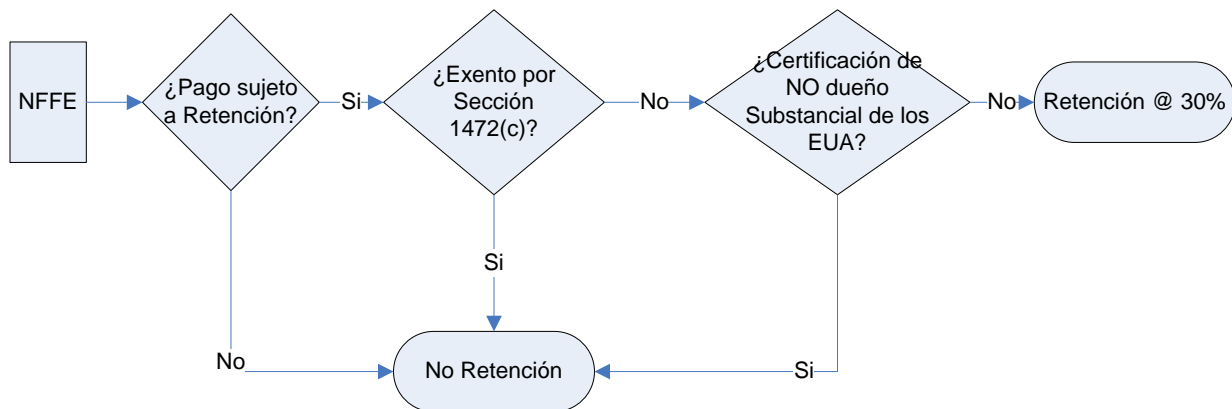
- c) gobiernos extranjeros, sus subdivisiones y sus agencias;
- d) agencias internacionales y sus agencias;
- e) bancos centrales extranjeros; y
- f) miembros de una clase de entidades que haya sido declarada exenta por el gobierno de los EUA.

Adicionalmente se le da la facultad ejecutiva al gobierno de los EUA para que determine tipos de pagos a NFFEs que no deban ser sujetas del régimen de FATCA (i.e. de retención al 30% sobre el monto bruto del pago). No obstante lo anterior, al igual que en el caso de las FFIs, el gobierno de los EUA no tiene la facultad de exentar del régimen de FATCA a NFFEs en lo individual.

Un ejemplo de la forma en que las disposiciones de FATCA aplicables a NFFEs pueden afectar una transacción es en el caso de la venta de las acciones de una corporación privada de los EUA, subsidiaria de una corporación extranjera. Esta transacción estaría normalmente exenta de impuesto en los EUA. Sin embargo, ahora la transacción estará expuesta a las disposiciones de FATCA y el comprador estará obligado a retener un 30% del valor bruto de la operación (aún y cuando el vendedor extranjero no obtenga una ganancia por la transacción).

Como explicamos antes, en un caso como este probablemente se podrá continuar con el régimen de exención al entre otros requisitos, proveer la certificación prevista por la Sección 1472(b)(1); sin embargo será necesario que en la planeación, negociación, documentación y ejecución de la transacción se tomen en cuenta y cumplan puntualmente estas nuevas reglas.

El siguiente diagrama demuestra de manera general la aplicación de FATCA a una transacción con una NFFE:



CONCLUSIONES Y PASOS A TOMAR

Por su importancia en términos de costo potencial, FATCA es un acrónimo nuevo pero que pronto será parte del argot de la comunidad financiera internacional. Lo novedoso y complicado del régimen obliga a los profesionales financieros y fiscales a prestar especial atención.

Por su parte, las instituciones que potencialmente estarán afectadas y sus asesores requieren en primer lugar evaluar el costo y beneficios de negociar e implementar un Convenio FATCA en cuyo caso deberá agendar y tomar pasos concretos a la brevedad, incluyendo entre otras los siguientes:

- a) Establecer un programa de educación y entendimiento respecto de las reglas de FATCA y su aplicación, incluyendo su interacción con la regulación doméstica de aplicable a la institución. Este programa deberá ser diseñado e implementado para cada uno de los niveles de la institución (e.g., directivo, técnico, operativo);
- b) Diseñar e implementar procesos internos que permitan la identificación y monitoreo de Cuentas de los EUA;
- c) Analizar, revisar y en su caso modificar los procesos internos y la documentación existente para la apertura y operación de cuentas incluyendo en particular los procesos denominados KYC (*know your client*);
- d) Negociar e implementar un Convenio FATCA con el IRS;

- e) Definir y asignar responsabilidades y funciones internas necesarias para llevar a cabo el cumplimiento de obligaciones al amparo del Convenio FATCA. Esto puede incluir involucrar tanto a áreas técnicas (e.g., departamentos jurídico, de cumplimiento fiscal y anti lavado de dinero), operativas (e.g., gerentes y personal de sucursales) y directivas (e.g., comité de auditoria interno, encargados de diseño de políticas institucionales, etc.);
- f) Entrenar a personal y directivos a varios niveles en temas relacionados con el cumplimiento y ejecución de las disposiciones de FATCA y en particular del Convenio FATCA;
- g) Diseñar e implementar los diferentes programas derivados de las obligaciones asumidas mediante el Convenio FATCA, incluyendo la emisión de reportes, información estadística, transferencia de información y auditorias periódicas;
- h) Diseñar y establecer un sistema de transición que permita la implementación del Convenio FATCA a cuentas existentes y la incorporación de nuevas cuentas;
- i) Establecer un sistema de monitoreo de nuevas reglas, casos y otras disposiciones relacionadas con FATCA.

Cada una de las actividades anteriores dará lugar a un importante número de actividades adicionales. La complejidad y extenso del proceso de preparación para el inicio de FATCA que como se mencionó antes esta previsto para el 1 de enero de 2013, requiere para la mayoría de las FFIs que pudieran ser afectadas por FATCA un claro y evidente sentido de urgencia.

Los licenciados Enrique Hernández-Pulido y Patrick Martin son Socios de la firma Procopio, Cory, Hargreaves & Savitch (Procopio) en San Diego, Ca. El Sr. Martin es el líder de la práctica fiscal y el Sr. Hernández-Pulido es el líder de la práctica internacional de la firma. La práctica de ambos incluye la representación de clientes de los E.U. y extranjeros en la planeación de impuestos internacionales y asuntos de derecho internacional relacionados, particularmente cuestiones y operaciones entre México y los Estados Unidos. Entre sus clientes tienen a personas extranjeras, familias multinacionales, compañías, atletas internacionales, artistas y grupos de entretenimiento asesorándolos en el desarrollo de operaciones comerciales; inversiones a nivel mundial y estructuras de financiamiento, estrategias de planeación fiscal en base a tratados internacionales y planeación fiscal sobre ingresos mundiales, sucesiones y herencias. El Sr. Hernández-Pulido pueden ser contactado al 619.515.3240 o vía email a enrique.hernandez@procopio.com y el Sr. Martin puede ser contactado al 619.515.3230 o vía email a patrick.martin@procopio.com.