

FATCA²³⁶ Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN INVERSIONISTAS CHILENOS.

Miguel Morales Nilo

Master of Laws in International Taxation,
G. Levin College of Law,
University of Florida.
Magister en Gestión y Dirección Tributaria.
Abogado.



1.- INTRODUCCIÓN

El origen del régimen de reporte tributario, conocido como FATCA se puede empezar a descubrir, en mi opinión, en las medidas económicas adoptadas en la mitad de la década de los ochenta durante el primer periodo presidencial de Ronald Reagan.

Durante su periodo presidencial, se adoptaron al menos 2 medidas que tuvieron efectos económicos inmediatos:

- a) El Gobierno disminuyó la tasa del impuesto a las compañías.
- b) El Gobierno se involucró en una política de gasto en materia de armamentos.

La consecuencia obvia de estas dos políticas fue un gran déficit presupuestario. Como agravante de lo anterior, durante la década de los ochenta, el ahorro de Estados Unidos era escaso, por lo que la única alternativa que encontró el gobierno del presidente Reagan fue obtener recursos del exterior de Estados Unidos. La decisión que se adoptó tuvo por objeto permitir a los inversionistas extranjeros prestar fondos a Compañías

²³⁶ Foreign Account Tax Compliance Act. Ley de Cumplimiento Tributario de Cuentas Extranjeras.

Americanas y al Gobierno Americano evitando el pago del impuesto de retención correspondiente, una vez que se pagaran los préstamos, total o parcialmente. El impuesto de retención (withholding tax) es del 30 por ciento de la suma que se paga al acreedor.

De esta manera durante el año 1984 el Congreso Americano aprobó un régimen denominado Portfolio Interest Exemption (P.I.E.), que cubriendo ciertos préstamos o inversiones efectuadas bajo determinadas condiciones de propiedad, que se otorgaran a compañías Americanas y al Gobierno Americano, exime del pago de impuesto de retención, cuya tasa es del 30%, a la suma que se remesará al acreedor extranjero.²³⁷

Los inversionistas Americanos no están facultados para acogerse a esta excepción tributaria.

Por lo anterior, la forma que encontraron ciertos inversionistas Americanos para acogerse indirectamente al régimen de exención denominado Portfolio Interest Exemption, fue invertir en Estados Unidos, a través de instituciones extranjeras, las que mientras no sean titulares de al menos el 10% de la propiedad de la compañía en que se efectúa la inversión, pueden acogerse al régimen tributario antes descrito.

Adicionalmente, para perfeccionar su inversión los inversionistas Americanos recurrieron, a jurisdicciones que les otorgaran un beneficio adicional: el secreto bancario.

Es este segundo elemento el que estuvo presente en el caso *United States v. UBS AG*²³⁸. El banco Suizo alcanzó un acuerdo con Estados Unidos, en virtud del cual acordó pagar setecientos ochenta millones de Dólares en multas, intereses y ciertas restituciones. Adicionalmente, Estados Unidos demandó al Banco Suizo en un intento de forzar que se revelaran cerca de 52.000 cuentas secretas. El argumento inicial del Gobierno Suizo para evitar la entrega de la información requerida se fundó en el imperio de las normas internas respecto al secreto bancario. Finalmente el UBS (United Bank of Switzerland) reveló los nombres de más de 4.000 cuentas mantenidas por ciudadanos Americanos.

Con el objeto de evitar la utilización del régimen de exención no previsto para inversionistas Americanos, es que, durante el año 2009, el Congreso de Estados Unidos, aprobó un nuevo régimen de reporte tributario y de retención por pagos

²³⁷ I.R.C. § 871(h) (individuos no residentes) y 881(c) (corporaciones extranjeras).

²³⁸ Caso N°. 09-20423-CIV- iniciado el 30 de Junio de 2009, ante Southern District of Florida, Miami Division.

hechos a Instituciones Financieras Extranjeras (Foreign Financial Institutions / FFIs) y otras personas extranjeras, denominado Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), que en palabras del Internal Revenue Service (IRS), “ es un desarrollo importante en los esfuerzos de Estados Unidos, para combatir la evasión tributaria por personas Americanas que mantienen inversiones en cuentas offshore”.²³⁹

Asimismo, en Enero de 2013, el IRS Americano (Internal Revenue Service), publicó las normas destinadas a complementar el Código Tributario (Internal Revenue Code) y a determinar el sentido y alcance de las normas contenidas en el referido código. Dichas normas, se denominan “regulations” dentro del sistema tributario de Estados Unidos.²⁴⁰

2.- ANÁLISIS

Bajo el Régimen FATCA, algunos contribuyentes Americanos que mantengan activos financieros fuera de Estados Unidos deben reportar dichos activos al IRS (Internal Revenue Service). Asimismo, FATCA requiere que ciertas Entidades Financieras extranjeras (Foreign Financial Institutions / FFIs) reporten directamente al IRS información acerca de las cuentas que con ellos mantengan Contribuyentes Americanos, o que mantengan entidades extranjeras en las cuales, contribuyentes Americanos mantengan propiedad sustancial.

El sistema de reporte de información se divide en torno a:

2.1.- Contribuyentes que mantienen Activos Financieros Extranjeros:

Aquellos contribuyentes Americanos que mantengan activos financieros extranjeros por un valor que exceda 50,000 dólares al último día del ejercicio tributario, deben reportar información acerca de dichos activos, la que debe adjuntarse a la declaración anual de impuestos. La omisión de dicho reporte puede resultar en una multa de 10,000 dólares. En caso de que el contribuyente reincida en el incumplimiento puede llegar a multas de hasta 50,000 dólares.

²³⁹ www.irs.gov.

²⁴⁰ Treasury Regulations §1.1471 - 1.1474

2.2.- Instituciones Financieras Extranjeras (Foreign Financial Institutions/ FFIs):

Las Instituciones Financieras extranjeras se encuentran, bajo el régimen FATCA, en la posibilidad de elegir una de dos alternativas:

- a) Revelar información respecto de los titulares de cuentas extranjeras, o
- b) Pagar un 30% de impuesto de retención respecto de los ingresos que reciban toda vez que dichos ingresos tengan su fuente en Estados Unidos.

Para cumplir adecuadamente con estos nuevos requerimientos de reporte de información una FFI debe suscribir un acuerdo con Internal Revenue Service en virtud del cual se obligan a recolectar y entregar información que permita identificar a las “cuentas Americanas”(U.S accounts). Para tales efectos la información debe ser al menos la siguiente: Nombre, dirección, Tax Identification Number (TIN) de cada titular de cuentas, número de la cuenta, el saldo de la cuenta, los valores recibidos y los retiros desde la cuenta.

En consecuencia, si una Institución Financiera Extranjera (FFI), decide no dar cumplimiento a los requerimientos de información requeridos por el régimen FATCA, quedará sujeto a la aplicación del impuesto de retención por todos los pagos sujetos a retención.²⁴¹ (withholdable payment).

Bajo el régimen de FATCA las responsabilidades de las entidades están dadas por su clasificación. Para dichos efectos, las entidades se dividen en:

- a) Agente de Retención Americano (US withholding Agent / USWA).
- b) Institución Financiera Extranjera (Foreign Financial Institution / FFI), o
- c) Entidad Extranjera No Financiera (Non-Financial Foreign Entity / NFFE).

2.2.1.- Agente de Retención Americano

Es cualquier persona que tiene el control, recepción o custodia sobre la disposición o pago. En términos generales se trata de una persona Americana, no una persona

²⁴¹ Section 1471(a): the term “withholdable payment” includes “any payment of interest, dividends, rents, salaries, wages, premiums, annuities, compensations, remunerations, emoluments, and any other fixed or determinable annual or periodical gains, profits, and income from sources within the United States”; or any gross proceeds from the sale or other disposition of any property of a type which can produce interest or dividends from sources within the United States.

natural, e incluye Corporaciones domésticas, partnership domésticas o un Trust Americano.

2.2.2.- Institución Financiera Extranjera

Es cualquier entidad no Americana pudiendo ser:

Institución depositaria: Es una institución que acepta depósitos en el curso ordinario de su negocio bancario o negocios similares. Si una institución solamente acepta depósitos o valores para la compra o arriendo de propiedades se considera que no se encuentra en el negocio bancario.

Institución de custodia: Es una entidad que mantiene activos financieros de terceras personas como parte sustancial de su actividad.

Institución Inversionista: Se encuentra definida dentro de tres categorías, pero que en términos generales incluye: Brokers, Fondos Mutuos, Fondos de Inversión, vehículos de inversión, tales como Venture Capitals, Hedge Funds, u otros vehículos de inversión similares.

Ciertas compañías de seguro: se trata de compañías de seguro toda vez que se cumplan ciertos umbrales en relación al flujo o fondos que se encuentren cubiertos con sus contratos.

2.2.3.- Institución Extranjera No Financiera

Definición residual respecto de Institución Financiera extranjera.

Como se dijo anteriormente, el Régimen FATCA, en relación a las instituciones financieras antes descritas, trae como consecuencia, la aplicación de un impuesto de retención equivalente al 30% del monto remesado, sin deducciones, toda vez que el pago se hubiere efectuado a instituciones o personas que no se encuentren acogidas o no califiquen para las excepciones de retención.

En consecuencia, el aspecto principal sobre el que descansa la aplicación práctica de este régimen de reporte, es la aplicación del impuesto de retención. Dicha obligación recae en el Agente de retención americano (USWA), ya que este, según su definición bajo las regulaciones emitidas por el Internal Revenue Service es quien tiene el “control, custodia o disposición del pago hecho a una entidad sujeta al régimen de retención de FATCA”:

A mayor abundamiento, el denominado Agente de Retención Americano, puede verse expuesto al pago de multas e intereses por parte del Internal Revenue Service en caso de haber aplicado impuesto de retención sobre valores inferiores a los que debió. Por tal razón, a contar de Enero de 2014, el Agente de Retención Americano deberá aplicar el impuesto de retención antes referido a cualquier pago que se haga a personas respecto del cual, no cuente con información que le permita tratar a dicho receptor del pago como exento del régimen FATCA.

Considerando que el Agente de retención Americano, es el responsable de la aplicación del impuesto de retención del 30%, también tiene la carga de determinar si un pago reúne las condiciones para ser objeto de retención.

3.- ACUERDOS INTER GUBERNAMENTALES

Son convenios que se suscriben entre las autoridades tributarias de Estados Unidos y del país que corresponde, como una manera de dar cumplimiento a los requerimientos de reporte tributario requeridos bajo el régimen FATCA, y de esa manera permitir a las Instituciones Financieras de la jurisdicción correspondiente evitar encontrarse sujetos al gravamen del impuesto de retención correspondiente.

Al respecto, se han desarrollado dos modelos de acuerdos.

Bajo el modelo Uno (1 IGA) la institución financiera extranjera debe reportar la información financiera correspondiente directamente a la autoridad tributaria de su país, la que posteriormente las transmite a la autoridad tributaria de Estados Unidos (Internal Revenue Service / IRS), conforme a un Tratado de Doble tributación o un acuerdo de intercambio de información. Estados Unidos ha suscrito algunos acuerdos intergubernamentales bajo este modelo, con el Reino Unido, Dinamarca y México.

Bajo el modelo Dos (2 IGA) la institución financiera extranjera debe reportar la información financiera correspondiente directamente a la autoridad tributaria de Estados Unidos. Este modelo fue diseñado con el objeto de evitar los potenciales conflictos de leyes internas que podrían hacer difícil para las Instituciones financieras de algunas jurisdicciones, cumplir con el régimen de reporte de FATCA.

4.- ALGUNAS CONSECUENCIAS QUE EL RÉGIMEN FATCA PRODUCE EN EL SISTEMA JURÍDICO – ECONÓMICO CHILENO

4.1.- Ciudadanos americanos en Chile

Como se indicó previamente, uno de los objetos del régimen FATCA es evitar que ciudadanos americanos se acojan a un beneficio tributario que se obtiene mediante inversiones que estos efectúan y se materializan en Estados Unidos desde el extranjero. De dicha manera, la inversión desde el extranjero, bajo ciertas condiciones logra evitar el pago de un impuesto de retención equivalente al 30% de los valores que se remecen al exterior.

El efecto colateral que el régimen FATCA ha producido, se refiere al hecho de que ciudadanos Americanos que por distintas razones son residentes o domiciliados fuera de Estados Unidos, han analizado las consecuencias tributarias de renunciar a la ciudadanía Americana, con el objeto de acogerse a franquicias de que son titulares quienes no son ciudadanos Americanos.

No obstante, la renuncia a la ciudadanía Americana es un procedimiento que tiene requerimientos administrativos (en caso de que el ciudadano Americano renuncie desde el extranjero, esta se debe materializar ante el Cónsul Americano correspondiente) y consecuencias tributarias.

El régimen tributario de Estados Unidos, contempla un impuesto para la renuncia a la ciudadanía Americana, denominado “Expatriation Regime”. Los expatriados que son calificados como “covered expatriates” están sujetos a un impuesto denominado “exit tax”. El referido impuesto se determina “como si” el ciudadano Americano hubiera vendido sus activos, teniendo como fecha de venta, el día anterior al de la renuncia a la ciudadanía o nacionalidad ante un diplomático Americano o Agente Consular.

La ganancia o pérdida debe reconocerse y en consecuencia se debe proceder al pago del referido “exit tax”.

Por las razones antes dadas, la renuncia a la ciudadanía Americana como consecuencia del régimen FATCA requiere del ciudadano Americano un análisis de las cargas económicas de cada régimen tributario. Adicionalmente, debe considerarse que la renuncia antes referida puede tener una consecuencia adicional; la denominada “Red Amendment”, en virtud de la cual el ciudadano que ha renunciado a su ciudadanía podría verse impedido de ingresar nuevamente a Estados Unidos, si bajo el criterio de las autoridades administrativas, la renuncia a la ciudadanía tuvo como propósito evitar el pago de impuestos. (“Tax avoidance purposes”).

4.2.- Normas de secreto bancario en el ordenamiento jurídico nacional.

Como se ha dicho, el régimen FATCA, es un régimen de reporte tributario, en consecuencia, puede encontrarse en conflicto con ciertas normas internas de las jurisdicciones a las que pertenecen las denominadas Foreign Financial Institutions que optan por la entrega de la información requerida por el referido régimen, con el objeto de evitar el pago del impuesto de retención del 30% sobre los valores que se reciban.

Las normas sobre secreto bancario en Chile, se desprenden en la ley General de Bancos²⁴². Específicamente el artículo 154 de la referida ley, hace una distinción entre reserva y secreto bancario.

El secreto bancario se encuentra consagrado en el inciso primero de la referida disposición, aplicándose únicamente a operaciones de captación o depósito.²⁴³

Por su parte, el inciso segundo de la misma disposición dispone que se comprende como reservada toda aquella información que no se encuentra sujeta a secreto con arreglo al referido inciso primero.²⁴⁴

En consecuencia, la ley es clara y restrictiva respecto de que operaciones se encuentran sujetas al secreto bancario; las restantes operaciones se encuentran entonces, al amparo de la reserva bancaria y no del secreto.

Las “demás operaciones”, a que se refiere el artículo 154 inciso segundo de la ley de Bancos, son todas aquellas en las que el banco correspondiente no actúa como “captador”, esto es, en las que no actúa como deudor, y que se encuentran referidas en el artículo 69 de la Ley General de Bancos. El numeral 1) se refiere a la recepción de depósitos y la celebración de cuentas corrientes bancarias.²⁴⁵

¿Es válido, entonces, dentro del ordenamiento jurídico chileno, la celebración de acuerdos entre la autoridad tributaria chilena y el departamento del Tesoro y el Internal Revenue Service de Estados Unidos, destinados a la entrega de información requerida

²⁴² DFL N° 3, del año 1997, del Ministerio de Hacienda.

²⁴³ Artículo 154 inciso primero: “Los depósitos y captaciones de cualquier naturaleza que reciban los bancos están sujetos a secreto bancario y no podrán proporcionarse antecedentes relativos a dichas operaciones sino a su titular o a quien haya sido expresamente autorizado por él o a la persona que lo represente legalmente.”

²⁴⁴ “Las demás operaciones quedan sujetas a reserva y los bancos solamente podrán darlas a conocer a quien demuestre un interés legítimo y siempre que no sea previsible que el conocimiento de los antecedentes pueda ocasionar daño patrimonial al cliente”.

²⁴⁵ “Recibir depósitos y celebrar contratos de cuenta corriente bancaria”.

bajo el régimen FATCA, ya sea directamente por la Institución financiera nacional o por el Servicio de Impuestos Internos?

¿Es jurídicamente válido entregar información relativa a movimientos hacia o desde el exterior, de remesas, pagos o traslados de fondos, en las que hayan intervenido los bancos o demás instituciones financieras por encargo de un tercero, tratándose de operaciones sujetas a reserva?

Al respecto se deben tener presente los siguientes antecedentes:

- A. Con fecha 20 de Diciembre de 2004, el Servicio de Impuestos Internos emitió la Resolución Exenta N° 120/04 en virtud de la cual: “Las instituciones bancarias, agencias o representaciones de bancos extranjeros, casas de cambio, instituciones financieras y demás entidades con domicilio o residencia en Chile, que realicen, por encargo de terceros, operaciones correspondientes a: remesas, pagos o traslados de fondos al exterior, ingresos de fondos desde el exterior u operaciones que impliquen disposición de fondos en el exterior, deberán presentar a este Servicio, antes del 15 de marzo de cada año, por las operaciones del año comercial inmediatamente anterior, una declaración jurada anual que contenga el detalle de dichas operaciones que sean iguales o superiores a US\$ 10.000 o su equivalente, conforme al modelo de formulario electrónico N° 1862, denominado “Declaración jurada anual sobre transferencias y disposiciones de fondos desde y hacia el exterior realizadas a través de instituciones bancarias y otras entidades por encargo de terceros”. Para estos efectos, por disposición de fondos, se entenderá cualquier acto, convención o contrato en virtud del cual, la parte con domicilio o residencia en Chile utiliza fondos de que dispone en el extranjero, a cualquier título, para realizar inversiones, pagos, transferencias o traspasos”.

La referida resolución fue objeto de una acción de nulidad de derecho público que fue rechazada mediante el fallo emitido por la Excelentísima Corte Suprema, pronunciándose en recurso de casación en el Fondo emitido con fecha 25 de Marzo del presente año²⁴⁶, en virtud del cual la Corte distingue entre aquellas operaciones que se encuentran amparadas bajo el secreto bancario y aquellas que se encuentran amparadas bajo la reserva; pronunciándose asimismo, respecto de los requisitos bajo los cuales el Servicio de Impuestos Internos puede obtener o requerir la información referida en Resolución Exenta N° 120/04, y que constituye en esencia aquellas que se encuentran bajo el régimen FATCA.

²⁴⁶ Autos rol N° 8038-11 sobre juicio ordinario de nulidad de derecho público.

En efecto, la Corte resolvió que las operaciones bancarias descritas en la resolución 120/04 se encuentran amparadas por la reserva bancaria y no por el secreto bancario; indicando asimismo, que el Servicio de Impuestos Internos cumple con los requisitos previstos en el inciso segundo del artículo 154 de la Ley general de Bancos, para excepcionar la reserva bancaria.

Dichos requisitos son:

- i. Demostrar un interés legítimo, y
 - ii. No ser previsible que el conocimiento de dichos antecedentes pueda ocasionar un daño patrimonial al cliente.
- B. La ley 20.406 que establece normas que permiten el acceso a la información bancaria por parte de la autoridad tributaria.

Esta ley fue parte de las reformas que realizó Chile para poder ingresar a la OCDE.

Bajo las disposiciones de este cuerpo legal, se flexibiliza el secreto bancario, permitiendo que la justicia ordinaria autorice el examen de información relativa a operaciones bancarias de determinadas personas, incluso aquellas sometidas a secreto o reserva, en aquellos procesos por delitos relacionados con el cumplimiento de obligaciones tributarias.

El Servicio de Impuestos Internos goza de la misma facultad, cuando resulte indispensable la verificación de veracidad e integridad de las declaraciones de impuestos o la falta de éstas últimas. También para cumplir el requerimiento de autoridades tributarias extranjeras (con quienes existan convenios de intercambio de información) y entre Estados con los cuales existan convenios de doble tributación.

El mismo cuerpo legal incorporó un nuevo artículo 62 al Código Tributario, determinando un procedimiento destinado a la obtención de la referida información. Para tales efectos, el SII deberá hacer un requerimiento previo al Banco indicando específicamente las operaciones y períodos comprendidos y el motivo de la solicitud.

El Banco debe notificar a su cliente respecto de esta solicitud. El cliente podrá aceptar o negarse a que se entregue esta información. Si nada dice, se entiende que acepta.

5.- CONCLUSIONES

En consecuencia; la existencia de la ley 20.406, las modificaciones que esta introdujo al Código Tributario y el rechazo por parte de la Corte Suprema del recurso de nulidad de derecho público respecto de la Resolución del Servicio de Impuestos Internos número 120/04 permiten anticipar con cierto optimismo, la posibilidad de que las autoridades tributarias de nuestro país suscriban un IGA (sigla en inglés para los Acuerdos Inter gubernamentales), bajo el modelo Uno (en este modelo la institución financiera extranjera debe reportar la información financiera correspondiente directamente a la autoridad tributaria de su país, la que posteriormente las transmite a la autoridad tributaria de Estados Unidos (Internal Revenue Service / IRS), conforme a un Tratado de Doble tributación o un acuerdo de intercambio de información.

En otras palabras, nuestro ordenamiento jurídico contiene las herramientas que permitirán dar cumplimiento al régimen de reporte tributario denominado FATCA, mediante la suscripción de un Acuerdo Inter gubernamental (IGA), logrando en consecuencia evitar la aplicación de un impuesto de retención equivalente al 30% de los valores que se remesen por parte de las Instituciones Financieras extranjeras por medio de las cuales se materialicen inversiones en Estados Unidos, logrando al mismo tiempo, garantizar el cumplimiento de las normas sobre reserva o secreto bancario, consagradas en la Ley General de bancos y en el Código Tributario.

6.- BIBLIOGRAFÍA

Internal Revenue Code. Ver sitio web: www.irs.gov, ó <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/26>.

Caso N°.: 09-20423-CIV- Southern District of Florida, Miami Division.

Treasury Regulations. Ver sitio web: <http://www.treasury.gov>.

Ley General de Bancos. DFL N°3 del año 1.997 del Ministerio de Hacienda.

Resolución Exenta N° 120/04, Servicio de Impuestos Internos.

Autos Rol N° 8.038-11, sobre juicio ordinario de nulidad de Derecho Público.

Ley 20.046, de 2005, Modifica la Ley N° 18.290, de transito, con el fin de permitir el reconocimiento de las licencias de conducir en el extranjero. *Diario Oficial*, 30 de septiembre de 2005.

