

FATCA. LEY ESTADOUNIDENSE DIRIGIDA A FACILITAR LA FISCALIZACIÓN DE IMPUESTOS SOBRE CONTRIBUYENTES NORTEAMERICANOS. SU REPERCUSIÓN EN LA ARGENTINA Y ESPECIALMENTE SOBRE LAS ENTIDADES FINANCIERAS EN SENTIDO AMPLIO

El Congreso de los Estados Unidos de América (EUA) aprobó la **Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)**, cuya finalidad es facilitar la fiscalización y el gravamen de contribuyentes norteamericanos como una estrategia para eludir la evasión tributaria. Mediante la ley promulgada el 18 de marzo de 2010 se establece un régimen para la obtención de información de relevancia fiscal que responde al nombre de FATCA.

La particularidad de FATCA viene dada por el hecho de que ésta no transita los mismos carriles en materia de intercambio de información con otros países como hasta el presente, en donde dicho intercambio se articulaba mediante la directa intervención de los Fiscos de cada país, sino que se dirige al universo de entidades privadas de cualquier país del mundo, convirtiéndolas en agentes informantes de datos que interesan a la autoridad fiscal norteamericana.

Por de pronto, la nueva normativa prevé una *invitación* dirigida a las entidades financieras establecidas fuera de EEUU (denominadas *Foreign Financial Institutions* o FFI) para que suscriban un acuerdo con el *Internal Revenue Service* (IRS) que es el equivalente a la AFIP en la Argentina, a través del cual dichas entidades deberían comprometerse a proporcionar información al organismo fiscal norteamericano sobre ciudadanos o contribuyentes de EEUU y sus respectivas inversiones.

Debe tenerse en cuenta que FATCA adopta un concepto muy amplio de entidad financiera pues el mismo alcanza no sólo a los Bancos sino a cualquier entidad que se dedique a la inversión y operativa sobre valores, *commodities* y derivados, tales como *brokers*, compañías de seguros y fondos de inversión, entre otros.

La entidad adherida al nuevo sistema deberá proporcionar información sobre todos los ciudadanos estadounidenses que sean titulares de cuentas en la institución no sólo de forma directa sino también a través de entidades interpuestas.

De conformidad con el nuevo régimen, la entidad financiera que suscriba el acuerdo deberá probar que, en el caso concreto, no existen ciudadanos estadounidenses que sean titulares de cuentas, a fin de evitar las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de dicho acuerdo, con lo cual se invierte la carga de la prueba subvirtiendo principios constitucionales hondamente arraigados en los Estados de Derecho.

El castigo dirigido hacia las entidades que no suscriban el acuerdo consiste en la imposición de una retención equivalente al 30% sobre cualquier pago de fuente de los Estados Unidos obtenidos por dichas entidades, correspondiente a: Intereses, rentas, regalías, salarios, primas, compensaciones, remuneraciones, cualquier otro tipo de

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

ingreso que sea fijo o determinable, anual o periódico (por ejemplo, alquileres) o ganancias derivadas de la venta o disposición de títulos valores que producen intereses o dividendos de fuente los Estados Unidos, quedando incluidos las rentas y amortizaciones de capital.

Entre las obligaciones asumidas por las FFI que suscriban el acuerdo figura la de practicar la retención sobre los pagos que realicen a otras entidades no estadounidenses que no lo hubieran suscrito. Es lo que se conoce como *pass through payments*. Con ello no quedan a salvo del sistema aquellas entidades que no posean inversiones directas en EEUU.

En efecto, cualquier Banco extranjero con relación a la Argentina que hubiera suscrito el acuerdo estará obligado a retener sobre los pagos realizados a cualquier entidad argentina no firmante de aquél. Por lo tanto, si la entidad argentina quisiera librarse de la retención debería firmar, por su parte, el mencionado acuerdo, asumiendo las obligaciones que ello conllevaría, lo que incluye la obligación de practicar retenciones sobre los pagos efectuados a otras entidades que no lo hubiesen suscrito.

La efectiva entrada en vigor de FATCA se ha previsto para el 1º de enero de 2013, aplicándose para las obligaciones surgidas a partir del 18 de marzo de 2012.

La firma del acuerdo habrá de implicar, además,

- Identificar las cuentas de titularidad de residentes de Estados Unidos
- Reportar anualmente información (nombre y domicilio de cada titular, número de cuenta, depósitos, retiros y pagos)
- Atender cualquier otro requerimiento de suministrar información adicional que pudiera efectuar el IRS

Además, si una ley extranjera impide suministrar la información, la institución financiera extranjera deberá solicitar a los titulares de la cuenta la renuncia a su aplicación y si dicha renuncia no puede obtenerse dentro de un periodo razonable, la institución deberá cerrar la cuenta.

La normativa que aquí se comenta habrá de tener indudable trascendencia en las transacciones trabadas por las entidades financieras y sus clientes. Desde el punto de vista operativo y administrativo la imposición de deberes de información de tal magnitud habrá de generar costos extraordinarios de gestión, no compensado por el Tesoro estadounidense.

Por fuera de ello, y desde el punto de vista jurídico, FATCA entra en zona de conflicto con principios fundamentales de rango constitucional. No es nuestra intención, por el momento, explayarnos sobre tales puntos de conflicto, lo que no impide que señalemos el palmario quebrantamiento del principio básico de territorialidad de las normas dictadas en forma unilateral por cada país. En dicho contexto, la penalización del 30% no reconoce fundamento legal en la Argentina y ello podría traer aparejado

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

demandas de sujetos afectados por la retención, dirigidas a las entidades localizadas en nuestro país.

A ello cabe agregar la colisión que el régimen previsto en FATCA supone con el secreto financiero establecido en la Ley de Entidades Financieras y la actuación que le cabe al Banco Central de la República Argentina como tutor del cumplimiento de aquél por parte de las Entidades Financieras.

No menos importante es la preservación del derecho a la intimidad del que gozan tanto las personas físicas cuanto las personas jurídicas, en este último caso aludiendo al derecho a la *autodeterminación informativa* como una extensión del derecho a la intimidad, el que fue concebido en origen en interés de las personas individuales para luego expandirse al derecho que ostentan las organizaciones integradas por grupos de individuos que persiguen determinados fines lícitos, que necesitan resguardar determinados ámbitos de libertad que les garantice la completa vigencia del sustrato último del derecho fundamental.

Buenos Aires, 29 de julio de 2011

Dr. Oswaldo H. Soler

Dr. José Moreno Gurrea