

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE DERECHO

*TRABAJO DE GRADO PARA ASPIRAR AL GRADO DE ESPECIALISTA EN DERECHO
TRIBUTARIO*

***UNA MIRADA AL MODELO NORMATIVO DEL “FOREIGN ACCOUNT TAX COMPLIANCE
ACT (FATCA)”***

POR:

FELIPE CALDERÓN

CLAUDIA ESCOBAR

DIRIGIDO POR:

DAVID MARCELL SALAMANCA ROJAS

BOGOTÁ, D.C., 25 DE NOVIEMBRE DE 2014

TABLA DE CONTENIDO

I.	DEFINICIÓN Y CONCEPTO DE FATCA.....	3
A.	HIRE ACT	3
B.	RECAUDACIÓN FISCAL EN E.U.A.....	3
C.	FOREIGN ACCOUNT TAX COMPLIANCE ACT	3
D.	OBLIGACIONES	4
II.	ANTECEDENTES.....	4
III.	¿A QUIÉN IMPACTA FATCA?.....	7
IV.	APLICACIÓN DE FATCA	8
A.	Acuerdos individuales entre las FFI y el IRS:.....	10
B.	Acuerdos intergubernamentales (IGA por su sigla en inglés) entre el IRS y la autoridad competente del país respectivo:.....	11
V.	OBLIGACIONES GENERALES	12
A.	Firmar contrato con el IRS	12
B.	Clasificación de clientes preexistentes	13
C.	Proceso de identificación de clientes nuevos	13
D.	Cerrar o bloquear cuentas de clientes recalcitrantes.....	14
E.	Aplicar retenciones del 30%	14
F.	Reportar información al IRS	14
VI.	POSIBLES BARRERAS LEGALES.....	15
VII.	NOTICE 2013 / 43	16
VIII.	APLICACIÓN EN COLOMBIA	17
IX.	EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY	23
X.	FECHAS IMPORTANTES DE APLICACIÓN DE FATCA.....	26
XI.	CONCLUSIONES	27
XII.	BIBLIOGRAFÍA.....	30

I. DEFINICIÓN Y CONCEPTO DE FATCA

FATCA por definición hace referencia a “*Foreign Account Tax Compliance Act*”, un capítulo de la Ley “*HIRE ACT*” (por sus siglas en inglés *Hiring Incentives to Restore Employment Act*) que fue promulgada por el Congreso de los Estados Unidos de América (y que modifica el Código de Impuestos de dicho país) con el propósito de evitar la evasión o elusión fiscal de quienes obtengan rentas provenientes de inversiones ubicadas en el extranjero.

A. HIRE ACT

A raíz de la crisis económica que afectó el crecimiento económico en el mundo durante los años 2008 y 2009, el gobierno de E.U.A creó y aprobó la Ley “*HIRE ACT*” la cual tiene por finalidad incentivar la creación de empleos en dicho país.

B. RECAUDACIÓN FISCAL EN E.U.A.

Para mitigar el gran costo que resultaría de proveer incentivos para la creación de empleos, el gobierno de E.U.A dispuso ajustar su recaudación fiscal siendo más estricto con respecto al control sobre la recaudación de residentes que tienen inversiones en el extranjero.

C. FOREIGN ACCOUNT TAX COMPLIANCE ACT

El Título V, Subtítulo A, del “*HIRE ACT*” se denomina FATCA, cuyo objeto es implementar un mejor control sobre la obtención de la información de los ingresos anuales que los residentes para efectos fiscales en E.U.A, que viven en el exterior, deben reportar en sus declaraciones al “*INTERNAL REVENUE SERVICE (IRS)*”.

En este sentido, FATCA pretende que las personas obligadas a pagar impuestos en E.U.A no se lleven sus activos a instituciones financieras del exterior para evitar declararlos.

D. OBLIGACIONES

De manera general, esta Ley obliga a las instituciones financieras fuera de E.U.A. a suministrar información respecto de los “*US Persons*” (concepto al que nos referiremos más adelante), clientes de la institución financiera. Una vez identificados, las instituciones financieras deberán reportar la información en comento de esos clientes al IRS quien establecerá si estos tienen obligaciones fiscales con E.U.A.

Así entonces, FATCA es una Ley que no busca incrementar los impuestos para sus nacionales, sino que tiene como objetivo identificar y obtener información sobre los ciudadanos y residentes estadounidenses que tienen dinero y otros activos fuera de Estados Unidos, para así evitar la evasión tributaria.

II. ANTECEDENTES

Tras alcanzar sus picos más altos en 2006, los precios de la propiedad raíz en más de 25 estados de los Estados Unidos de América empezaron a declinar hasta el punto en que en diciembre de 2008, el Índice de Precios de Vivienda Case-Shiller catalogó dicha situación como la caída de precios más representativa de los últimos veinte años¹ en dicho país.

“Las hipotecas de alto riesgo, conocidas en Estados Unidos como crédito subprime, eran un tipo especial de hipoteca, preferentemente utilizado para la adquisición de vivienda, y orientada a clientes con escasa solvencia, y por tanto con un nivel de riesgo de impago superior a la media del resto de créditos. Su tipo de interés era más elevado que en los préstamos personales (a pesar de que en los primeros años tenían un tipo de interés promocional), y las comisiones bancarias resultaban más gravosas”².

¹Fuente:http://www.standardandpoors.com/servlet/BlobServer?blobheadername3=MDT-Type&blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs&blobheadervalue2=inline%3B+filename%3DCase-Shiller_Housing_Whitepaper_YearinReview%2C0.pdf&blobheadername2=Content-Disposition&blobheadervalue1=application%2Fpdf&blobkey=id&blobheadername1=content-type&blobwhere=1243618038238&blobheadervalue3=UTF-8

²http://es.wikipedia.org/wiki/Crisis_hipotecaria_de_2007

Teniendo en cuenta lo anterior, se procedía con operaciones transaccionales tales como venta o titularización del crédito, transfiriendo con ellas la propiedad del endeudamiento sin que con ello necesariamente se transfiriera el conocimiento sobre el riesgo asociado del endeudamiento moderado a alto riesgo de incumplimiento por parte del deudor.

Con el paso del tiempo y con el aumento en el incumplimiento parcial o total del pago de las cuotas hipotecarias por parte de los deudores, las entidades financieras aumentaron las ejecuciones de los bienes hipotecados, incrementando con ello la desconfianza respecto del manejo contable que el sector financiero había asumido en relación con este tipo de créditos.

“La evidencia de que importantes entidades bancarias y grandes fondos de inversión tenían comprometidos sus activos en hipotecas de alto riesgo provocó una repentina contracción del crédito (fenómeno conocido técnicamente como credit crunch) y una enorme volatilidad de los valores bursátiles, generándose una espiral de desconfianza y pánico inversionista, y una repentina caída de las bolsas de valores de todo el mundo, debido, especialmente, a la falta de liquidez”³.

En esta medida, la falta de liquidez afectó de manera directa no sólo los valores de la propiedad raíz, sino también en el mercado inmobiliario, los fondos de inversión, los inversionistas institucionales y los bancos norteamericanos, dando paso a la ruptura de la “burbuja inmobiliaria” y por ende a la recesión económica de E.U.A

“(…) [L]as pérdidas financieras totales, desde que se inició la crisis (a mediados de 2007), ya superan el US\$ 1,0 billón, pérdidas que están distribuidas en muchas partes del mundo y que van más allá del segmento subprime (y de los demás segmentos hipotecarios), tales como el segmento de préstamos de consumo e inclusive el corporativo, donde el otorgamiento de crédito es más estricto”⁴.

³ *Ibíd.*

⁴ DE LA CUBA, Mauricio. Et. al. “De la corrección inmobiliaria a la crisis financiera. Origen, desarrollo, dispersión y medidas para enfrentar la turbulencia del virus subprime”. Revista Moneda. P. 11. En: <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/Moneda-139/Moneda-139-02.pdf>

Tras la severa crisis económica desatada, el Gobierno estadounidense optó por implementar innumerables medidas para contrarrestar el impacto negativo que a mayor escala produjo este hecho en la economía de ese país.

“Hacia fines de setiembre de 2008, luego de los intentos fallidos del gobierno de EE.UU. para revertir la desconfianza en los mercados (como el rescate de las agencias hipotecarias auspiciadas por el gobierno –GSE– y de la principal compañía aseguradora de activos AIG) y ante los crecientes riesgos de insolvencia del sistema financiero, el gobierno anunció su programa de rescate”⁵.

Para ello, el Gobierno adjudicó más de US\$900 billones en préstamos especiales y de rescate para la Asociación Federal Hipotecaria de la Nación, la Corporación Federal de Créditos Hipotecarios y la Agencia Federal de Administración de Vivienda⁶ y sancionó la Ley de Recuperación Económica y de Vivienda (*“Housing and Economic Recovery Act”*).

De acuerdo con el Departamento de Trabajo de Estados Unidos, alrededor de 8.7 millones de personas perdieron su empleo entre los años 2008 y 2010 y para octubre de 2009, el índice de desempleo alcanzó el 10%⁷, contrastado con el bajo 4,7% que alcanzaba en 2007.

Como una de las medidas implementadas para afrontar la recesión norteamericana, durante el gobierno de Barack Obama (18 de marzo de 2010), se promulgó y sancionó la llamada Ley de Incentivos para la Recuperación de Empleos (*“Hiring Incentives to Restore Employment Act”* o “HIRE” por su sigla en inglés).

A través de esta Ley el Congreso de los Estados Unidos busca, dentro de una agenda legislativa amplia en materia de generación de empleos, *“entregar alivios fiscales e incentivos a las empresas de cualquier tamaño que se estuviesen viendo afectadas por la regular situación económica, con el propósito de que contraten personal desempleado y así influyan en la reducción del índice de desempleo que continua siendo alto y golpea en especial a la clase media norteamericana, de manera que se impulse la reactivación del consumo, para que mejore*

⁵ Ibídem. P. 14

⁶ Fuente: <http://www.treasury.gov>

⁷ Fuente: <http://www.tradingeconomics.com/united-states/unemployment-rate>

la economía general del país, que a raíz de esta situación ha visto estancado su nivel de desarrollo”⁸.

No obstante lo anterior, las medidas de generación de empleo son sólo una parte de las medidas que se hacen necesarias para la reactivación económica. Estas medidas requieren adicionalmente del acompañamiento de medidas complementarias como las impositivas, por medio de las cuales se busque un justo y eficiente recaudo de impuestos, se evite la fuga de los recursos locales a mercados extranjeros más atractivos y se aumente el recaudo por ingreso tributario, para atender de esta manera la recesión económica que ha afrontado este país desde 2008 y de la cual ha ido recuperándose paulatinamente.

En línea con lo anterior, en el Capítulo 4 de la Ley HIRE se incluyó la denominada Ley de Cumplimiento Fiscal para las Cuentas Extranjeras (“*Foreign Account Tax Compliance Act*”), buscando detectar y evitar la evasión de impuestos del mencionado país y mejorar así el pago y recaudo de los mismos.

III. ¿A QUIÉN IMPACTA FATCA?

De manera general, todas las instituciones financieras fuera de E.U.A que clasifiquen bajo alguna de las siguientes categorías , tal y como lo establece el “*Hire Act*” (Secciones 1471 a 1474) están sujetas a cumplir con las regulaciones de FATCA⁹:

- **Instituciones de depósito**

Cualquier institución financiera que acepte depósitos en el curso ordinario de sus negocios financieros.

- **Instituciones de custodia**

Cualquier institución financiera dedicada, o cuya actividad principal se encamine a mantener activos financieros a nombre de terceros.

- **Instituciones de Inversión**

⁸ GARCÍA, Ariza. Ana Gabriela et al. “*FATCA: Un reto fiscal y Financiero para Colombia*”. Artículo de opinión En: Revista de Orientación Tributaria IMPUESTOS. LEGIS. Julio-Agosto de 2012. P. 10.

⁹ Ernst & Young Ltda., Presentación “*INTRODUCCIÓN A FATCA*”, Ciudad de Panamá, septiembre 30 de 2013.

Cualquier institución financiera cuyo negocio primario sea invertir en activos financieros.

- **Instituciones de seguros**

Cualquier institución de seguros que comercialice productos de inversión y seguros de renta vitalicia, ya la tenedoras de acciones de dichas instituciones.

- **Entidad extranjera no financiera**

Cualquier institución no financiera, como parte de un grupo financiero¹⁰.

IV. APLICACIÓN DE FATCA

El Capítulo 4 de la mencionada Ley HIRE sobre FATCA fue adicionado al Subtítulo A del Código de Impuestos de Estados Unidos (“*Internal Revenue Code*”). De esta manera se expandió el régimen de reporte de información de Estados Unidos, imponiendo a las Entidades Financieras Extranjeras (en adelante “FFI”, por sus siglas en inglés; *Foreign Financial Institutions*) las obligaciones de documentación, debida diligencia, práctica de retenciones y realización de reportes de los pagos realizados por o para Personas de los Estados Unidos de América (*US Persons*).

Para efectos de FATCA, por FFI se entiende aquella entidad que habiéndose constituido y encontrándose operando por fuera de los Estados Unidos de América:

- *“Acepte depósitos como parte habitual de su actividad bancaria o actividad similar;*
- *Mantenga activos financieros por cuenta de terceros como parte sustancial de su negocio; o*

¹⁰ Fuente: <http://www.cavali.com.pe/ResumenejecutivoFATCACAVALI.pdf>. “Entidad extranjera que no es una institución financiera, incluyendo las instituciones no financieras en territorio estadounidense. Los agentes retenedores deben retener un 30% de los pagos susceptibles a retención realizados a un beneficiario que sea NFFE, con las siguientes excepciones: El beneficiario de dicho pago sea la NFFE o cualquier otra NFFE; El agente de retención puede considerar al beneficiario del pago como una NFFE que no está sustancialmente participada por estadounidenses, o como una NFFE que ha identificado plenamente a sus propietarios estadounidenses sustanciales; El agente de retención reportará la siguiente información en relación a cualquier propietario estadounidense sustancial del beneficiario de dicho pago: Nombre de la entidad NFFE que es propiedad de un propietario estadounidense sustancial, y el Nombre, TIN, y La dirección postal de cada uno de los propietarios estadounidense”.

- *Tenga como negocio principal el de invertir, reinvertir o comercializar títulos valores, intereses en sociedades, commodities, futuros, opciones, etc. Se encuentran incluidos en estas categorías los fondos mutuos, fondos comunes de inversión, hedge funds, private equity funds, venture capital funds, etc.*¹¹

Bajo la amplitud de la anterior definición, se consideran como FFI no sólo a aquellas entidades prestadoras de servicios financieros sino también a las entidades extranjeras que en general reciban recursos provenientes de personas de los Estados Unidos de América, como lo serían las sociedades comisionistas de bolsa o las sociedades fiduciarias.

Las guías del FATCA elaboradas por el IRS expresamente excluyen de la categoría de FFI a:

- Ciertas entidades extranjeras que actúen como holding de un grupo de subsidiarias dedicadas a un negocio no financiero;
- A las empresas recién constituidas cuya actividad sea un negocio no financiero por los primeros 24 meses (entidades “*Start up*”);
- Las empresas en liquidación o reorganización, siempre que su objeto social no sea o haya sido financiero; y
- Los centros financieros de grupos societarios, siempre que ese grupo societario no esté dedicado a la actividad financiera.

Para alcanzar el propósito de evitar la evasión o elusión fiscal por parte de personas de dicho país, la autoridad tributaria de Estados Unidos (*Internal Revenue Service* o *IRS* por sus siglas en inglés) pretende, a través de las FFI, ampliar la cantidad de información recolectada acerca de los activos poseídos por las personas de Estados Unidos en el exterior.

Esta información incluye entre otros aspectos, (i) el nombre completo, domicilio e identificación fiscal de cada persona de Estados Unidos que sea titular de una cuenta¹²; (ii) el número de la

¹¹ Op. Cit. **GARCÍA, Ariza. Ana Gabriela et al.** P. 12

¹² Para efectos fiscales se considera como “persona” (la persona natural o jurídica de E.U.A) a cualquier residente fiscal de E.U.A. (Código de Impuestos de dicho país, en la Sección §1473) excepto: i) sociedades que cotizan en bolsa o cualquier compañía miembro de un grupo de compañías de la 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, territorio, división política o cualquier agencia o dependencia de ellos, v) Cualquier banco, vi)

cuenta; (iii) el balance de la cuenta; y (iv) los movimientos presentados en la cuenta (incluyendo los retiros, depósitos, entre otros).

Ahora, y con el fin de cumplir con el objeto principal de la Ley, esto es, que el IRS cuente con la información de inversiones en el exterior de “US Persons”¹³, las FFI deberán, so pena de aplicación de sanciones por parte del Gobierno de los Estados Unidos¹⁴, proporcionar al IRS la información relacionada con las rentas que estas personas perciban de y/o tengan en el exterior, por medio de (i) acuerdos individuales suscritos entre las FFI con el IRS; o (ii) acuerdos intergubernamentales (IGA por su sigla en inglés) entre el IRS y la autoridad competente del país respectivo.

A. Acuerdos individuales entre las FFI y el IRS:

En primera medida, FATCA prevé la posibilidad para que las FFI suscriban acuerdos individuales con el IRS a más tardar el 31 de diciembre de 2013.

Esta fecha originalmente fue prevista para junio 30 de 2013, pero dada la dificultad que ha conllevado su implementación extraterritorial, se hizo necesario postergar la entrada en vigencia de la norma y consecuentemente se debió posponer la fecha límite para la suscripción de acuerdos individuales con las FFI¹⁵.

cualquier fondo de inversión en bienes raíces, vii) cualquier compañía de inversión regulada, viii) cualquier fondo de inversión común y ix) cualquier trust exento bajo el código de rentas.

¹³ Con el fin de aproximarse al concepto de “US Person” es necesario considerar los siguientes factores: i) Doble nacionalidad (E.U.A u otra) ii) Ciudadanos americanos aún cuando no residan en E.U.A. iii) Personas físicas con pasaporte de E.U.A iv) Nacidos en E.U.A, salvo renuncia a la nacionalidad, v) Residentes permanentes en E.U.A (posee una “green card”) o vi) Test de presencia sustancial.

¹⁴ La institución que se encuentre en incumplimiento podrá verse obligada a aplicar una retención fiscal del 30 %. Asimismo, será responsable por cualquier impuesto no retenido, con sus respectivos intereses.

¹⁵ El Departamento de Tesoro de los Estados Unidos emitió un nuevo aviso el 12 de Julio de 2013, mediante el cual amplía el plazo para que las entidades financieras de cada país se registren ante el Departamento de Tesoro de los Estados Unidos y obtengan su número de identificación.

Según el aviso 2013-43 emitido por la oficina de Rentas Internas (IRS) del Departamento de Tesoro, ahora las entidades financieras tendrán tiempo hasta el 25 de abril de 2014 para registrarse ante esa oficina y obtener su GIIN o número de identificación sin recibir como sanción la retención del 30% de los flujos provenientes de fuentes norteamericanas.

B. Acuerdos intergubernamentales (IGA por su sigla en inglés) entre el IRS y la autoridad competente del país respectivo¹⁶:

Otra alternativa para la implementación de FATCA consiste en la suscripción de acuerdos intergubernamentales (IGA por su sigla en inglés) entre el IRS y la entidad gubernamental correspondiente del país respectivo.

En este caso, las dos entidades gubernamentales suscriben un acuerdo por medio del cual se regulan los preceptos aplicables tanto a lo sustantivo como a lo procedimental en materia de recolección y suministro de información confidencial y reservada que cada FFI deberá proporcionar al IRS. Cabe señalar que el IGA solamente tendrá efectos y será oponible en territorio colombiano una vez se surtan la totalidad de los requisitos legales establecidos para su formalización y entrada en vigencia.

Al respecto, es importante tener en cuenta que: *“Los acuerdos, convenios o contratos que celebren las entidades públicas de los países entre sí son de carácter interadministrativo o interinstitucional y por tanto tan solo obligan a las entidades que los han suscrito en el marco de las competencias que la ley o la norma del país de origen les ha conferido; los compromisos que así se establezcan los asumen directamente las entidades que los suscriben y no los correspondientes Estados. En ellos no se obliga al Estado Colombiano o al Gobierno Colombiano como tal y por ende a las demás entidades de la Administración que lo conforman y tengan relación con el área temática de los Acuerdos suscritos, efecto que se consigue si se tramita la suscripción de los mismos a través de la Cancillería o se obtienen los plenos poderes para el efecto”¹⁷.*

En línea con lo anterior, con el fin de adquirir plena validez y oponibilidad, el IGA que se suscriba entre el IRS y la respectiva entidad gubernamental colombiana (en principio la DIAN) deberá formalizarse mediante una Ley, un tratado o convenio internacional adoptado

¹⁶ Hasta la fecha se conoce que México, Alemania, Gran Bretaña, Francia, Italia y España han suscrito acuerdos intergubernamentales con el IRS, donde se establece la reciprocidad en las obligaciones de intercambio de información y cooperación. Este modelo de acuerdo se conoce como FATCA I. De otro lado, Japón y Suiza han desarrollado un modelo diferente de acuerdo intergubernamental, que se conoce como FATCA II.

¹⁷ ACCIÓN SOCIAL. Presidencia de la República. *“La Cooperación Internacional y su Régimen Jurídico en Colombia”*. Imprenta Nacional de Colombia. 2008. P. 46.

y ratificado de conformidad con los procedimientos previstos para ello, so pena de permanecer con un alcance limitado donde sólo tendría aplicación respecto de las entidades que lo suscriben.

V. OBLIGACIONES GENERALES

Las regulaciones finales de FATCA aplican a todas las instituciones financieras que estén en un país que no hubiere suscrito un Acuerdo Intergubernamental con el Departamento del Tesoro de E.U.A.

Así entonces, las regulaciones finales de FATCA establecen las siguientes obligaciones:

A. Firmar contrato con el IRS

Todas las instituciones interesadas en cumplir con las regulaciones de FATCA deberán suscribir un acuerdo con el IRS, con el cual se obligan a cumplir con las disposiciones de este ordenamiento. De tal forma, la firma del acuerdo se podrá hacer a través del portal en internet de FATCA, registrándose en el portal del IRS, estipulando el tipo de institución financiera, y con base en esto se deberá cumplir ciertas obligaciones para que el acuerdo siga vigente.

Una vez se realice lo anterior, a cada institución financiera se le asignará un número GIIN (*“Global intermediary identification number”*), este servirá para que la institución financiera pueda identificarse ante otras instituciones, y compruebe que sí se cumple con las regulaciones de FATCA.

“El portal FATCA estará disponible para registro a más tardar el 19 de agosto de 2013, y los números GIIN se empezarán a asignar durante el 2014

Se publicará una lista con todas las instituciones que tengan un número GIIN, la cual se actualizará de manera mensual. La primera lista se publicará el 2 de junio del 2014, y para aparecer en ella es necesario que las instituciones financieras se registren antes del 25 de abril del 2014”¹⁸

¹⁸ Ernst & Young Ltda., Presentación *“INTRODUCCIÓN A FATCA”*, Ciudad de Panamá, septiembre 30 de 2013.

B. Clasificación de clientes preexistentes

Las instituciones financieras deberán revisar sus bases de datos de clientes que hayan contratado alguna cuenta antes del 1 de julio de 2014 para identificar a aquellas personas que tengan obligaciones fiscales con E.U.A.

El objetivo es identificar a las personas naturales¹⁹ quienes son propietarias del dinero de la cuenta, mientras que para las personas jurídicas (persona que ejerce control sobre la entidad / entidades pasivas no financieras que tengan un accionista con obligaciones fiscales en E.U.A que tenga el 10% o más en las participaciones en la empresa) se debe identificar a la persona quien se considera propietaria de las acciones o participación de la persona jurídica.

Conforme a lo dispuesto, se debe identificar que la persona tenga alguna de las siguientes cuentas en las instituciones financieras:

- Cuenta de depósito
- Cuenta de custodia
- Contrato de seguro con valor efectivo
- Contrato de seguro con renta vitalicia
- Interés de capital o deuda en alguna institución financiera

C. Proceso de identificación de clientes nuevos

A partir del 1 de julio de 2014, las instituciones cobijadas por la regulación de FATCA deberán implementar un proceso de apertura de cuentas nuevas con el cual determinará el estatus de cada cliente nuevo.

En este orden de ideas, la institución financiera deberá determinar si el cliente es residente para efectos fiscales E.U.A, por tanto, el cliente deberá entregar una auto certificación a la institución financiera en donde determine si tiene o no obligaciones fiscales con E.U.A.

¹⁹ Personas físicas con obligaciones fiscales en E.U.A, como por ejemplo personas con ciudadanía E.U.A y personas con *green card*.

D. Cerrar o bloquear cuentas de clientes recalcitrantes

Las instituciones financieras estarán obligadas a cerrar o bloquear las cuentas que pertenezcan a clientes que clasifiquen como recalcitrantes según las regulaciones finales.

Corolario de lo anterior, los clientes recalcitrantes son aquellos que no quieran proporcionar documentación que acredite su país de residencia para efectos fiscales o aquellos que no quieran proporcionar un permiso para que la institución financiera reporte su información al IRS.

E. Aplicar retenciones del 30%

Las instituciones financieras deberán retener un impuesto del 30% sobre ciertos pagos de fuente de E.U.A que realicen a instituciones financieras no participantes de FATCA y a clientes recalcitrantes, las cuales se deberán remitir al IRS.

Esta retención es punitiva y lo dineros girados no pueden ser recuperados del IRS ni descontados de impuestos locales. En la práctica, el riesgo derivado de realizar retenciones en giros sin contar con autorización del cliente ni orden expresa de autoridad competente es tan alto, que dicho supuesto constituye una barrera legal, aspecto al cual nos referiremos más adelante, y en tanto las FFI probablemente adopten una postura en la que decidan cerrar sus relaciones con clientes recalcitrantes o con FFI que no cumplan con FATCA.

F. Reportar información al IRS

La siguiente información se deberá reportar directamente al IRS:

- Con respecto a cuentas mantenidas por personas con obligaciones fiscales en E.U.A: i) nombre del titular, ii) dirección, iii) TIN, iv) número de cuenta, v) saldo, vi) promedio anual, vii) monto bruto de intereses y dividendos recibidos en la cuenta, viii) cualquier ingreso derivado de los activos financieros mantenidos en la cuenta.
- Se deberá reportar el monto agregado de los saldos mantenidos por cuentas recalcitrantes.

El reporte será anual de manera electrónica, con fecha límite el 31 de marzo del año siguiente al que corresponda la información (el primer reporte se realizará en el 2015 por el año 2014 utilizando el formato 8966).

VI. POSIBLES BARRERAS LEGALES

Tomando en consideración que la normativa de FATCA, hace referencia a un cuerpo legislativo de índole extranjero, la aplicación por parte de los diferentes países de dichas disposiciones puede generar algunos conflictos en cuanto su introducción en el marco legal de cada país.

En este orden de ideas, a continuación se hace una explicación de los posibles conflictos que se podrían generar entre FATCA y las legislaciones locales, lo cual implica per se una barrera legal para que las instituciones financieras establecidas en algún país que no haya firmado un IGA cumplir debidamente con FATCA.

- **Firma del acuerdo con el IRS**

Tomando en consideración que para cumplir con FATCA, las instituciones financieras fuera de E.U.A deben firmar un acuerdo con el IRS, es posible anteponer que, en ciertas jurisdicciones, la legislación local no permite a las instituciones financieras establecidas en su país firmar un acuerdo con un ente regulador extranjero.

- **Retención del 30% de impuesto de E.U.A**

Las instituciones financieras deberán aplicar una retención del 30% de impuesto de E.U.A sobre ciertos pagos a instituciones financieras que no cumplen con FATCA y a ciertos clientes recalcitrantes. Corolario de lo anterior, la retención antes indicada corresponde a un impuesto establecido en el marco legal de E.U.A pero no corresponde a un impuesto regulado en otras jurisdicciones, por lo que su aplicación eventualmente puede categorizarse como ilegal por la ausencia de título para su recaudo.

- **Cierre de cuentas**

Después de cierto periodo, la regulación de FATCA requiere que las instituciones financieras cierren las cuentas de sus clientes recalcitrantes. La normativa comercial y financiera de

ciertos países no permite que de manera discrecional las instituciones financieras cierren las cuentas de sus clientes.

- **Reporte de información al IRS**

La premisa principal de FATCA, es el reporte que deberán realizar las instituciones financieras fuera de E.U.A al IRS de las cuentas mantenidas por ciertas personas con obligaciones fiscales en E.U.A. Así pues, la mayoría de las legislaciones comerciales y financieras contemplan una serie de normas que avocan por la protección de la privacidad del consumidor financiero, imposibilitando el intercambio de información, máxime si se considera que el reporte de la información es a una institución ajena a la jurisdicción de un país determinado.

Ante la aparición de barreras legales en las distintas jurisdicciones, el Departamento del Tesoro de E.U.A y el IRS han publicado dos tipos de modelo de Acuerdo los cuales podrán utilizarse por instituciones gubernamentales para firmar IGA con respecto a FATCA.

“Generalmente con la firma de un acuerdo intergubernamental las instituciones financieras establecidas en el país que hayan firmado el acuerdo podrán cumplir con FATCA sin tener que afrontar las barreras legales existentes.

Las versiones de los modelos acuerdo podrán utilizarse por los gobiernos de cada país dependiendo sus necesidades con respecto al intercambio de información, su situación con respecto a la firma de tratados de intercambio, el nivel de seguridad en sus sistemas de almacenamiento de información IT etc.”²⁰

VII. NOTICE 2013 / 43

Como se anotó anteriormente, el 12 de julio de 2013, el Departamento del Tesoro de E.U.A publicó el Notice 2013 / 43 en el cual se manifiesta la intención de otorgar un plazo adicional de seis meses para comenzar a dar cumplimiento a FATCA.

²⁰ Ernst & Young Ltda., Presentación “INTRODUCCIÓN A FATCA”, Ciudad de Panamá, septiembre 30 de 2013.

De manera general, los siguientes son los puntos con mayor trascendencia abordados en el comunicado.

- Las retenciones con respecto a FATCA rigen a partir del 1 de julio de 2014.
- La revisión de cuentas preexistentes se posponen 6 meses.
- Los procesos para clientes nuevos rigen a partir del 1 de julio de 2014.
- Se deberá reportar sólo lo concerniente al año 2014.
- La fecha máxima de registro en el portal FATCA es el 25 de abril de 2014.

VIII. APLICACIÓN EN COLOMBIA

E.U.A ha buscado expandir FATCA a través de diversos tratados con otros Estados, para de esta forma poder tener acceso a la información relevante relacionada con sus residentes, y hacerlos cumplir con los impuestos correspondientes a sus actividades realizadas fuera del territorio, entre los países que ya han mostrado interés en estos acuerdos intergubernamentales se encuentran; Francia, Alemania, Italia, Suiza, Japón, México, Dinamarca, el Reino Unido, entre otros.

El 16 de julio del presente año, el Congreso de la República ratificó, mediante la Ley 1666 de 2013, el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América para el intercambio de información tributaria, suscrito el 30 de marzo de 2001. Por tratarse de un Tratado Internacional, esta Ley entrará en vigencia una vez se cumpla con el rigor establecido para la aprobación de normas de índole internacional y pase la revisión de la Corte Constitucional. En virtud de lo anterior, en primera instancia la mencionada Ley establece el marco necesario para que el gobierno colombiano pueda suscribir un acuerdo intergubernamental con E.U.A y posibilitar de esta manera el cumplimiento de FATCA por parte de las entidades del sector financiero colombiano.

Es así que, el entendimiento del Gobierno Nacional respecto la importancia del Acuerdo se dilucida en los siguientes términos:

“Las plenarias de Senado y Cámara, apoyaron decididamente al Gobierno Nacional en la aprobación del Acuerdo de Intercambio de Información Tributaria entre Colombia y EE.UU

y de la Convención Multilateral de Asistencia Mutua en Materia Tributaria, los cuales pasarán a sanción presidencial.

La aprobación de estos acuerdos es fundamental dentro de la política internacional establecida por el Gobierno Nacional en asuntos tributarios, la cual tiene como uno de sus objetivos incrementar la cooperación y el intercambio de información tributaria, y cerrar la brecha de la evasión y elusión tributaria.

Estas leyes están en línea con los argumentos presentados por el Primer Ministro británico David Cameron y respaldadas por algunos de los más importantes empresarios en el mundo en la pasada reunión del G8 en el sentido de que haya intercambio de información automático entre las autoridades fiscales para evitar el ocultamiento de activos por fuera de las fronteras territoriales.

Así mismo es importante avanzar en la identificación de los beneficiarios reales de las compañías y que esa información sea de fácil acceso para las autoridades, para así evitar la utilización abusiva de figuras complejas cuyo objeto es la evasión y la elusión tributaria”²¹.

El Acuerdo de Intercambio de Información suscrito entre Colombia y E.U.A incorporado al derecho interno en la Ley 1666 de 2013, tiene como finalidad revivir el acuerdo que ya había sido firmado entre ambas naciones en el año 1993, el cual no había entrado en vigencia y fue retomado por ambos Estados para permitir el intercambio de información de forma automática y espontánea, así como de información solicitada por alguno de los países intervinientes, esto permite que la DIAN obtenga datos de colombianos con actividades en E.U.A, y a su vez el IRS obtendrá información de las operaciones realizadas en Colombia por parte de los Residentes Estadounidenses.

En este sentido, el acuerdo en mención se tipifica como una herramienta para combatir el ocultamiento de riqueza, que priva a los gobiernos de recursos necesarios para sus principales necesidades.

²¹ Fuente: <http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/saladeprensa/Historico/A-sancion-presidencial-Acuerdo-de-Intercambio-de-Informacion-Tributaria-entre-Colombia-Estados-Unidos-Convencion-Multilateral-de-Asistencia-Mutua-en-Materia-Tributaria>

Ahora bien conviene traer a colación, que por medio del Oficio del 19 de septiembre del 2013, el Ministerio de Hacienda da respuesta a una consulta planteada a dicha entidad en la cual se inquieta acerca de los *“desarrollos reglamentarios para la implementación de la Ley 1666 de 2013, por medio de la cual se aprueba el “acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América para el intercambio de información tributaria” (...)*”.

Al respecto, el Ministerio de Hacienda aclara que, para que un tratado internacional se entienda incorporado al derecho interno; es decir que sea ratificado, se requiere de su aprobación mediante una ley ordinaria, mandamiento del artículo 150 de la Constitución, por parte del Congreso de la República.

Posteriormente, dicha Ley debe ser revisada, tanto en su formación como en su contenido, por la Corte Constitucional en virtud del artículo 241, numeral 10 de la Constitución. *“Si la Corte Constitucional encuentra que tanto la ley aprobatoria del tratado como el tratado mismo se ajustan a la Constitución Política, el Gobierno Nacional podrá efectuar el canje de notas, momento en el cual el tratado se entenderá ratificado. En caso contrario, el tratado no podrá ser ratificado”*.

Teniendo en cuenta lo anterior, hasta tanto el tratado no sea ratificado, no se entiende incorporado al derecho interno, por tanto no podrá ser reglamentado.

Con base en lo dispuesto, conviene destacar que, el Ministerio de Hacienda trae a colación la reciente reforma tributaria, Ley 1607 de 2012, concluyendo lo siguiente: *“para el colombiano que de manera legal -producto de su trabajo- hizo una inversión en Estados Unidos en una propiedad o un depósito en una cuenta, y que no lo hubiera incluido en su declaración de renta, es una oportunidad para sincerar su patrimonio y registrarlo en Colombia con un impuesto del 10%, inferior al 33% que hubiera tenido que pagar antes de la aprobación de la reforma tributaria”*²².

De tal forma, la aprobación del Acuerdo con Estados Unidos, en un primer escenario posibilita el cumplimiento de las normas propias de FATCA, (con la intermediación de la Administración

²² Ibidem

de Impuestos y Aduanas Nacionales) por parte de las entidades del sector financiero colombiano, evitando de esa manera la calificación como en no cumplimiento con FATCA y la aplicación de retenciones en la fuente de carácter sancionatorio en todos los giros que provengan de E.U.A.

Es así, que con este acuerdo se da paso a que se cumpla lo estipulado en FATCA y las entidades colombianas no serán sancionadas según esta normativa con las medidas ya mencionadas. No obstante lo anterior, el Acuerdo de Intercambio limita el actuar de las FFI's al entregar la información directamente a la DIAN y no al gobierno de E.U.A, en consiguiente, aun cuando se podría eliminar una posible barrera legal en cuanto a la confidencialidad de la información y reporte de la misma, no existe todavía un instrumento que permita la aplicación efectiva de FATCA.

Sin perjuicio de lo indicado, la entrada en vigencia del Acuerdo suscrito por el gobierno de Colombia y E.U.A. crea un escenario para la eventual suscripción de un IGA por parte de las instituciones financieras y el IRS. Dicho escenario, enfrenta el problema que la legislación local no permite a las instituciones financieras establecidas en Colombia firmar un acuerdo con un ente regulador extranjero.

Corolario de lo anterior, el artículo 623/2 del Estatuto Tributario, el cual señala lo siguiente:

“Las entidades públicas, entidades privadas y demás personas a quienes se solicite información respecto de bienes de propiedad de los deudores contra los cuales la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, o la administración de impuestos de otro Estado con el que Colombia haya celebrado una convención o tratado tributario que contenga cláusulas para la asistencia mutua en materia de administración tributaria y el cobro de obligaciones tributarias, adelanten procesos de cobro, deberán suministrarla en forma gratuita y a más tardar dentro del mes siguiente a su solicitud”. (Subrayado fuera de texto)

Nótese como la norma en mención habla expresamente de un tratado que contenga cláusulas de asistencia mutua, más no la remisión de información unilateral por parte de las instituciones financieras colombianas al IRS. En tal sentido, la normativa referenciada constituye per se una barrera legal propia de la legislación colombiana, puesto que admite la posibilidad de un intercambio de información de manera bilateral, mas no de la suscripción de un acuerdo que implícitamente contempla la aplicación de obligaciones de carácter unilaterales.

Por otro lado, conviene destacar que para el caso colombiano, la logística y el reto tecnológico que implica para las FFI colombianas la debida identificación de los ciudadanos norteamericanos, tanto en cuentas que se encuentren vigentes como en cuentas nuevas implicará el cambio de los formatos diseñados para el registro de cuentas que tenga una casilla especial para determinar la nacionalidad del cuenta habiente, así como una actualización de datos general que permita un filtrado óptimo de la información referente a la nacionalidad.

“En el campo tecnológico, esto implicará el desarrollo y modificación de aplicativos en las plataformas tecnológicas de las FFI colombianas que permitan discriminar estas cuentas en sus sistemas, bien sea para propósitos de presentar reportes ante el IRS en caso de que se suscriban acuerdos, o para tener identificadas las cuentas que serán objeto de retención sobre pagos que tengan fuente”²³

Así entonces, existiría la necesidad que se fomentara una capacitación a funcionarios permanentes del área comercial sobre las implicaciones de la aplicación de la normativa de FATCA, de tal forma, que en la suscripción de nuevos productos o en la creación de nuevos lazos comerciales, se logre identificar potenciales clientes de E.U.A.

Otro aspecto a considerar es la eventual renuncia del secreto bancario por parte del cliente para que la FFI pueda suscribir el acuerdo de reporte de información con el IRS, lo que puede afectar las relaciones tanto con clientes actuales como con clientes potenciales de nacionalidad de E.U.A.

Otras de las principales repercusiones de la aplicación de FATCA en Colombia, serían las siguientes:

“- La creación, en el interior de la organización de las FFI y no FFI colombianas que tienen clientes norteamericanos, de la figura del oficial de cumplimiento de la Fatca, encargado de verificar que las disposiciones del IRS se cumplan mediante el diligenciamiento y debida verificación de las condiciones de la norma y de las reglamentaciones que va expidiendo el

²³ Fuente: <http://www.revistaslegis.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/fatca.pdf>

IRS en la materia, así como la implementación de mecanismos de cumplimiento acordes con la legislación sobre la materia, mediante la asesoría de un equipo legal con buenos conocimientos del tema que apoyen la labor de este cargo o lo reemplacen.

- Búsqueda de convenios entre las FFI y la embajada de Estados Unidos que permita verificar la información referente a los ciudadanos y sociedades norteamericanas, para asegurar el debido cumplimiento de la norma por parte de las FFI colombianas.

- Inquietudes sobre temas que no ha definido el IRS, como por ejemplo si es sujeto de reporte o de retención el ciudadano que posee doble nacionalidad, colombiana y estadounidense, y el impacto que esto podría tener sobre las relaciones con los bancos corresponsales.

- Las entidades regulatorias financieras y fiscales deben revisar las implicaciones de la ley Fatca en términos de regulación, registro y operatividad de esta en Colombia, ya que la retención puede tener efectos contables y fiscales importantes²⁴

Tomando como referencia lo anteriormente expuesto, es posible destacar que, en la actualidad no existe un escenario que permita la aplicación de la normativa de FATCA de una manera efectiva, si bien existe un avance con la suscripción del Acuerdo para la cooperación en materia tributaria, se evidencia todavía ciertas barreras legales y técnicas que deben ser consideradas para su aplicación.

A partir de lo anteriores argumentos, podrían plantearse las siguientes alternativas de regulación:

- Suscribir un acuerdo intergubernamental entre la DIAN y el IRS, lo cual dejaría todas las instituciones financieras como “*FATCA Compliant*”, y todos los clientes se presumirían haber autorizado a compartir su información, desapareciendo de antemano los clientes

²⁴ Fuente: <http://www.revistaslegis.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/fatca.pdf>

recalcitrantes y tampoco existiría la necesidad de cerrar cuentas , así como retener sumas a manera de sanción.

- Contar con un reglamento, que deje por fuera de duda, la posibilidad de requerir información y la de solicitar u obtener autorización para recogerla y enviarla al IRS.
- Si no se pudiere cumplir lo anterior, sería conveniente que se emitiera una circular por los entes reguladores de las instituciones financieras en Colombia donde se desarrollara de manera practica la remisión de la información, destacando claro está, que las entidades financieras a partir de la Ley 1666 tienen autonomía para adoptar las medidas necesarias para cumplir con la normativa de FATCA.

De una u otra manera, el Gobierno Colombiano debe manifestar su voluntad inequívoca porque FATCA se cumpla, aunque en principio dichas disposiciones no sean obligatorias en el territorio colombiano, aspecto que se desarrollará en el siguiente capítulo, y que de manera general las instituciones financieras en su actuar no están violando los derechos de sus clientes, cerrando un escenario de posible conflicto y demandas de carácter judicial.

IX. EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY

Sea lo primero mencionar que, la Constitución Política establece el respeto por las leyes y autoridades colombianas; al respecto en su artículo 4, Inc.2 señala: *“Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las Leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”*.

Una Ley o norma extranjera es aquella regla de derecho o disposición de carácter general, abstracto y permanente que ha sido generalmente creada por el legislador extranjero o por un organismo internacional para regular determinadas situaciones en un determinado Estado o territorio.

El Código General del Proceso, contempla la posibilidad de aplicación de normas extranjeras para fines meramente probatorios, de tal forma, el artículo 177 establece que, *“el texto de*

normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá en copia al proceso, de oficio o a solicitud de parte (...)”.

A partir de lo anterior, vemos que la aplicación de una Ley o norma extranjera en Colombia está regulada de una manera muy ambigua y poco precisa, ya que no se establece con exactitud a qué tipo de normas es la que hace referencia el Artículo 177 del Código General del Proceso.

Ahora bien conviene destacar que la corte Constitucional por medio de la sentencia T – 1157 del 2000, desarrolla el principio de territorialidad de la Ley, aclarando que este es consustancial con la soberanía que ejercen los Estados dentro de su territorio; de este modo cada Estado puede expedir normas y hacerlas aplicar dentro de los confines de su territorio.

“El mencionado principio se encuentra morigerado con las siguientes excepciones: i) los colombianos residentes o domiciliados en el extranjero permanecerán sujetos a la ley colombiana, en lo relativo al estado civil, a su capacidad, a la determinación de derechos y obligaciones de familias, en la medida que se trate de ejecutar actos que deban tener efectos en Colombia; ii) todo lo concerniente a los bienes, en razón de que hacen parte del territorio nacional y se vinculan con los derechos de soberanía, se rigen por la ley colombiana, a partir de la norma contenida en el art. 20 del Código Civil, que aun cuando referida a los bienes en cuya propiedad tiene interés o derecho la Nación es aplicable, en general, a toda relación jurídica referida a los bienes ubicados dentro del territorio nacional; iii) la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados”.

En este sentido, es posible distinguir que el ámbito de aplicación de la Ley se circunscribe a un territorio determinado, y a las personas que mantienen un nexo de residencia, domicilio u otro tipo de relaciones que lo obligan con dicho marco regulador.

Paralelamente, la misma Corte Constitucional, en la sentencia C – 395 de 2002, desarrolla a profundidad el principio de territorialidad de la Ley, disponiendo lo siguiente:

“El principio de la aplicación territorial de la ley tiene un doble contenido: i) positivo, según el cual los hechos, actos, bienes y personas localizados en un territorio están sometidos a la ley de ese territorio; ii) negativo, según el cual los hechos, actos, bienes y personas no localizados en un territorio no están sometidos a la ley de este territorio. Dicho principio es expresión de la

soberanía del Estado con referencia al elemento territorial o espacial del mismo.” (Subrayado fuera de texto)

En este orden de ideas, el campo del Derecho Internacional Privado rige el principio de la aplicación de la Ley personal a los nacionales de un Estado, con un doble contenido: i) positivo, según el cual al estado civil y a la capacidad de una persona natural nacional de un Estado se le aplican las leyes de ese Estado; ii) negativo, según el cual al estado civil y a la capacidad de una persona natural que no es nacional de un Estado no se le puede aplicar la Ley de ese Estado. Este principio es expresión de la soberanía del Estado con referencia al elemento personal, humano o poblacional del mismo.

Ahora, según lo establece el artículo 869 del Código de Comercio, en lo que atañe a la ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la Ley colombiana, situación que advierte la necesidad de la aplicación de la legislación colombiana a cualquier acuerdo que suscriban los particulares o las entidades cuyo marco regulador sea Colombia.

A partir del anterior análisis, bien podría llegarse a la conclusión que en principio no es válido la aplicación de una norma extranjera en Colombia, puesto que según el desarrollo jurisprudencial en la materia se estaría afectando la soberanía reguladora en el ámbito jurídico de Colombia. El anterior argumento cobra mayor relevancia si se contempla la posibilidad que el incumplimiento por parte de las FFI's colombianas conlleven a una imposición de una retención establecida por la normativa de FATCA, situación que contraviene el principio de legalidad del tributo en Colombia, pues siendo la retención un mecanismo de recaudo anticipado de un tributo, se estaría recaudando un tributo ilegalmente. La Constitución Nacional, en su artículo 95, numeral 9, afirma que son deberes de la persona y del ciudadano “*Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad*”, y es la misma Constitución quien reglamenta la potestad de crear tributos, lo cual hace en el artículo 338, estableciendo que solamente el Congreso, las Asambleas departamentales y los Concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales.

Como se puede ver, la facultad impositiva sólo le corresponde a los cuerpos legislativos de cada ente territorial y de la nación (Concejos, Asambleas y Congreso); son estos quienes pueden imponer tributos y contribuciones, para lo cual deben expresamente definir tanto el hecho generador del impuesto, como el sujeto pasivo del mismo, su base gravable y la tarifa aplicable.

X. FECHAS IMPORTANTES DE APLICACIÓN DE FATCA

- 18 de marzo del 2010: se sancionó FATCA como parte integral de la Ley “*Hire*”.
- 29 de agosto de 2010: el IRS emitió la primera guía 2010-60 sobre FATCA, la cual incluye la definición de FFI y los requerimientos para el reporte de la información.
- 8 de abril de 2011: notice 2011 – 34.
- 8 de agosto de 2011: notice 2011 – 53.
- 15 de febrero de 2012: regulaciones propuestas.
- 17 de enero de 2013: regulaciones finales.
- 12 de julio de 2013: notice 2013-43.
- 19 de agosto de 2013: apertura del portal de registro de FATCA.
- 31 de diciembre de 2013: clasificación de personas jurídicas *prima face*.
- 25 de abril de 2014: fecha límite para aparecer en primera lista.
- 1 de julio de 2014: proceso de apertura de cuentas nuevas.
- 30 de junio de 2014: comienza retención sobre ciertos pagos.
- 31 de diciembre de 2014: instituciones financieras deberán tener su GIIN.
- 31 de marzo de 2015: límite para reportar información de 2014.
- 30 de junio de 2015: fecha límite para identificar cuentas individuales de alto valor.

- 15 de marzo de 2016: límite para reportar información sobre instituciones financieras no participantes.
- 31 de marzo de 2016: límite para reportar información 2015.
- 30 de septiembre de 2015: fecha límite para reportar información del 2014 (IGA 1)²⁵.

XI. CONCLUSIONES

A partir de lo expuesto en el presente documento, puede concluirse lo siguiente:

- FATCA es una Ley expedida por el Congreso de E.U.A, cuyo propósito es ampliar la información relacionada con los movimientos de capital que realizan los ciudadanos de ese país, para determinar y atacar la posible evasión y elusión tributaria por parte de estas personas.
- El alcance de FATCA es extraterritorial y por lo tanto, su aplicación conlleva una serie de retos y dificultades que han obligado la modificación de las fechas que originalmente fueron establecidas como fechas de entrada en vigencia de la Ley y de su efectiva aplicación.
- Todas las FFI que i) acepten depósitos como parte habitual de su actividad bancaria o actividad similar; ii) mantengan activos financieros por cuenta de terceros como parte sustancial de su negocio; o iii) tengan como negocio principal el de invertir, reinvertir o comercializar títulos valores, intereses en sociedades, commodities, futuros, opciones, etc., deberán acatar las disposiciones contenidas en FATCA, so pena de ser sancionadas con la retención del 30% de los recursos que les sean transferidas en relación con los activos de personas de E.U.A o que provengan de cuentas de titularidad de estas personas, por tratarse de FFI recalcitrantes.

²⁵ Ernst & Young Ltda., Presentación “*INTRODUCCIÓN A FATCA*”, Ciudad de Panamá, septiembre 30 de 2013.

- Las FFI podrán cumplir con las disposiciones de FATCA a través de cualquiera de las siguientes dos alternativas:
 - a. Suscribir acuerdos individuales con el IRS; o
 - b. Que la autoridad competente del país donde opera la correspondiente FFI suscriba un acuerdo intergubernamental con el IRS para dichos fines y que posteriormente se lleve hasta el formalismo de Ley para tener mayor alcance en su aplicabilidad.

- FATCA impone las siguientes obligaciones en cabeza de las FFI:
 - a. Dar estricto cumplimiento a las disposiciones previstas en FACTA, so pena de ser sancionadas con la retención del 30% de los recursos que les sean transferidas en relación con los activos de personas de Estados Unidos o que provengan de cuentas de titularidad de estas personas, por tratarse de FFI recalcitrantes;
 - b. Empezar procesos de debida diligencia respecto de sus clientes actuales y antiguos, cuyo titular sea una persona de Estados Unidos o una entidad controlada por o cuyo dueño sustancial sea igualmente una persona de E.U.A;
 - c. Proporcionar al *IRS* la respectiva información respecto de sus cuentahabientes que son personas de Estados Unidos o sobre entidades controladas por o cuyos dueños sean personas de Estados Unidos.
 - d. Retener un impuesto del 30% sobre los pagos realizados a través de la FFI y que se encuentren sujetos a dicha retención.

- Entre las posibles barreras legales que FATCA ha presentado se encuentra: i) Firma del acuerdo con el IRS, ii) incompatibilidad de la retención del 30% de impuesto de E.U.A, iii) cuestionamientos ante el cierre de cuentas de forma discrecional, iv) improcedencia del reporte en contravía a la legislación interna de cada país.

- Desde la perspectiva colombiana, suscribir un acuerdo intergubernamental entre la DIAN y el IRS, dejaría todas las instituciones financieras como “*FATCA Compliant*”, y todos los clientes se presumirían haber autorizado a compartir su información, desapareciendo de antemano los clientes recalcitrantes y tampoco existiría la necesidad de cerrar cuentas, así como retener sumas a manera de sanción.
- Por otro lado, conviene destacar que para el caso colombiano, la logística y el reto tecnológico que implica para las FFI colombianas la debida identificación de los ciudadanos norteamericanos, tanto en cuentas que se encuentren vigentes como en cuentas nuevas implicará el cambio de los formatos diseñados para el registro de cuentas que tenga una casilla especial para determinar la nacionalidad del cuenta habiente, así como una actualización de datos general que permita un filtrado óptimo de la información referente a la nacionalidad
- Sin perjuicio que la Ley 1666 de 2013, constituye la herramienta para una posterior regulación de FATCA, dicha Ley por sí sola, pese a que elimina en primera instancia algunas de las posibles barreras legales existentes en el ordenamiento colombiano, no permite del todo la aplicación de la normativa de E.U.A dado que se limita a una intermediación directa de la Administración de Impuestos, sin que las FFI’s puedan dar un cumplimiento directo de la normativa. Adicionalmente, bajo lo señalado en la Ley 1607 de 2012, la posibilidad de suscribir un acuerdo de intercambio de información tributaria con un país extranjero implícitamente requiere el intercambio mutuo de información mas no la remisión unilateral.
- La mencionada Ley establece el marco necesario para que el gobierno colombiano pueda suscribir un acuerdo intergubernamental con E.U.A y posibilitar de esta manera el cumplimiento de FATCA por parte de las entidades del sector financiero colombiano.
- A partir del análisis expuesto, bien podría llegarse a la conclusión que en principio no es válido la aplicación de una norma extranjera en Colombia, puesto que según el desarrollo jurisprudencial en la materia se estaría afectado la soberanía reguladora en el ámbito jurídico de Colombia. El anterior argumento cobra mayor relevancia si se contempla la posibilidad que el incumplimiento por parte de las FFI’s colombianas conlleven a una imposición de una retención establecida por la normativa de FATCA, situación que contraviene el principio de

legalidad del tributo en Colombia, pues siendo la retención un mecanismo de recaudo anticipado de un tributo, se estaría cobrando un tributo de forma ilegal.

La Constitución Nacional, en su artículo 95, numeral 9, afirma que son deberes de la persona y del ciudadano “*Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad*”, y es la misma Constitución quien reglamenta la potestad de crear tributos, lo cual hace en el artículo 338, estableciendo que solamente el Congreso, las Asambleas departamentales y los Concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales.

Como se puede ver, la facultad impositiva sólo le corresponde a los cuerpos legislativos de cada ente territorial y de la nación (Concejos, Asambleas y Congreso); son estos quienes pueden imponer tributos y contribuciones, para lo cual deben expresamente definir tanto el hecho generador del impuesto, como el sujeto pasivo del mismo, su base gravable y la tarifa aplicable.

- Si lo anterior no fuera posible, sería conveniente que se emitiera una circular por los entes reguladores de las instituciones financieras en Colombia donde se desarrollara de manera práctica la remisión de la información, destacando claro está, que las entidades financieras a partir de la Ley 1666 tienen autonomía para adoptar las medidas necesarias para cumplir con la normativa de FATCA.

XII. BIBLIOGRAFÍA

- [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120531-03\(fatca_norma_estadounidense_con_implicaciones_mundiales\)/noti-120531-03\(fatca_norma_estadounidense_con_implicaciones_mundiales\).asp](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120531-03(fatca_norma_estadounidense_con_implicaciones_mundiales)/noti-120531-03(fatca_norma_estadounidense_con_implicaciones_mundiales).asp)
- http://www.asobancaria.com/portal/page/portal/Eventos/eventos/foro_tributario_2012/Tab5/ANTONIO%20JOSE%20NUNEZ.pdf
- <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/Moneda-139/Moneda-139-02.pdf>

- Código de Impuestos de Estados Unidos (“*Internal Revenue Code*”), Section § 1473.
- http://www.deceval.com.co/portal/page/portal/Home/Sala_de_Prensa/Comunicados_de_Prensa/2012/Evento_FACTA/Presentacion%20FATCA%20AJNunez.pdf
- DE LA CUBA, Mauricio. Et. al. “*De la corrección inmobiliaria a la crisis financiera. Origen, desarrollo, dispersión y medidas para enfrentar la turbulencia del virus subprime*”. Revista Moneda. En: <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/Moneda-139/Moneda-139-02.pdf>
- <http://eng.fundsamericas.com/opinion/columns/9376/FATCA--Colombian-wealth-managers--Colombia>
- Congreso de la República, Ley 1666 de 2013.
- [Estatuto Tributario colombiano](#)
- [Ley 1607 de 2012.](#)
- <http://www.ey.com/GL/en/Industries/Financial-Services/Banking---Capital-Markets/FATCA-resources>
- GARCÍA, Ariza. Ana Gabriela et al. “***FATCA: Un reto fiscal y Financiero para Colombia***”. Artículo de opinión En: Revista de Orientación Tributaria IMPUESTOS. LEGIS. Julio-Agosto de 2012.
- <http://www.jpost.com/Business/Business-Features/How-FATCA-threatens-to-derail-the-American-economy>
- KPMG. “***FATCA. Foreign Account Tax Compliance Act.- Nuevo régimen de requerimientos de información del gobierno de EEUU a entidades financieras del exterior***”. Abril 2011.

- Ley de Cumplimiento Tributario para las Cuentas Extranjeras (“*Foreign Account Tax Compliance Act*”). Congreso de los Estados Unidos de América. 18 de marzo de 2010.
- Ley de Incentivos para la Recuperación de Empleos (“*Hiring Incentives to Restore Employment Act*”). Congreso de los Estados Unidos de América. 18 de marzo de 2010.
- <http://www.proceso.com.mx/?p=328555>
- <http://www.pwc.com/us/en/financial-services/what-is-fatca.jhtml>
- http://www.standardandpoors.com/servlet/BlobServer?blobheadername3=MDT-Type&blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs&blobheadervalue2=inline%3B+filename%3DCase-Shiller_Housing_Whitepaper_YearinReview%2C0.pdf&blobheadername2=Content-Disposition&blobheadervalue1=application%2Fpdf&blobkey=id&blobheadername1=content-type&blobwhere=1243618038238&blobheadervalue3=UTF-8
- <http://www.tradingeconomics.com/united-states/unemployment-rate>
- <http://www.treasury.gov>
- Ernst & Young Ltda., Presentación “*INTRODUCCIÓN A FATCA*”, Ciudad de Panamá, septiembre 30 de 2013.
- <http://www.revistaslegis.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/fatca.pdf>
- <http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/saladeprensa/Historico/A-sancion-presidencial-Acuerdo-de-Intercambio-de-Informacion-Tributaria-entre-Colombia-Estados-Unidos-Convencion-Multilateral-de-Asistencia-Mutua-en-Materia-Tributaria>