



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

Sheppard Castillo, Karen

El régimen FATCA y sus principales aristas de aplicación en el Perú

Derecho PUCP, núm. 72, diciembre-junio, 2014, pp. 104-124

Pontificia Universidad Católica del Perú

Lima, Perú

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656137006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

El régimen FATCA y sus principales aristas de aplicación en el Perú

FATCA and its key provisions and the issues of its application in Peru

KAREN SHEPPARD CASTILLO*

Resumen: Como respuesta al recurrente problema de evasión fiscal internacional, el Congreso de los Estados Unidos emitió la Ley de Cumplimiento Tributario de Cuentas Extranjeras (Foreign Account Tax Compliance Act, comúnmente conocida por sus siglas FATCA). Dicha ley tiene por objeto promover el cumplimiento tributario de ciudadanos y residentes de Estados Unidos que son titulares de cuentas bancarias en el exterior, dado su sistema fiscal basado en residencia y ciudadanía. A través de FATCA, se invita a las entidades financieras locales a suscribir un acuerdo con la Administración tributaria de Estados Unidos, mediante el cual se comprometan a brindar información acerca de las cuentas cuyos titulares son ciudadanos o residentes de dicho país bajo apercibimiento de sanción. La aplicación de esta norma en nuestro país genera muchas preguntas relativas a su naturaleza, su extraterritorialidad, su vulneración del derecho bancario, civil y penal, y demás aristas. Su inminente aplicación, el 1 de julio de 2014, genera un clima de especial interés a la espera de un pronunciamiento oficial de las autoridades locales. Definitivamente, la importancia de FATCA reside en que marca una nueva etapa respecto de los anteriores sistemas de intercambio de información que podría revolucionar la forma de administrar los impuestos.

Palabras clave: FATCA – evasión fiscal – secreto bancario

Abstract: As an answer to the international tax evasion problem, the U.S. Congress issued the Foreign Account Tax Compliance Act – FATCA. This Act aims to promote tax compliance among citizens and U.S. residents holding foreign bank accounts. To this effect, FATCA requires Foreign Financial Institutions to enter into an agreement with the Internal Revenue Service (IRS) to provide the IRS information about the identity and the status of the bank accounts held by US persons. Entities not willing to enter into an agreement with the IRS will be subject to a 30% withholding on U.S. sourced income regardless of whether the income is tax exempt. The application of this Act in our country brings a lot of concern regarding some issues, such as extraterritoriality, bank secrecy, the application of civil and criminal law. Since the effective date of implementation of FATCA is July 1, 2014, we understand that an official opinion concerning these issues and the possibility to enter into an Intergovernmental Agreement with the U.S. government will be forthcoming in the following months.

Key words: FATCA – tax evasion – bank secrecy

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Tributación Internacional por la University of Michigan. Profesora de Derecho Tributario Internacional del Programa de Segunda Especialidad de la PUCP. La autora agradece especialmente por su valioso apoyo a Mayra Galdo Meléndez. correo electrónico: sheppard.kp@pucp.edu.pe

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ANTECEDENTES DE FATCA.- II.1. CONVENIO PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN ENTRE ESTADOS UNIDOS Y ANTILLAS HOLANDESA.- II.2. EXENCIÓN DE INTERESES.- II.3. FOREIGN BANKS AND FINANCIAL ACCOUNTS REPORT (FBAR) Y QUALIFIED INTERMEDIATE (QI).- II.4. EL ESCÁNDALO DEL UNITED BANK OF SWITZERLAND AG (UBS).- III. FATCA.- III.1. NORMA DE PROMULGACIÓN.- III.2. OBJETIVOS.- III.3. DISEÑO.- III.4. DEFINICIONES.- III.4.1. ENTIDAD FINANCIERA EXTRANJERA (FFI).- III.4.2. ENTIDAD EXTRANJERA NO FINANCIERA (NFFE).- III.4.3. AGENTE DE RETENCIÓN.- III.4.4. PAGOS SUJETOS A RETENCIÓN.- III.4.5. ENTIDADES EXENTAS.- III.5. ACUERDOS INTERGUBERNAMENTALES (IGAS).- III.6. PLAZOS.- IV. ALGUNOS CUESTIONAMIENTOS ACERCA DE LA APLICACIÓN DE FATCA.- IV.1. ¿ES FATCA UNA MEDIDA ANTIELUSIVA?- IV.2. ¿ATENTA FATCA CONTRA LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS Y ESPECÍFICAMENTE DE NUESTRO PAÍS?- IV.3. ¿AFECTA FATCA EL DERECHO AL SECRETO BANCARIO?- IV.4. ¿ATENTA FATCA CONTRA LA RESERVA BURSÁTIL?- IV.5. ¿ATENTA FATCA CONTRA NORMAS PENALES?- IV.6. ¿ATENTA FATCA CONTRA NORMAS CIVILES?- IV.7. ¿CÓMO VA A VERIFICAR EL GOBIERNO AMERICANO QUE LAS ENTIDADES FINANCIERAS CUMPLAN REALMENTE CON LA INFORMACIÓN QUE PROPORCIONEN?- IV.8. ¿QUÉ BENEFICIOS NOS PODRÍA TRAER FATCA EN EL CONTEXTO DE UN IGA CON EL PERÚ?

I. INTRODUCCIÓN

Como respuesta al recurrente problema de evasión fiscal internacional, el cual cobra especial protagonismo en el escenario de una situación económica complicada, el Congreso estadounidense emitió la Ley de Cumplimiento Tributario de Cuentas Extranjeras (Foreign Account Tax Compliance Act), comúnmente conocida por sus siglas FATCA. FATCA tiene por objeto promover el cumplimiento tributario de ciudadanos y residentes de Estados Unidos que manejan cuentas bancarias en el exterior. Con la finalidad de conseguir dicho propósito, FATCA requiere que las entidades financieras extranjeras (Foreign Financial Institutions, en adelante FFI) suscriban un acuerdo con la Administración tributaria americana (Internal Revenue Service, en adelante IRS), mediante el cual se comprometan a proporcionarle información relativa a las cuentas bancarias que los ciudadanos y residentes estadounidenses, así como las empresas extranjeras de capital americano significativo, tengan en sus respectivas entidades. Asimismo, requiere que entidades no financieras (NFFE) informen a los agentes de retención acerca de sus beneficiarios efectivos (aun cuando se trate de sus propias subsidiarias). Aquellas entidades que no suscriban el referido acuerdo, se encontrarán sujetas a una retención del 30% sobre los pagos de fuente estadounidense que reciban, tales como intereses, dividendos y otros, independientemente de que estos se encuentren o no gravados.

En la implementación de este régimen algunos países se han alineado con Estados Unidos (tales como Reino Unido, Alemania, Francia, etc.)

y otros países se han mostrado menos cooperantes (tales como Rusia, China, Singapur, etc.). En nuestro país aún no existe un pronunciamiento oficial de las autoridades al respecto. Tomando en cuenta que la fecha efectiva de aplicación de FATCA es el próximo 1 de julio de 2014, entendemos que una opinión oficial debería emitirse en los próximos meses, abordando especialmente el tema del secreto bancario y la posibilidad de suscribir un acuerdo entre ambos países (IGA).

El propósito del presente artículo será exponer los principales aspectos del régimen FATCA, explicar sus principales aristas y destacar los aspectos más importantes a tener en cuenta con motivo de su inminente aplicación en nuestro país.

II. ANTECEDENTES DEL FATCA

II.1. Convenio para evitar la doble imposición entre Estados Unidos y Antillas Holandesas

En 1984, Estados Unidos terminó su Convenio para Evitar la Doble Imposición (en adelante, CDI) con Antillas Holandesas, toda vez que se identificaron situaciones de abuso de los beneficios que otorgaba. En virtud de dicho convenio, cualquier empresa multinacional americana podía establecer una subsidiaria financiera en las Antillas Holandesas y usarla para obtener financiamiento de inversionistas, independientemente del lugar de residencia de los mismos, quienes sabían que no se efectuarían retenciones de impuestos sobre los pagos de intereses bajo lo dispuesto en el artículo 11 del citado convenio¹.

La principal preocupación de Estados Unidos era que ningún otro país quisiera negociar algún CDI, ya que todos sus residentes podían usar sin mayor problema el CDI suscrito con Antillas Holandesas. Sin embargo, la terminación de este CDI trajo otro problema, toda vez que, para financiarse desde el extranjero, tanto el gobierno como las empresas estaban sujetos a una tasa de retención equivalente al 30% sobre los pagos que hicieran (lo cual, como ya sabemos, recae finalmente sobre el deudor). Dicha situación era perjudicial en un contexto de déficit del país y, si bien había CDI suscritos con otros países que establecían una tasa más beneficiosa (10% o 0%), estos CDI tenían incorporados convenios de intercambio de información, lo que desincentivaba a los inversionistas que no querían ver reveladas sus operaciones en sus propios países de residencia².

1 Ver AVI-YONAH, Reuven S. «What Goes Around Comes Around: Why the US is Responsible for Capital Flight (and What it Can Do about It)». *University of Michigan Public Law Research Paper*, 307 (2013), p. 2 (<http://ssrn.com/abstract=2208553>).

2 L. cit.

II.2. Exención de intereses

La solución por la que se optó fue otorgar exención a los intereses. De esta manera, los intereses pagados por estadounidenses a los inversionistas que no eran titulares del 10% de las acciones del pagador se encontraban exentos de retención. Esto solucionó el problema de la retención y el de intercambio de información que trae un CDI³.

El resultado fue que Estados Unidos recibió dinero de varios inversionistas evasores, en su mayoría de Latinoamérica. Por otro lado, los países en desarrollo se vieron prácticamente impedidos de realizar retenciones de impuestos por temor a que las inversiones se desviarán a Estados Unidos, donde gozaban de un régimen fiscal preferencial. En efecto esto generó un problema de competencia fiscal⁴.

Al mismo tiempo, a Estados Unidos le preocupaba que se desvíen fondos estadounidenses a jurisdicciones con secreto bancario y reserva tributaria, y que posteriormente se reinviertan en bonos estadounidenses, por lo que prohibió aplicar esta modalidad de inversión a bonos al portador y a residentes de países con los que no se tuviese convenios de intercambio de información⁵.

II.3. Foreign Banks and Financial Accounts Report (FBAR) y Qualified Intermediate (QI)

En ese sentido, producto de la experiencia narrada, Estados Unidos decidió implementar sistemas de información de cuentas en el exterior, entre los cuales se destacan principalmente FBAR y QI⁶.

El FBAR fue un sistema de información promulgado mediante la Ley de Secreto Bancario (Bank Secrecy Act). Este sistema requería al contribuyente informar anualmente sobre cualquier cuenta que tenga en el extranjero que exceda los US\$ 10 000.00. Desafortunadamente, su cumplimiento voluntario no trajo los resultados esperados, a pesar de las sanciones civiles y penales. Sin embargo, se siguió aplicando⁷.

Por su parte, el programa QI se inició en el año 2000, también con carácter voluntario. Bajo este programa, instituciones financieras extranjeras (no estadounidenses) podrían calificar como intermediarios calificados (QI) a través de la suscripción de un acuerdo con el Internal Revenue Service (IRS). A través de este acuerdo, la entidad financiera informaba y validaba el monto apropiado de impuestos correspondientes

3 Ibidem, p. 3.

4 L. cit.

5 L. cit.

6 Cabe indicar que, sin perjuicio de FATCA, ambas obligaciones siguen vigentes.

7 Ver DIZDAREVIC, Melissa A. «The FATCA Provisions of the Hire Act: Boldly Going Where No Withholding Has Gone Before». *Fordham Law Review*, 79 (2011), p. 2977 (<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol79/iss6/14>).

a retener a sus clientes americanos. A cambio de su colaboración, el IRS no le obligaba a revelar la identidad de los mismos⁸.

Sin embargo se observó que, dado el margen de flexibilidad del programa, las entidades financieras estaban reteniendo e informando montos mucho menores a los correspondientes.

II.4. El escándalo del United Bank of Switzerland AG (UBS)

En 2007, un antiguo banquero del UBS y ciudadano estadounidense, Bradley Birkenfeld, reveló que el UBS ayudaba activamente a sus clientes estadounidenses a evadir impuestos, para lo cual enviaba representantes del banco a visitar clientes en Estados Unidos, a quienes les aconsejaba constituir compañías en paraísos fiscales y que estas luego depositen sus fondos en el UBS para posteriormente invertir en Estados Unidos⁹.

El UBS, luego de admitir fraude y conspiración ante los Estados Unidos, se comprometió a pagar 780 millones de dólares americanos en multas, intereses y restitución a dicho país. Estados Unidos, a su vez, solicitó al UBS proporcionarle los nombres de 52 000 cuentas bancarias secretas, ante lo cual el gobierno suizo entró en un acuerdo sin precedentes y se comprometió a proporcionar el nombre de 4450 titulares estadounidenses de cuentas bancarias del UBS, a pesar de sus estrictas reglas de secreto bancario¹⁰.

Este escándalo, que salió a la luz en 2009, mostró las debilidades del QI¹¹, puesto que resultaba insuficiente para prevenir el «round tripping» que estaban llevando a cabo los ciudadanos estadounidenses con apoyo del UBS.

III. FATCA

III.1. Norma de promulgación

Como consecuencia de las experiencias con los sistemas de información citados, y del caso UBS, nace FATCA, norma promulgada bajo el gobierno del presidente Barack Obama el 18 de marzo de 2010. Esta norma fue incorporada como parte de la Ley de Incentivos para la Restauración del Empleo en Estados Unidos¹² (Hiring Incentives to Restore Employment Act, más conocida como HIRE ACT). Dada su naturaleza, las disposiciones FATCA han sido específicamente integradas al Internal Revenue Code (la norma tributaria estadounidense)¹³.

8 Ibídem, p. 2978.

9 Ibídem, p. 2983.

10 L. cit.

11 Sin embargo, el QI se siguió aplicando.

12 La traducción es nuestra.

13 L. cit.

EL RÉGIMEN FATCA
Y SUS PRINCIPA-
LES ARISTAS DE
APLICACIÓN EN EL
PERÚ

FATCA AND ITS
KEY PROVISIONS
AND THE ISSUES
OF ITS APPLICA-
TION IN PERU

Como antecedente, vale la pena mencionar que dicha norma fue propuesta en dos oportunidades anteriores de manera independiente y, sin embargo, no fue aprobada, hasta que se solicitó su aprobación dentro del HIRE ACT y fue aprobada sin mayor discusión. Muchos cuestionan que dicha norma haya pasado camuflada en el HIRE ACT, pues esta es una norma básicamente laboral relativa a temas de amnistías tributarias y otros créditos para los trabajadores y no tiene, por tanto, mucho que ver con la temática del FATCA, que es una norma de requerimiento de información. Sin embargo se justificó su incorporación señalando que servía para financiar el HIRE ACT¹⁴.

III.2. Objetivos

El IRS ha señalado que FATCA representa un desarrollo importante en el esfuerzo que hace Estados Unidos por combatir la evasión tributaria de americanos que mantienen cuentas *offshore* y busca con ella incrementar el ingreso fiscal, así como detectar, determinar y desincentivar a los bancos a usar el secreto bancario para ayudar a la evasión. El medio para ello es la obtención de información respecto del flujo de capital e ingresos recibidos por residentes y ciudadanos de Estados Unidos, bajo sanción¹⁵.

III.3. Diseño

De acuerdo a lo dispuesto por FATCA, el IRS «invita» a las FFI y a ciertas NFFE a celebrar «voluntariamente» un convenio con las autoridades fiscales de Estados Unidos, mediante el cual las FFI se comprometan a proporcionar información detallada de las cuentas bancarias cuyos titulares sean ciudadanos o residentes de los Estados Unidos o empresas extranjeras con participación significativa de residentes estadounidenses¹⁶. Los titulares de cuentas a los que se refiere la norma, en el caso de personas naturales, son aquellos ciudadanos que vivan fuera o dentro del país, residentes legales, y aquellos que reúnan la prueba de presencia sustancial de 183 días en Estados Unidos¹⁷. Adicionalmente, aquellos contribuyentes estadounidenses que mantengan activos financieros extranjeros por un valor que exceda los US\$ 50 000 al último día del ejercicio tributario o US\$ 150 000 durante cualquier momento específico del año fiscal deberán presentar una declaración informando acerca de dichos activos, la que deberán adjuntar a la declaración anual de impuestos, bajo sanción de multa

14 Ver CHRISTIANS, Allison. *FATCA Q&A* (<http://allisonchristians.com/fatca-q-a>).

15 Ver página oficial del Internal Revenue Service (IRS) (<http://www.irs.gov/uac/Treasury,-IRS-Issue-Proposed-Regulations-for-FATCA-Implementation>).

16 BEHRENS, Frederic Alain. «Using a Sledgehammer to Crack a Nut: Why FATCA Will Not Stand». *Wisconsin Law Review*, 1 (2013), p. 213 (<http://ssrn.com/abstract=2247615>).

17 Ver página oficial del Internal Revenue Service (IRS) (<http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Summary-of-Key-FATCA-Provisions>).

que va desde US\$ 10,000 a US\$ 50 000 en caso de reincidencia. La obligación de informar prescribe a los seis años¹⁸.

De lo expuesto, tenemos que las FFI podrán optar por:

- i. Sujetarse al formulario 1099 (formatos de reporte de información de las entidades financieras estadounidenses) e informar directamente.
- ii. Suscribir el acuerdo FATCA, obligándose básicamente a los siguiente¹⁹:
 - Un «due diligence» de todas las cuentas que tiene la FFI con el propósito de identificar a los cuentahabientes estadounidenses²⁰.
 - Una vez identificadas las cuentas, la FFI deberá reportar al IRS anualmente la siguiente información: número de la cuenta; nombre, dirección y número de identificación fiscal de los cuentahabientes; balance de la cuenta y valores; cargos y abonos de la cuenta (movimientos); el monto de los dividendos o el monto de los intereses; otros ingresos provenientes de la venta de propiedades; procedimiento de identificación de cuentas.
 - El reporte deberá presentarse electrónicamente.
 - Se espera que la FFI también reporte sobre los cuentahabientes recalitrantes y les cierre las cuentas.

iii. No suscribirse a FATCA y encontrarse sujetas a una retención de 30% respecto de todos los pagos que reciban de Estados Unidos.

Por otro lado, la obligación de información de las NFFE, es respecto de sus accionistas estadounidenses sustanciales.

III.4. Definiciones

III.4.1. Entidad Financiera Extranjera (FFI)

Las FFI son aquellas entidades que no se encuentran constituidas en los Estados Unidos y pueden ser depositarias, de custodia o inversionistas²¹. Una entidad es depositaria cuando acepta depósitos en el curso ordinario de su negocio bancario o negocios similares. A su vez, se considera de custodia a la entidad que se dedica al negocio de mantener activos financieros de terceras personas como parte sustancial de su actividad. Finalmente, la entidad inversionista es aquella que participa en el negocio de inversión, reinversión o negociación de valores. En términos generales las FFI comprenden bancos, financieras, cajas de ahorro municipales, empresas de fondos de inversión, fondos mutuos, fideicomisos, sociedades titulizadoras, sistemas de administración de bienes y servicios, compañías de seguros,

18 L. cit.

19 L. cit.

20 No se incluyen cuentas en una FFI de individuos cuyos activos no excedan los US\$ 50 000.

21 U.S. Code. Sección 26, § 1471, «Withholdable Payments to Foreign Financial Institutions».

sociedades administradoras de fondos de pensiones y otras similares que mantengan relación comercial con clientes estadounidenses.

III.4.2. Entidad Extranjera No Financiera (NFFE)

Las NFFE son definidas de manera residual. Es considerada bajo este rubro toda aquella entidad que no es una entidad financiera y puede ser activa (operan un comercio o negocio activo y menos del 50% de sus activos producen ingresos pasivos) o pasiva (más del 50% de sus activos son del tipo que producen ingresos pasivos)²². Algunas NFFE se encuentran exceptuadas, tales como aquellas que transan públicamente y sus afiliadas; las NFFE activas; y otro tipo de entidades.

III.4.3. Agente de retención

Se considera como agente de retención cualquier persona o entidad americana que tenga el control sobre la disposición de un pago, ya sea una corporación, un *trust* u otro²³. El agente de retención deberá aplicar la retención del 30% a cualquier pago que se haga a personas respecto de las cuales no cuente con información que le permita tratar a dicho receptor del pago como exento del régimen FATCA. De no efectuar la retención, se encontrará sujeto a responsabilidad solidaria y multas²⁴. Las retenciones se realizarán respecto de FFI no participantes y de clientes que no otorguen suficiente información para determinar si son estadounidenses o no. Con respecto a las NFFE, no operará la retención respecto de aquellas entidades que se encuentran exceptuadas.

III.4.4. Pagos sujetos a retención

Los pagos sujetos a retención incluyen cualquier pago que derive de una fuente de ingresos de Estados Unidos tales como intereses, dividendos, rentas, salarios, premios, pensiones, remuneraciones, ingresos, ganancias de capital, intereses de portafolio y otras formas de inversión de ingresos derivados de inversiones en Estados Unidos²⁵. La retención opera como penalidad y se hará inclusive sobre conceptos que no se encuentran gravados en Estados Unidos. En ese sentido, los montos retenidos no tienen característica de impuestos, toda vez que estas retenciones operarán independientemente de que la operación se encuentre gravada o no, ostentando naturaleza sancionatoria, puesto que se originan con motivo de un incumplimiento formal. Por ello, dicho pago no podría utilizarse como crédito contra impuestos en el Perú²⁶.

²² Code of Federal Regulations. Sección 26, 1.1472-1, «Withholding on NFFES».

²³ Ibidem, Sección 26, 1.1441-7, «General Provisions Relating to Withholding Agents».

²⁴ Ibidem, Sección 26, 1.1471-2, «Requirement to Deduct and Withhold Tax on Withholdable Payments to Certain FFI».

²⁵ U.S. Code. Sección 26, § 1473, «Definitions».

²⁶ A menos que, por alguna razón, una parte posteriormente sea efectivamente aplicada contra impuestos.

III.4.5. Entidades exentas

La norma exime algunas entidades de corte público, tales como entidades de gobierno, entidades sin fines de lucro, entidades financieras muy pequeñas, entre otras²⁷.

III.5. Acuerdos Intergubernamentales (IGAS)

Debido a la existencia en algunos países de leyes internas que prohíben a las FFI la entrega de información financiera de sus clientes (por lo cual las FFI de dichos países no podrán, evidentemente, cumplir con las disposiciones FATCA y serán sancionadas), se crea la opción de los acuerdos intergubernamentales entre países. Estos tienen por objeto el que las FFI le entreguen la información recabada a sus propias entidades gubernamentales, en lugar de entregarla al IRS. Dichos acuerdos se denominan Intergovernmental Agreements (IGAS)²⁸.

Estados Unidos viene negociando dos modelos de acuerdo:

El Modelo de Acuerdo para Incrementar el Cumplimiento e Implementación del FATCA (Modelo 1), publicado el 25 de julio de 2012, conforme al cual la FFI remite la información financiera a las autoridades fiscales locales y no al IRS, por lo que no se requiere consentimiento del contribuyente. Este acuerdo de intercambio de información puede ser recíproco o no, dependiendo de la voluntad de los gobiernos. Entre los países que han suscrito IGAS bajo este modelo podemos mencionar a Canadá, Islas Caimán, Costa Rica, Dinamarca, Francia, Alemania, Guernsey, Hungría, Irlanda, Isla de Man, Italia, Jersey, Malta, Mauricio, México, Holanda, Noruega, España, Reino Unido, entre otros.

El Modelo Intergubernamental de Cooperación para Facilitar la Implementación del FATCA (Modelo 2), publicado el 14 de noviembre de 2012, el cual consiste en que la FFI envía la información directamente al IRS, ya que de forma previa el Estado ha autorizado a las FFI de su jurisdicción a inscribirse en el registro y a reportar directamente. En este supuesto, se requiere el consentimiento de los contribuyentes que mantienen las cuentas. La FFI cuenta con doce meses desde la notificación para resolver cualquier incumplimiento. De lo contrario, el IRS lo tratará como una FFI no participante. A diferencia del Modelo 1, en este modelo no existe una versión recíproca. Japón, Bermuda y Suiza son ejemplos de países que han suscrito un IGA bajo este modelo.

Con relación a las disposiciones más resaltantes de los IGA, podemos mencionar las siguientes:

27 Ver página oficial del Internal Revenue Service (IRS) (<http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Information-for-Foreign-Financial-Institutions>).

28 GRINBERG, Itai. «Taxing Capital Income in Emerging Countries: Will FATCA Open the Door?». *Georgetown Public Law Research*, 13, 31 (2013), p. 9.

- Se mantiene el procedimiento de *due diligence* a efectuar por la entidad financiera respecto de sus cuentahabientes, pero de una forma mucho más genérica.
- Se elimina el requisito del funcionario responsable que certifica ante el IRS que los procedimientos de *due diligence* ya se hayan llevado a cabo.
- Se elimina la obligación de retener y cerrar las cuentas recalcitrantes, bajo condición de proporcionar la información correspondiente a las cuentas.
- Se establece que los Estados trabajarán con miras a desarrollar una alternativa práctica y efectiva para lograr los objetivos de la retención de *passthru payments* e ingresos brutos.

Como consecuencia de la suscripción de los IGA, se facilita la aplicación, la implementación y el cumplimiento de las disposiciones del FATCA y se reducen los costos de las FFI para ser clasificadas como participantes, siempre que cumplan con sus obligaciones.

III.6. Plazos

El plazo inicialmente dado para su cumplimiento fue enero de 2013. Sin embargo, el Tesoro no pudo cumplir con dichos plazos y este se pospuso para enero de 2014. Posteriormente, en julio de 2013 y dada la suscripción de los IGA, el IRS emitió la nota 2013-43 anunciando una prórroga de seis meses adicionales para la implementación del FATCA. De esta manera, la fecha efectiva es 1 de julio de 2014. Sin embargo, el plazo para realizar retenciones sobre pagos brutos es hasta 2017²⁹. Cabe indicar que algunas obligaciones específicas tienen fechas límite distintas.

IV. ALGUNOS CUESTIONAMIENTOS ACERCA DE LA APLICACIÓN DE FATCA

Si bien en Estados Unidos esta norma ha sido y sigue siendo objeto de muchos cuestionamientos³⁰, esta vez no nos referiremos a los mismos, sino que desarrollaremos los cuestionamientos más importantes que su aplicación podría traer en nuestro país.

29 Internal Revenue Service (IRS). Nota 2013-43 (http://www.irs.gov/irb/2013-31_IRB/ar07.html). Los plazos no han sido cambiados por las recientes modificaciones (ver regulaciones temporales 9657 y 9658).

30 En Estados Unidos, son varios los problemas que diversos autores plantean alrededor de FATCA. Entre los principales, se ha señalado que el FATCA desincentiva la inversión dentro de Estados Unidos: puesto que lo que detona la aplicación de la penalidad son los pagos provenientes de EE.UU., otros países, como China e India, se van a beneficiar; que la carga económica para su cumplimiento es demasiado alta; que no toma en cuenta la existencia de tratados fiscales ni la legislación interna de los otros países; que dificulta a los americanos que se encuentran en otros países hacer negocios; y que generará a los ciudadanos americanos problemas para obtener cuentas bancarias en el país dados los costos administrativos que implica tenerlos como clientes. A consecuencia de estas normas algunos ciudadanos americanos están renunciando a su ciudadanía.

IV.1. ¿Es FATCA una medida antielusiva?

Para contestar esa pregunta, no podemos evitar referirnos a la clásica diferenciación entre elusión y evasión. Respecto de la evasión, en la resolución adoptada con motivo de las XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario (Venezuela) sobre el tema «La elusión fiscal y los medios para evitarla»³¹ se señaló que el concepto de evasión tributaria se restringe a las conductas ilícitas adoptadas por el contribuyente para eximirse total o parcialmente del cumplimiento de la obligación tributaria. Por otro lado, y con relación a la elusión, dicho documento la define como un comportamiento del obligado tributario consistente en evitar el presupuesto de cualquier obligación tributaria o en disminuir la carga tributaria a través de un medio jurídicamente anómalo (por ejemplo, el abuso de la norma, de la forma o la vulneración de la causa típica del negocio jurídico), sin violar directamente el mandato de la regla jurídica pero sí los valores o principios del sistema tributario.

En ese sentido, se observa que la elusión implica evitar el supuesto de hecho de la norma a través de la realización de actos anómalos, lo cual conlleva a una violación indirecta de la norma tributaria. Al respecto, Alan Gunn señala que la distinción entre elusión y evasión es bastante clara en principio, pero no siempre en los hechos: uno evade impuestos evitando el pago sin evitar la responsabilidad; mientras que quien elude la responsabilidad, elude el impuesto³².

La elusión suele ser combatida a través de las cláusulas antielusivas, las mismas que García Novoa define como estructuras normativas cuyo presupuesto de hecho aparece formulado con mayor o menor grado de amplitud y al cual se ligan unas consecuencias jurídicas que consistirán en asignar a la Administración tributaria la potestad de desconocer el acto o negocio realizado con ánimo elusivo y carente de sustancia comercial, y a aplicar el régimen jurídico-fiscal que se ha tratado de eludir³³. Dependiendo de la amplitud del presupuesto de hecho, dichas cláusulas pueden ser generales o especiales. Como explica Lourdes Chau, las cláusulas generales presuponen un hecho complejo, genérico y abstracto aplicable a un número indefinido de figuras detectadas como anómalas que precipitan la consecuencia tributaria prevista por la ley para otras figuras, mientras que las cláusulas específicas presuponen un hecho rígido, detallado y taxativo y suelen adquirir formas de ficción o de «hechos imponderables» complementarios y presunciones³⁴.

31 XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario (Venezuela). «La elusión fiscal y los medios para evitarla» (<http://www.ichdt.cl/resolucion.htm>).

32 Ver GUNN, Alan. «Tax avoidance». *Michigan Law Review*, 76, 5 (1978), p. 733 (<http://www.jstor.org/stable/1287988>).

33 Ver GARCÍA NOVOA, César. «Reflexiones sobre las medidas para combatir la elusión fiscal. Cláusulas generales y especiales». *Vectigalia*, 1 (2005), p. 121.

34 Nota de prensa del seminario «Normas antielusivas y régimen fiscal para financiamiento de empresas» (http://www.procapitales.org/web/imagenes/eventos/pdf/f_459_Nota%20de%20Prensa%20Seminario%20-%20Julio%202013.pdf).

En el caso del ordenamiento jurídico peruano, el Código Tributario, a raíz de la entrada en vigencia del decreto legislativo 1121, contempla de forma expresa una cláusula antielusiva general. Así, con la incorporación de la norma XVI del título preliminar del Código Tributario, la Administración tributaria está habilitada a eliminar las ventajas tributarias resultantes de los actos elusivos efectuados por los contribuyentes, siempre que no se haya cumplido con el Test de Propiedad o Idoneidad y el Test de Relevancia Jurídico-Económica, según lo dispuesto en el párrafo 3 de la referida norma. Por otro lado, como ejemplos de cláusulas antielusivas específicas, tenemos la regla de subcapitalización³⁵, las normas antiparaísos, el régimen de transparencia fiscal internacional, el tratamiento como dividendo de la reducción de capital hasta por el importe de las utilidades existentes al momento de adoptar el acuerdo de reducción de capital, el desconocimiento del gasto de créditos originados entre partes vinculadas que son transferidos a terceros, las normas sobre las denominadas *wash sales*, las presunciones sobre distribución de ganancias en el caso de escisiones³⁶, solo por mencionar unas cuantas.

Sin perjuicio de ello, cabe anotar también que en el ámbito internacional existen normas antielusivas que provienen del acuerdo de voluntades entre Estados. Específicamente, en el caso del Perú, tenemos que los convenios para evitar la doble imposición (CDI) suscritos contemplan la regla del beneficiario efectivo en el caso de rentas pasivas, a fin de evitar que a través de un tercer Estado se pretendan aprovechar las disposiciones del CDI en el caso de rentas pasivas. Esta medida también se encuentra recogida en los artículos 10, 11 y 12 del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)³⁷.

Como se puede apreciar, existen medidas que han sido diseñadas para contrarrestar los efectos de la elusión tanto a nivel local como internacional y su empleo se da en el marco de fiscalizaciones, es decir, de forma *ex post* a la concretización de la conducta del contribuyente. Ahora bien, a diferencia de las medidas antielusivas a las que hemos hecho alusión líneas arriba, el FATCA tiene como propósito combatir un supuesto de evasión a nivel internacional, esto es, aquellos casos en los que el contribuyente deliberadamente incumple una disposición tributaria apoyándose en las ventajas de la legislación de un tercer Estado (como, por ejemplo, el secreto). Las cláusulas antielusivas no resultan aplicables a tales casos, lo que justifica el esfuerzo del gobierno

35 Establecida en el inciso a) del artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta.

36 En las que las acciones o participaciones de nueva emisión son transferidas en propiedad o canceladas por una posterior reorganización

37 Asimismo, como se señala en el párrafo 7 de los comentarios al artículo 1, uno de los fines del CDI debe ser evitar la elusión y evasión fiscal. En virtud de ello, se admite que los Estados puedan aplicar disposiciones internas o reglas jurisprudenciales domésticas con el objeto de evitar el fraude y las conductas de *treaty shopping*.

de los Estados Unidos de crear nuevas estrategias para hacer frente a tales prácticas, sobre todo de forma *ex ante*.

Ante ello, como observa Melissa Dizdarevic, la evasión tributaria puede ocurrir de tres formas: (i) no presentando la declaración tributaria correspondiente, (ii) pagando un importe menor al correspondiente o (iii) declarando un importe menor al correspondiente³⁸. En Estados Unidos el primer problema se enfrenta usualmente a través de sanciones penales o civiles, mientras que el segundo se combate a través del establecimiento de una retención en la fuente, sistema en el que cobra relevancia la colaboración de los sujetos designados como agentes de retención. En cuanto al tercer problema, el mecanismo utilizado es el reporte de información. No obstante, existe un problema de asimetría de información, toda vez que es el contribuyente quien está en mejores posibilidades de conocer los tributos que adeuda al Estado.

Como apreciamos, en un contexto de tributación *offshore* (es decir, aquel en el que el sistema tributario intenta alcanzar aquellas rentas que se mantienen fuera del territorio), el sistema de retención en fuente no funciona, pues, en virtud de la soberanía del Estado, no sería posible exigir este tipo de obligaciones fuera de su jurisdicción. En esta línea, sin embargo, FATCA pretende lograr la colaboración que la Administración tributaria requiere de bancos extranjeros a través de «convenios voluntarios» (bajo apercibimiento de sanción), impulsando el intercambio internacional de información.

IV.2. ¿Atenta FATCA contra la soberanía de los estados y específicamente de nuestro país?

El IRS se ha pronunciado al respecto, señalando que FATCA no es una ley extraterritorial, puesto que la decisión de las entidades financieras de celebrar un convenio con el IRS tiene carácter «voluntario» y la consecuente retención del 30% en caso de negativa solamente significa un «incentivo» para celebrar dicho convenio.

Como sabemos, Estados Unidos es el único país en el mundo que grava a sus ciudadanos por ser tales sin perjuicio del lugar de residencia de los mismos, lo cual, según autores como Reuven Avi Yonah³⁹ y Allison Christians⁴⁰ atenta contra el principio de membresía (que se refiere al espíritu de pertenencia a una comunidad internacional), así como contra el estándar global de la fiscalidad basada en la residencia, y

38 DIZDAREVIC, Melissa A. Ob. cit, p. 2977.

39 AVI-YONAH, Reuven S. «The Case Against Taxing Citizens». U of Michigan Law & Econ, Empirical Legal Studies Center Paper, 10, 9 (2010) (<http://ssrn.com/abstract=1578272>).

40 CHRISTIANS, Allison. «Drawing the Boundaries of Tax Justice», 2013 (<http://ssrn.com/abstract=2230668>).

constituye una política injusta⁴¹. En virtud de dicho sistema, Estados Unidos recurre a FATCA para alcanzar a sus contribuyentes y gravar el ingreso que generen fuera de sus fronteras. Es por tanto pertinente analizar si FATCA podría afectar la soberanía de otros estados (entre ellos, la de nuestro país).

Un estado soberano debe tener como mínimo tres elementos: territorio, población y gobierno. Dicho estado deberá ejercer supremacía y control sobre su territorio y su población sobre la base de una fuente legítima de reconocimiento del poder. Debe, además, exhibir independencia (no supremacía) respecto de los otros estados. De esta manera, y en el contexto del concepto de soberanía, el estado es el actor principal en el mundo de las relaciones internacionales⁴². Existe, pues, una conexión clara entre legitimidad, responsabilidad y reconocimiento internacional.

Es claro que en las naciones que se rigen bajo el sistema democrático de gobierno (como la nuestra), la legitimidad proviene del proceso electoral y es en esa legitimidad en la que se sostiene la soberanía del estado para tomar decisiones. De ahí que resulta más fácil someterse a las decisiones internas del estado en ejercicio directo de su soberanía que someterse a las decisiones tomadas por organismos internacionales a los que el estado se adscribe, ello toda vez que la legitimidad se percibe más distante⁴³.

La legitimidad de la mayoría se basa en un sentimiento de comunidad que no existe necesariamente respecto de una organización multilateral. De esta manera, cuando el poder es transferido a otro nivel de decisión más allá del propio estado (como puede ser una organización internacional), este otro nivel debe ganar su propia legitimidad y no apoyarse únicamente en la del estado, con el objetivo de garantizar la efectividad de las medidas adoptadas⁴⁴. En este contexto, es innegable que los estados del mundo globalizado tarde o temprano necesitan formar parte de organizaciones internacionales para alcanzar sus objetivos.

En tributación, existen dos conceptos básicos sobre los cuales se mueve el concepto de soberanía: el ingreso público, que se nutre principalmente de impuestos y sirve para financiar el gasto público; y, por otro lado, el control de la política fiscal, ya que los impuestos son utilizados también para estimular determinadas conductas económicas. Un caso emblemático en el que produjo un conflicto de soberanía sucedió cuando la OCDE trató de imponer severas medidas en contra de la competencia

41 CHRISTIANS, Allison. «FATCA Q&A: A work in progress», 2013 (<http://taxpol.blogspot.com/2013/12/fatca-q-work-in-progress.html>).

42 RING, Diane M. «What's at Stake in the Sovereignty Debate?: International Tax and the Nation-State». *Virginia Journal of International Law*, 49 (2008), p. 4.

43 *Ibidem*, pp. 13-15.

44 *Ibidem*, p. 16.

117

EL RÉGIMEN FATCA
Y SUS PRINCIPALES
ARISTAS DE
APLICACIÓN EN EL
PERÚFATCA AND ITS
KEY PROVISIONS
AND THE ISSUES
OF ITS APPLICATION
IN PERU

fiscal desleal, las cuales fueron cuestionadas precisamente sobre la base del tema de soberanía. Como respuesta a la creciente preocupación sobre el problema de la competencia fiscal desleal (específicamente respecto a los paraísos fiscales), en 1998 la OCDE emitió un informe en el que estableció una serie de criterios para determinar si una práctica fiscal era dañina o no, proponiendo, a su vez, medidas para contrarrestarla⁴⁵.

Entre los criterios de identificación de éstas prácticas estaban (i) la no tributación o tributación cero; (ii) tener tasas muy bajas o mecanismos para reducir la base imponible que tengan por resultado que el ingreso resulte gravado a una tasa muy baja; (iii) la negativa al intercambio de información; (iv) la falta de realización de actividades sustanciales comerciales en determinado territorio; y (v) la existencia de regímenes de tributación preferencial como, por ejemplo, una zona franca o incentivos por tipo de industria. Finalmente, el informe estableció la necesidad urgente de tomar acción a nivel internacional, recomendando contrarrestar las citadas prácticas con reglas muy severas⁴⁶.

Esta iniciativa de la OCDE recibió múltiples críticas a nivel internacional. Entre ellas, una de las más fuertes provenía del Centro de Libertad y Prosperidad⁴⁷, que, al respecto, señaló lo siguiente:

Los esfuerzos planteados por la OCDE provienen de una mala asesoría, ellos constituyen un ataque a la soberanía porque la OCDE está tratando de ningunear a los países denominados paraísos fiscales con la finalidad de forzarlos a incrementar sus tasas de impuestos y a eliminar la privacidad financiera [...]. Las naciones soberanas deberían ser capaces de determinar sus propias políticas fiscales⁴⁸.

En el mismo sentido, el secretario del Tesoro de Estados Unidos Paul O'Neill señaló lo siguiente:

Los Estados Unidos no respaldan esfuerzos para dictar a ningún otro país cuáles son las tasas de impuestos que deben usar o qué tipo de sistemas fiscales deberían utilizar, y no participará en ninguna iniciativa que conlleve a homologar todos los sistemas tributarios. Los Estados Unidos simplemente no tienen interés alguno en eliminar la competencia que obliga a los gobiernos al igual que las empresas a crear eficiencia⁴⁹.

De lo expuesto, se observa que la principal crítica estaba orientada a la legitimidad de la OCDE para exigir conductas a terceros países. En este contexto, y siguiendo la misma línea de análisis, FATCA podría no ser

45 *Ibidem*, p. 22.

46 *L. cit.*

47 Ver Center for Freedom and Prosperity (<http://freedomandprosperity.org/core-principles/tax-competition/>).

48 Citada en RING, Diane M. *Ob. cit.*, p. 4.

49 Citado en *ibidem*, p. 25.

considerado como un sistema de intercambio de información amigable, toda vez que, a través de dicha norma, el gobierno de los Estados Unidos se atribuye la facultad de exigir obligaciones de información y de imponer sanciones a sujetos que se encuentran bajo una jurisdicción distinta. En ese sentido, actúa sin legitimidad, quebrantando con ello la soberanía de dichos países. A partir de lo expuesto, entonces, FATCA vulnera la soberanía porque (i) no respeta el principio de independencia de los estados, (ii) ha sido emitida por una autoridad que carece de total legitimidad para ejercer fuera de su jurisdicción (iii), obliga a sujetos con los que no tiene conexión jurídica alguna, tales como las entidades financieras de otros países, a cumplir obligaciones bajo apercibimiento de sanción.

Por su parte, en nuestro país, los artículos 43, 44 y 45 de la Constitución Política se refieren a la obligación del Estado peruano de defender su soberanía, indicando que el poder ejercido en el mismo debe emanar siempre del pueblo. En la misma línea el Tribunal Constitucional mediante sentencia 05761-2009-PHC/TC, se ha expresado claramente acerca del concepto de soberanía y jurisdicción señalando lo siguiente:

28. El Estado peruano ha reconocido, dentro del desarrollo normativo de su texto político fundamental, el principio de soberanía señalando que: «La soberanía emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen [...]». De este postulado constitucional se deriva que las potestades ejercidas por los poderes públicos de nuestro Estado se sujetan a lo establecido por la propia Constitución y, en general, por el ordenamiento jurídico nacional. De ahí que la soberanía deba ser entendida como la potestad político-jurídica que permite decidir libremente sobre los asuntos internos y externos de un Estado. [...]

30. Este poder soberano autoriza a los Estados a decidir de manera autónoma las leyes que serán aplicadas en el ámbito espacial de su territorio; potestad que no encuentra mayor límite que las establecidas en las normas de derecho público interno y las normas de derecho público externo. Ello significa que en virtud a este principio, cada uno de los Estados debe hacer prevalecer su soberanía respetando la de los demás países, *evitando la imposición de leyes extranjeras en el territorio nacional*»⁵⁰.

De lo expuesto, tenemos que la aplicación de la ley FATCA en nuestro país, de llevarse a cabo, podría contravenir las normas de soberanía contempladas en nuestra constitución, puesto que mediante ella se imponen obligaciones y sanciones a sujetos que se encuentran bajo la jurisdicción del estado peruano.

50 Las cursivas son nuestras.

IV.3. ¿Afecta FATCA el derecho al secreto bancario?

El secreto bancario y la reserva tributaria se encuentran contemplados en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política, como parte de los derechos fundamentales de las personas:

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

En el mismo sentido, el artículo 140 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros⁵¹ prohíbe a las empresas del sistema financiero, así como a sus directores y trabajadores, suministrar cualquier información sobre las operaciones pasivas con sus clientes, a menos que medie autorización escrita de estos. Con ello se restringe la información protegida por el secreto bancario a las operaciones pasivas. La infracción de estas disposiciones se considera una falta laboral grave⁵². Cabe señalar que las operaciones pasivas se refieren a aquellas que tienen por finalidad la captación de recursos del público, mientras que las operaciones activas son operaciones de crédito mediante las cuales las entidades financieras prestan recursos a sus clientes por un tiempo determinado⁵³.

Por su parte, el artículo 143 de la Ley General de Banca y Seguros indica las situaciones en las cuales la reserva de la información no aplica, así como las autoridades y funcionarios que están facultados a solicitar

EL RÉGIMEN FATCA
Y SUS PRINCIPA-
LES ARISTAS DE
APLICACIÓN EN EL
PERÚ

FATCA AND ITS
KEY PROVISIONS
AND THE ISSUES
OF ITS APPLICA-
TION IN PERU

51 Ley 26702.

52 «Artículo 140.- Alcance de la prohibición:

Está prohibido a las empresas del sistema financiero, así como a sus directores y trabajadores, suministrar cualquier información sobre las operaciones pasivas con sus clientes, a menos que medie autorización escrita de estos o se trate de los supuestos consignados en los Artículos 142 y 143.

También se encuentran obligados a observar el secreto bancario:

El Superintendente y los trabajadores de la Superintendencia, salvo que se trate de la información respecto a los titulares de cuentas corrientes cerradas por el giro de cheques sin provisión de fondos.

Los directores y trabajadores del Banco Central de Reserva del Perú.

Los directores y trabajadores de las sociedades de auditoría y de las empresas clasificadoras de riesgo.

No rige esta norma tratándose de los movimientos sospechosos de lavado de dinero o de activos, a que se refiere la Sección Quinta de esta Ley, en cuyo caso la empresa está obligada a comunicar acerca de tales movimientos a la Unidad de Inteligencia Financiera [...].»

53 PEREA, Alexis. «Informe Temático N.º 11/2012-2013: Secreto bancario y reserva tributaria: definición conceptual, tratamiento jurídico en la legislación nacional y legislación comparada». Lima: Departamento de Investigación Parlamentaria, 2013, p. 11.

información o datos del sistema financiero⁵⁴. Así, señala que no se aplica el secreto bancario para las siguientes autoridades:

- Los jueces y tribunales en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso determinado, en el que sea parte el cliente de la empresa a quien se contrae la solicitud.
- El fiscal de la Nación, en los casos de presunción de enriquecimiento ilícito de funcionarios y servidores públicos o de quienes administren o hayan administrado recursos del Estado o de organismos a los que este otorga soporte económico.
- El fiscal de la Nación o el gobierno de un país con el que se tenga celebrado convenio para combatir, reprimir y sancionar el tráfico ilícito de drogas o el terrorismo, o en general, tratándose de movimientos sospechosos de lavado de dinero o de activos, con referencia a transacciones financieras y operaciones bancarias ejecutadas por personas presuntamente implicadas en esas actividades delictivas o que se encuentren sometidas a investigación bajo sospecha de alcanzarles responsabilidad en ellas.
- El presidente de una Comisión Investigadora del Poder Legislativo, con acuerdo de la Comisión de que se trate y con relación a hechos que comprometan el interés público.
- El superintendente, en el ejercicio de sus funciones de supervisión.

El pedido de información se canaliza a través de la Superintendencia. La norma señala, además, que aquellos que accedan a información secreta están obligados a mantenerla con dicho carácter en tanto esta no resulte incompatible con el interés público.

En este extremo, cabe resaltar que la Constitución habilita a levantar el secreto bancario a los jueces y tribunales (específicamente en el contexto de un proceso), así como al fiscal de la Nación en caso de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos y tráfico de drogas. Sin embargo, se observa que, a diferencia de la Constitución, la referida Ley de Banca y Seguros incorpora además al superintendente de Banca y Seguros en el ejercicio de sus funciones de supervisión, lo cual suena muy razonable, pero no es un funcionario habilitado expresamente por la Constitución.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca del contenido del secreto bancario en la sentencia del expediente 02838-2009-PHD/TC:

12. Tal como fuera advertido por este Tribunal en la STC N° 000004-2004-AI/TC y acumulados, «mediante el secreto bancario y la reserva

⁵⁴ Ley 26702.

121

EL RÉGIMEN FATCA
Y SUS PRINCIPA-
LES ARISTAS DE
APLICACIÓN EN EL
PERÚFATCA AND ITS
KEY PROVISIONS
AND THE ISSUES
OF ITS APPLICA-
TION IN PERU

tributaria, se busca preservar un aspecto de la vida privada de los ciudadanos, en sociedades donde las cifras pueden configurar, de algún modo, una especie de “biografía económica” del individuo, perfilándolo y poniendo en riesgo no sólo su derecho a la intimidad en sí mismo configurado, sino también otros bienes de igual trascendencia, como su seguridad o su integridad.

13. A su vez, en la STC N° 01219-2003-HD/TC, se indicó que «forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, y su titular es siempre el individuo o la persona jurídica de derecho privado que realiza tales operaciones bancarias o financieras». Y es que, a juicio de este Colegiado, no puede soslayarse que, respecto al citado derecho fundamental, «también cabe la distinción entre aquella esfera protegida que no soporta limitación de ningún orden (contenido esencial del derecho) y aquella otra que permite restricciones o limitaciones, en tanto estas sean respetuosas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad (contenido “no esencial”)», tal como fue advertido en la STC N° 000004-2004-AI/TC y acumulados.

14. Por consiguiente, y dado que ni el secreto bancario ni la reserva tributaria forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la intimidad, únicamente se encuentran constitucionalmente proscritas aquellas limitaciones cuyo propósito es el de quebrar la esfera privada del individuo y ocasionarle perjuicios reales y/o potenciales de la más diversa índole, mas no aquellas que, manteniendo el margen funcional del elemento de reserva que le es consustancial, sirvan a fines constitucionalmente legítimos y se encuentren dentro de los márgenes de lo informado por la razonabilidad y la proporcionalidad.

De esta manera, para el Tribunal Constitucional, lo que el secreto bancario y la reserva tributaria constitucionalmente proscriben es el acceso a la información que corresponde a la esfera íntima del individuo. No se encuentra restringida, en cambio, aquella información que no corresponde al ámbito de lo íntimo y, en consecuencia, si bien respecto de ella debe mantenerse la reserva, resulta admisible su utilización para fines constitucionalmente legítimos (por ejemplo, la investigación sobre las operaciones financieras catalogadas como sospechosas o el seguimiento de la actividad impositiva por parte de la Administración tributaria con fines de fiscalización o investigación)⁵⁵. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que incluir la privacidad económica en el contenido esencial del derecho a la intimidad implicaría la imposición de obstáculos irrazonables en la persecución de los delitos económicos.

Dicho esto, independientemente de lo indicado respecto al tema de la soberanía líneas arriba, y en un escenario en que el estado peruano

55 PEREA, Alexis. Ob. cit., p. 14.

tuviera la voluntad de suscribir un acuerdo IGA con Estados Unidos, podría explorar la posibilidad de hacerlo a través de la autorización y funciones asignadas al Superintendente de Banca y Seguros, quien se encuentra autorizado por ley a acceder a dicha información⁵⁶. Cabe recordar que, en el marco de las normas FATCA, se propone que el sujeto protegido por el derecho bancario renuncie a través de un formulario firmado a dicho derecho con la finalidad de facilitar la información. Esta renuncia, claro está, debería ser de carácter voluntario y no bajo amenaza del cierre de cuentas.

Ahora bien, por su parte, el numeral 10 del artículo 62 del Código Tributario señala que la Administración tributaria puede solicitar información a las empresas del sistema financiero a través de un juez, cuando se trate de las operaciones pasivas con los deudores tributarios sujetos a fiscalización, caso en el cual la solicitud deberá ser motivada y resuelta en el término de setenta y dos (72) horas, bajo responsabilidad, o directamente, tratándose de las demás operaciones. Al respecto, observamos que la Administración tributaria peruana tiene facultades para acceder directamente a la información bancaria de las operaciones activas en el marco de un proceso de fiscalización y, tratándose de operaciones pasivas, puede solicitar al juez que levante el secreto bancario, a través de una solicitud motivada. De esta manera se abre la puerta para que la Administración tributaria acceda a información protegida por el secreto bancario, en el marco de un proceso de fiscalización.

Ahora bien, no podemos olvidar que existe un acuerdo previo de intercambio de información entre administraciones tributarias con Estados Unidos⁵⁷. Dicho acuerdo, sin embargo, en su artículo 1, numeral 1.3, señala que la asistencia mutua que se brindan los Estados contratantes de este Convenio será en conformidad con, y sujeta a, las limitaciones que establezcan sus respectivas leyes y demás disposiciones nacionales, por lo que faculta a la Administración tributaria a no compartir información cuando hacerlo implique vulnerar normas locales.

No queda claro, sin embargo, el caso en el que, en el marco de un proceso de fiscalización, la Administración tributaria solicite el levantamiento del secreto bancario del sujeto fiscalizado y, posteriormente, en el marco del convenio de intercambio de información, el IRS solicite dicha información. Queda la duda de si en este caso la Administración tributaria podrá proporcionar dicha información.

⁵⁶ Aunque no se encuentre listado entre las autoridades habilitadas por la Constitución.

⁵⁷ Decreto ley 25665.

En el mismo contexto, debe leerse la cláusula de intercambio de información de los CDI suscritos por el Perú. Uno podría preguntarse cuál es la diferencia entre el acuerdo de intercambio de información y FATCA. Además de los sujetos y los objetivos a los que se encuentran dirigidos, FATCA es un sistema que exige información detallada y en tiempo real, lo que no necesariamente sucede en el marco de un convenio tradicional de intercambio de información, el cual normalmente se utiliza para verificar datos recogidos del contribuyente en el marco de un proceso de fiscalización. FATCA, como ya señalamos, hace un control *ex ante*.

IV.4. ¿Atenta FATCA contra la reserva bursátil?

En el Perú, la reserva bursátil tiene carácter legal, ya que según lo establecido en el artículo 45 de la Ley del Mercado de Valores existe un deber de reserva para aquellos sujetos que se encuentran inmersos en el sistema del mercado de valores, tales como directores, funcionarios y trabajadores de los agentes de intermediación, sociedades administradoras de fondos mutuos de inversión en valores y de fondos de inversión, clasificadoras, emisores, representantes de obligacionistas, así como directores, miembros del consejo directivo, funcionarios y trabajadores de las bolsas y de las demás entidades responsables de la conducción de mecanismos centralizados, así como de las instituciones de compensación y liquidación de valores. Conforme al citado artículo, ninguna de estas personas puede compartir información sobre la identidad de inversionistas que transan en la bolsa, a menos que se cuente con una autorización escrita. Tal como están las cosas ahora, el cumplimiento del FATCA acarrearía una infracción a este deber, por lo que los sujetos antes mencionados podrían estar expuestos a la aplicación de una sanción y a responder solidariamente por los daños y perjuicios que ocasionen en base a lo establecido en el artículo 46 de la citada norma.

IV.5. ¿Atenta FATCA contra normas penales?

Sin perjuicio de la calificación como falta grave desde el punto de vista laboral, el incumplimiento de la protección al secreto bancario acarrea una violación al secreto profesional, delito que se encuentra sancionado con una pena privativa de libertad no mayor de dos años y con 60 a 120 días-multa de acuerdo con el artículo 165 del Código Penal⁵⁸.

58 «Artículo 165.- Violación del secreto profesional

El que, teniendo información por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o ministerio, de secretos cuya publicación pueda causar daño, los revela sin consentimiento del interesado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento veinte días-multa».

123

EL RÉGIMEN FATCA
Y SUS PRINCIPA-
LES ARISTAS DE
APLICACIÓN EN EL
PERÚ

FATCA AND ITS
KEY PROVISIONS
AND THE ISSUES
OF ITS APPLICA-
TION IN PERU

IV.6. ¿Atenta FATCA contra normas civiles?

En el caso de aquellos cuentahabientes que ya tuvieran cuentas bancarias y que no colaboren con proporcionar la información requerida, la norma FATCA exige el cierre de las mismas. Ello podría afectar obligaciones contractuales previamente adquiridas.

IV.7. ¿Cómo va a verificar el gobierno americano que las entidades financieras cumplan realmente con la información que proporcionen?

Se ha señalado que una alternativa de control sería exigir la presentación de informes emitidos por firmas auditoras, quienes verificarían el cumplimiento.

IV.8. ¿Qué beneficios nos podría traer el FATCA en el contexto de un IGA con el Perú?

En este punto, hay varias aristas. Por un lado, considerando que aún somos un país de pocos recursos para invertir en recaudación y fiscalización tributaria a contribuyentes *offshore*, suscribir el FATCA podría resultar muy conveniente si existiera reciprocidad absoluta. Sin embargo, al parecer Estados Unidos no está dispuesto a cooperar otorgando información en la misma medida en la que la exige, debido a sus propias limitaciones legales. De esta manera, si se optara por suscribir un acuerdo, sería bueno considerar este punto al momento de acordar los términos del mismo y asegurarse de recibir los máximos beneficios posibles⁵⁹. Algunos autores son más optimistas al respecto, y consideran que la idea de FATCA es llegar, con el paso del tiempo, a la reciprocidad absoluta, al punto de que las administraciones tributarias cooperen en recaudar los impuestos debidos por sus contribuyentes y reembolsárselos respectivamente⁶⁰.

Recibido: 11/03/2014
Aprobado: 31/03/2014

59 GRINBERG, Itai. Ob cit., p. 12. El autor sustenta su posición en la propia legislación americana y en la política fiscal de los Estados Unidos.

60 AVI-YONAH, Reuven S. «What Goes Around Comes Around: Why the US is Responsible for Capital Flight (and What it Can Do about It)», p. 5.