

FBAR: LAS NUEVAS REGLAS Y FORMATO PARA EL REPORTE DE CUENTAS FINANCIERAS EXTRANJERAS A LOS EUA Y SU APLICACIÓN A PERSONAS DE DOBLE NACIONALIDAD

Por: Enrique Hernández Pulido¹, Esq.
Procopio, Cory, Hargreaves & Savitch LLP

INTRODUCCIÓN

En nuestra práctica es cada vez más frecuente el que atendamos casos de clientes que mantienen la doble nacionalidad de México y de los Estados Unidos de América ("EUA"). Muchos de estos clientes son los que denominamos como contribuyentes "accidentales" de los EUA ya que normalmente no participaron en la decisión de serlo (al haber nacido en los EUA) y no están conscientes de las obligaciones y riesgos que dicha situación les implica.

A manera de antecedente es importante recordar que los EUA tiene un régimen fiscal único en el mundo en el sentido de que ciudadanos son considerados "residentes" para efectos fiscales sin perjuicio de su domicilio o residencia efectiva. La constitucionalidad de este régimen fue confirmada por la Suprema Corte de los EUA al decidir el caso *Cook v. Tait* en 1924².

Conforme a lo anterior, los mencionados contribuyentes "accidentales" tienen por el simple hecho de su ciudadanía de los EUA, una serie de obligaciones fiscales e informativas que los ponen en riesgo de ser sujetos de importantes multas y sanciones por su incumplimiento.

Una de las obligaciones informativas más relevantes por la severidad de las sanciones potencialmente aplicables, es la relacionada con la información sobre cuentas financieras ubicadas fuera de los EUA. Esta obligación se deriva de la ley conocida como el *Bank Secrecy Act*³ y sus disposiciones están vigentes desde 1972. La creación de dicha obligación informativa y sus sanciones tuvo como objetivo principal apoyar a las autoridades de los EUA en el combate a la evasión fiscal y lavado de dinero que se llevaba a cabo amparada del secreto bancario que varias jurisdicciones mantenían.

Esta obligación se desahoga mediante la forma TD F 90-22.1 y normalmente se le refiere como la "*Foreign Bank Account Report*" o "FBAR" por sus siglas. Vale la pena destacar que la FBAR no es propiamente una obligación de naturaleza fiscal por lo que le aplican ciertos conceptos distintos a los que normalmente se utilizan para efectos fiscales.

Es importante mencionar que en fechas recientes muchas de las jurisdicciones que tradicionalmente mantienen un alto nivel de confidencialidad han ya celebrado acuerdos de intercambio de información amplios con los EUA⁴. Esto en adición a la red de tratados fiscales de los EUA que incluyen acuerdos de intercambio de información⁵.

No obstante lo anterior, las autoridades de los EUA han puesto especial interés en la FBAR por la eficiencia probada en sus esfuerzos de fiscalización internacional a nivel general a partir de 2008 y en particular respecto de ciertos casos que involucran a cuentas y estructuras con algunos bancos suizos y de otras jurisdicciones europeas⁶.

¹ Enrique Hernández Pulido es un abogado con licencia para ejercer en México y en California. Es socio de la firma Procopio, Cory, Hargreaves & Savitch LLP (www.procopio.com) en San Diego, California desarrollando su práctica en el área de asesoría y planeación fiscal internacional con énfasis en operaciones entre los Estados Unidos, México y el resto de Latinoamérica. El Lic. Hernández asesora en estos temas tanto a instituciones financieras y empresas como a individuos y familias multinacionales. El Lic. Hernández puede ser contactado en la siguiente dirección: eh@procopio.com.

² Ver: 256 U.S. 47 (1924)

³ Esta obligación deriva de una disposición del Título 31 del Código Federal de los EUA y no del Título que se refiere a leyes relacionadas con el dinero y las finanzas y no del Título 26 que es el que incluye al Código de Rentas Internas ("*Internal Revenue Code*") de los EUA que se refiere al sistema fiscal de los EUA.

⁴ Ver http://www.oecd.org/document/12/0,3746,en_21571361_43854757_44261772_1_1_1_1,00.html para una lista de los Tratados de Intercambio de Información Fiscal que los EUA ha celebrado.

⁵ Ver <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/default.aspx> para una lista de los Tratados Fiscales Internacionales que los EUA tiene celebrados y los que están a nivel de proyecto junto con documentación e información auxiliar.

⁶ Ver: http://www.justice.gov/tax/txdv10_USB_Clients.htm

Originalmente, las facultades relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con el FBAR le corresponden al Departamento del Tesoro de los EUA a través de la agencia de inteligencia financiera conocida como “*Financial Crimes Enforcement Network*” o “FINCEN”⁷ por sus siglas. Sin embargo, a través de varios acuerdos administrativos entre Fincen y el Servicio de Rentas Interno de los EUA (“*Internal Revenue Service*” o “IRS”) desde 2003 está última agencia ha tomado el liderazgo y principales facultades relacionadas con la regulación, fiscalización e imposición de sanciones de las FBARs.

Durante 2009 el IRS llevó a cabo un programa de regularización con relación a las FBARs que permitía a contribuyentes que tuvieran ingresos no reportados a través de cuentas extranjeras el presentarse ante el IRS, reportar dicho ingreso y pagar los impuestos debidos junto con intereses y multas y así evitar sanciones civiles y criminales mayores. Se estima que dicho programa tuvo una participación de aproximadamente 15,000 contribuyentes involucrando cuentas en más de 60 países.

Derivado de los resultados del programa de 2009, a principios de 2011 el IRS lanzó una nueva iniciativa de regularización voluntaria en términos similares al programa de 2009 pero con costos mayores a los participantes⁸. El IRS publicó una serie de preguntas frecuentes como guía sobre la aplicación y participación de y en esta iniciativa⁹.

En línea con la iniciativa del IRS¹⁰ a finales de febrero de 2011 Fincen emitió un nuevo grupo de regulaciones¹¹ para el cumplimiento de las FBARs¹². Así mismo, en marzo de 2011 el IRS ha dado a conocer una nueva forma TD F 90-22.1 e instrucciones para la misma.

Este artículo explica de manera general la obligación referente a FBARs de acuerdo a las nuevas reglas y formato con la intención de proporcionar información general. Cada caso debe de analizarse y asesorarse de manera particular por expertos en la materia¹³.

SUJETOS OBLIGADOS POR LA FBAR

De manera general toda “Persona de los EUA” requiere reportar mediante la FBAR todo interés o autoridad (un “interés financiero”) sobre cuentas financieras ubicadas en el extranjero (respecto de los EUA) si el agregado de todas dichas cuentas excede una cantidad equivalente a USD \$10,000 en cualquier momento durante el año de que se trate.

El concepto de “Persona de los EUA” incluye a ciudadanos y residentes de los EUA, a todo tipo de entidades, incluyendo a corporaciones, *partnerships* y compañías de responsabilidad limitadas (LLCs) creadas conforme a las leyes de los EUA y aún y cuando no sean consideradas como residentes o contribuyentes para efectos fiscales de los EUA (como en el caso de una LLC que es considerada “ignorada” para efectos fiscales por tener un solo dueño) y fideicomisos y sucesiones establecidos bajo las leyes de los EUA (inclusive si en el caso de un fideicomiso es considerado como extranjero para efectos fiscales de los EUA).

Es importante señalar que las nuevas reglas de FBAR remiten la definición de residente de los EUA a la definición que da el Código Fiscal de los EUA (“*Internal Revenue Code*” o “IRC” por su siglas) en su Sección 7701(b) que incluye a los residentes permanentes de los EUA (personas que tienen una “*green card*”) y a aquellas que cumplen con los parámetros de la denominada “prueba de presencia substancial” y que se basa en los días de estancia física en los EUA de la persona durante el año de que se trate.

En nuestra práctica observamos muchos casos donde una persona extranjera residente de México cumple con los parámetros de la prueba de presencia substancial por lo días de estancia física en los EUA pero toma la posición de no

⁷ Ver: <http://www.fincen.gov>.

⁸ Ver: <http://www.procopio.com/userfiles/file/assets/files1/irs-announces-last-chance-offshore-voluntary-disclosure-initiative-eds-1549.pdf> para una descripción general de esta nueva iniciativa de regularización voluntaria, las oportunidades y los riesgos que implica.

⁹ Ver: <http://www.irs.gov/businesses/international/article/0,,id=235699,00.html>.

¹⁰ Para conocer más sobre la iniciativa de regularización voluntaria del I ver el artículo de Patrick W. Martin sobre la materia en: <http://www.procopio.com/userfiles/file/assets/files1/docs-1312326-v5-spanish-article-irs-increases-enforcement-of-off-shore-accounts-and-assets-of-u-s-taxpayers-special-offer-made-to-u-s--1564.pdf>.

¹¹ Ver: <http://edocket.access.gpo.gov/2011/pdf/2011-4048.pdf>.

¹² Las nuevas regulaciones fueron publicadas el 24 de febrero de 2011 y serán efectivas a partir de marzo 28 de 2011.

¹³ El presente artículo no pretende ni debe ser considerado como asesoría legal o fiscal. Es recomendable y necesario que cada contribuyente, persona o entidad que pueda ser afectado por los temas que aquí se mencionan y discuten busque y obtenga asesoría experta independiente.

residente mediante la aplicación de una disposición del artículo 4 del Tratado Fiscal celebrado entre México y los Estados Unidos presentando al efecto una declaración 1040NR¹⁴ (de no residente) con la posición aplicable del Tratado mediante la forma IRS 8833¹⁵. En estos casos, no obstante la persona puede ser considerada un “no residente” para efectos del impuesto sobre la renta de los EUA si será una Persona de los EUA para efectos de la FBAR y obligado a su presentación de darse los demás supuestos.

Así mismo y debido a que como se explicó el origen de las obligaciones y reglas relacionadas con la FBAR son distintas de las disposiciones fiscales contenidas en el IRC y sus regulaciones, existen casos donde una determinada persona o entidad puede no ser sujeto de obligaciones a nivel fiscal pero si tener la obligación de presentar una FBAR.

Un ejemplo de lo anterior es el caso de una LLC que es propiedad de una persona física extranjera no residente para efectos fiscales de los EUA y que mantiene una cuenta bancaria en México con un saldo promedio de USD \$15,000. Si bien para efectos del impuesto sobre la renta de los EUA dicha LLC será “ignorada” y por lo tanto de manera general ni la LLC ni su dueño tendrían obligación de presentar declaraciones ó pagar impuestos en los EUA respecto de los rendimientos que le genere la cuenta bancaria mexicana, la LLC si estará obligada a presentar una FBAR en tiempo y forma reportando la cuenta mencionada. Esto inclusive si quien actúa como gerente o apoderado de la LLC es un extranjero no residente de los EUA y es dicha persona quien en lo personal ejerce la firma sobre la cuenta en cuestión.

Adicionalmente podría argumentarse que existe un “interés financiero” para efecto de la FBAR sobre las cuentas de una empresa mexicana si una “Persona de los EUA” tiene un poder para actos de dominio u otro que le pudiera permitir acceder a los recursos de las cuentas de la empresa. A este efecto hay que considerar que conforme al artículo 10 de Ley General de Sociedades Mercantiles de México, el Gerente o Administrador de una sociedad generalmente tiene facultades amplias.

Es importante hacer notar que la obligación existe para la Persona de los EUA aún y cuando la misma no sea el dueño o beneficiario de los recursos en la cuenta. Este puede ser el caso por ejemplo cuando un hijo tiene firma en una cuenta de uno de sus padres o bien donde una persona tiene firma o poder sobre una cuenta de una empresa como se mencionó antes.

Por su parte, el concepto de autoridad o firma para el caso de individuos se define como la capacidad de controlar (en lo individual o en conjunto con otra persona) la disposición de los activos de la cuenta mediante comunicación directa, ya sea escrita o de cualquier otra forma a la institución financiera extranjera.

En nuestra práctica al analizar casos que involucran cuentas en México a nombre de empresas hemos encontrado varios casos donde existe una obligación de presentar una FBAR por el hecho de que una Persona de los EUA (e.g., un ejecutivo de la empresa quien tiene doble nacionalidad) está incluido en el poder notarial que se utilizó para abrir la cuenta aun y cuando no tenga firma autorizada. Esto porque conforme a la legislación mexicana, dicha persona tendría la facultad en base a dicho poder, de ordenar al banco el que se distribuyan los recursos de la cuenta. En este caso la obligación de presentar al FBAR es para dicha Persona de los EUA y no para la empresa.

También se considera que una Persona de los EUA tiene un interés o autoridad en una cuenta si la persona titular de la cuenta es: a) un agente, mandatario u apoderado de dicha Persona de los EUA, b) una corporación, *partnership* u otro tipo de entidad donde la Persona de los EUA mantiene de manera directa o indirecta mas del 50% del derecho a voto o del valor económico o de los derechos sobre las utilidades, c) un fideicomiso o *trust* donde la Persona de los EUA es el fideicomitente (o es considerado como tal) y tiene un interés de dueño en el mismo para efectos fiscales de los EUA (como en el caso de ciertos fideicomisos híbridos) o en el que mantiene un interés presente de beneficiario sobre 50% o mas de los activos del fideicomiso o trust o si recibe mas del 50% de los ingresos del fideicomiso o trust. Adicionalmente se señala que la creación de una entidad o fideicomiso o trust con el propósito de evitar estas disposiciones se considerará como un interés directo en las cuentas subyacentes.

En cuanto a tipos de cuentas reportables, estas incluyen en el caso de bancos: cuentas de cheques, de ahorro, de inversión o de cualquier otro tipo que ofrezca un banco; en el caso de casas de bolsa, cualquier tipo de cuenta que ofrezca la casa de bolsa incluyendo para la inversión en futuros, derivados y *commodities*. En el caso de aseguradoras, aquellos productos que tienen un valor de rescate o características o componente de inversión incluyendo a pólizas de seguro de vida o de supervivencia (*annuities*) aun y cuando no estén generando o distribuyendo ingresos. En el caso de otro tipo de entidades financieras se incluyen cualquier depósito. Finalmente, cualquier tipo de inversión en un fondo mutuo u otro tipo de fondo que tengan participaciones que estén disponibles al público en general con un valor de activos neto regularmente determinado y que permita redenciones regulares también es considerada una cuenta reportable.

EXCEPCIONES A LA OBLIGACIÓN DE REPORTE

¹⁴ Ver un ejemplar de esta forma en: <http://www.irs.gov/pub/irs-pdf/f1040nr.pdf>

¹⁵ Ver un ejemplar de esta forma en: <http://www.irs.gov/pub/irs-pdf/f8833.pdf>

No existe obligación de reportar mediante la FBAR activos extranjeros que se mantengan a través de cuentas con instituciones financieras en los EUA, inclusive en el caso de que los activos se tengan en custodia con instituciones extranjeras siempre y cuando no se tenga la facultad directa (y no a través de la institución de los EUA) de ordenar al custodio la entrega de los activos. Tampoco son materia de reporte las cuentas que se tengan en sucursales en los EUA de bancos extranjeros.

En el caso de esposos, si las cuentas son mancomunadas o son cotitulares y uno de ellos las reporta, el otro ya no las tendrá que reportar sin embargo ambos deberán firmar la forma.

Tampoco existe la obligación de informar sobre cuentas de crédito, incluyendo tarjetas de crédito siempre y cuando no se trate de saldos a favor en depósito o sobre cuentas que se mantengan en bancos dentro de instalaciones militares de los EUA ubicados fuera de los EUA. Este es el mismo caso de pólizas de seguro donde no se tiene un valor de rescate o componente de inversión. De manera importante se otorga una exención para participantes en ciertos planes de ahorro para el retiro, tanto para el caso de los propietarios como de los beneficiarios y con respecto a las cuentas financieras extranjeras mantenidas por dichos planes.

Por otro lado existen una serie de excepciones aplicables a entidades gubernamentales de los EUA, a organismos internacionales donde los EUA es parte, a empleados y funcionarios de bancos u otras entidades financieras que son regulados por las autoridades de los EUA o corporaciones (o subsidiarias de las mismas si se reportan consolidadamente con sus matrices) cuyas acciones (incluyendo ADRs) están listadas en bolsas reguladas en los EUA y donde dicho empleado o funcionario no mantiene un interés personal en las cuentas. Tampoco son reportables las cuentas de corresponsalía o "Nostro" mediante los cuales los bancos hacen ajustes contables entre ellos.

De manera importante se establece que en el caso de que se tenga un interés en más de 25 cuentas solo es necesario reportar esta situación junto con cierta información básica pero se deberá mantener la información de cada una de las cuentas a disposición de las autoridades de los EUA y entregarla cuando así lo soliciten.

En el caso de una entidad que sea propietaria directa o indirectamente de un interés de más del 50% de una o más entidades que estén obligadas a presentar FBARs, la entidad controladora o matriz podrá presentar un reporte consolidado por dicha entidad y sus subsidiarias.

Finalmente, en el caso de beneficiarios de un fideicomiso o trust estos no estarán obligados a presentar las FBARs si el fiduciario o un agente del fideicomiso o del trust es una Persona de los EUA quien reporta las cuentas (mediante una FBAR) del fideicomiso o del trust.

INFORMACIÓN A INCLUIR EN LA FBAR Y PROCESO DE PRESENTACIÓN

La Forma TD F 90-22.1 consta de tres partes. La parte I se refiere a la información de la persona que la esta presentando incluyendo si se trata de un individuo o una entidad o fideicomiso, su número de identificación fiscal y en el caso de no contar con dicho número (por ser extranjero) con los datos de su identificación, su fecha de nacimiento, nombre, domicilio, la indicación de si se trata de una declaración original o complementaria y de si se tiene interés financiero en más de 25 cuentas o no.

La parte II se debe completar si no se cuenta con interés financiero en 25 cuentas o más y se refiere a las cuentas que se mantienen individualmente. Respecto de cada cuenta reportable se debe informar el valor máximo durante el año calendario que se este reportando, el tipo de cuenta, el número de cuenta y la dirección postal de la institución financiera donde se tenga la cuenta. La parte III requiere la misma información por cuenta que la parte II pero se refiere a cuentas con mas de un dueño (mancomunadas o donde se es cotitular).

La forma debe de ser firmada por la persona que la presenta, se debe de incluir con que carácter la persona esta actuando en el caso de que las cuentas no sean personales y la fecha de firma. No se requiere acompañar de anexos.

Una vez completa, la forma debe de ser enviada al Departamento del Tesoro a la siguiente dirección: Department of the Treasury, P.O. Box 32621, Detroit, MI 48232-0621 y debe de ser recibida en dicha dirección a mas tardar el 30 de junio de cada año. En el caso de envíos por mensajería especializada se deben de hacer a la siguiente dirección: IRS Enterprise Computing Center, ATTN: CTR Operations Mailroom, 4th Floor, 985 Michigan Avenue, Detroit, MI 48226. La FBAR no puede ser presentada por medios electrónicos.

Vale la pena hacer notar que esta forma no se envía ni al mismo tiempo ni al mismo lugar que las declaraciones fiscales (forma IRS 1040 para el caso de ciudadanos y residentes y forma IRS 1040NR para el caso de extranjeros no residentes). Así mismo, en caso de que se tenga una extensión para presentar la declaración fiscal anual de que se trate, dicha extensión no le aplica a la FBAR.

Finalmente es importante tener en cuenta que en el caso de los plazos de presentación de las declaraciones fiscales, la regla general es que se cumple con el plazo cuando se envía (e.g., se pone en el correo o se transmite por medios

electrónicos) la declaración correspondiente. En el caso de la FBAR se cumple con el plazo cuando se recibe por parte de la autoridad a más tardar en el último día de plazo, por lo que el envío en la fecha límite casi seguramente dará lugar a una presentación extemporánea.

Un ejemplar de la forma TD F 90-22.1 vigente y sus instrucciones se puede obtener en la siguiente dirección: <http://www.irs.gov/pub/irs-pdf/f90221.pdf>.

SANCIONES APLICABLES

Como se mencionó antes, una característica de la FBAR es las importantes sanciones aplicables por la falta de presentación como se explica más adelante. Sin embargo, en casos donde existe una causa razonable (e.g. por que el contribuyente “accidental” no tenía conocimiento de la obligación pero ha venido reportando el ingreso derivado de esa cuenta en su declaración fiscal anual) y se reporta adecuadamente la o las cuentas, exista la posibilidad de que no se impongan sanciones.

En el caso de incumplimientos no intencionales se pueden establecer sanciones civiles (i.e., no de carácter penal) de hasta USD \$10,000 por cuenta no reportada.

En el caso de incumplimiento intencional la sanción monetaria de carácter civil puede ser de hasta USD \$100,000 o 50% del saldo de la cuenta al momento de la violación y además pueden aplicar sanciones de carácter penal que pueden incluir una multa de hasta USD \$250,000 y hasta 5 años de prisión. En el caso de que el incumplimiento intencional se de conjuntamente con otras actividades criminales de carácter federal, la penalidad será de hasta USD\$ 500,000 y 10 años de prisión.

CONCLUSIONES

La FBAR, por lo grave de sus sanciones, es una obligación informativa que debe ser observada cuidadosamente. Las reglas son complejas y requieren de la asesoría de expertos.

De manera importante se debe de tener cuidado en los casos que pudieran ser no evidentes como son los casos que involucran entidades de los EUA fiscalmente ignoradas o transparentes y a fideicomisos de los EUA fiscalmente extranjeros.

También se debe de tener cuidado respecto de intereses y poderes sobre entidades extranjeras. Finalmente personas de doble nacionalidad (donde una es la ciudadanía de los EUA) y personas que son consideradas no residentes fiscales de los EUA por la aplicación de una regla de desempate de residencia al amparo de un Tratado fiscal de los EUA deben de tener en cuenta que pueden estar obligados a presentar la FBAR como se ha comentado.

El Lic. Enrique Hernández-Pulido es Socio de la firma Procopio, Cory, Hargreaves & Savitch (Procopio) en San Diego, Ca. . El Sr. Hernández es el coordinador del grupo de la práctica internacional de la firma. La práctica del Sr. Hernández incluye la representación de clientes de los E.U. y extranjeros en la planeación de impuestos internacionales y asuntos de derecho internacional relacionados, particularmente cuestiones y operaciones entre México y los Estados Unidos. Entre sus clientes cuenta con personas extranjeras, familias multinacionales, compañías, atletas internacionales, artistas y grupos de entretenimiento asesorándolos en el desarrollo de operaciones comerciales; inversiones a nivel mundial y estructuras de financiamiento, estrategias de planeación fiscal en base a tratados internacionales y planeación fiscal sobre ingresos mundiales, sucesiones y herencias. El Sr. Hernández puede ser contactado directamente al 619-515-3240 o al correo electrónico enrique.hernandez@procopio.com