

FBARS Y PERSONAS EXTRANJERAS:

REGLAMENTOS PROPUESTOS

Por: Patrick W. Martin^{1,2}
Procopio, Cory, Hargreaves & Savitch LLP

INTRODUCCIÓN

La Sección 5314(a) del Título 31 del Código de los EU dispone el fundamento para la presentación de la Forma TD F 90-22.1 “Informe sobre Cuentas Bancarias y Financieras Extranjeras”³ (conocida como “FBAR”). La ley no es nueva. Es parte de la Ley de Secreto Bancario expedida en 1970, hace casi cuarenta años.

El 30 de septiembre de 2008, casi 38 años después de su promulgación, el gobierno expandió la aplicación de la forma FBAR a extranjeros.⁴ La expansión de la FBAR a extranjeros no fue remitida para comentarios o discusión, sino que el IRS lo anunció en su sitio de Internet. Esto creo mucha confusión entre profesionistas y personas extranjeras al tratar de entender cuándo la FBAR podría resultarles aplicable. Dicha expansión fue temporalmente suspendida por el Anuncio del IRS 2009-51.⁵

La falta de definiciones y directrices para extranjeros es absoluta. Por ejemplo, no existen definiciones aplicables por referencia en los Títulos 31 y 26⁶; sin embargo las instrucciones de la FBAR frecuentemente se refiere a conceptos y definiciones que se encuentran en el Título 26, pero no en el Título 31. Los reglamentos propuestos (RIN 1506-AB08, modificando 31 CFR Parte 103) intentan abordar y proporcionar una línea más clara respecto a quién es una “Persona de los EU” para efectos de presentar las FBAR.

A juicio del autor, la actual regulación de la FBAR abarca situaciones que no fueron contempladas al momento de su promulgación. La obligación de presentar una FBAR fue adoptada por el Congreso de los EU como una medida para

¹ Abogado de los Estados Unidos (“EU”) con licencia para practicar en el Estado de California y Washington, D.C. y se especializa en Impuestos Internacionales y asuntos Internacionales relacionados especialmente en lo que concierne a México. El Sr. Martin es el socio a cargo del grupo de práctica de Impuestos Internacionales y del equipo de Impuestos del despacho de abogados con base en San Diego, Procopio, Cory, Hargreaves & Savitch, LLP (Procopio). El obtuvo su título de Licenciado en Derecho en la Escuela de Derecho de la Universidad de San Diego, ha pasado el examen de certificación de Contadores Públicos, previamente trabajo para el Servicio de Rentas Internas de los EU (“IRS”), y estudió el programa de postgrado en Derecho de los Negocios Internacionales en la Escuela Libre de Derecho, en la Ciudad de México.

² Patrick W. Martin preparó esta propuesta como anterior Presidente del Comité de Fiscalidad Internacional de la Sección de Derecho Fiscal de la Barra de Abogados del Estado de California. El autor desea agradecer las valiosas aportaciones del Profesor Yariv Brauner, profesor de Derecho Tributario Internacional en la Universidad de Florida. (<http://www.law.ufl.edu/faculty/brauner/>)

Este documento fue preparado como parte de la Delegación a Washington, D.C. de la Sección de Derecho Fiscal de la Barra de Abogados del Estado de California. La Sección de Derecho Fiscal de la Barra de Abogados del Estado de California es una de las secciones de derecho fiscal más grandes en los EU. Desde hace casi 25 años, cada año se envía una delegación a Washington, D.C. para que realice reuniones con el IRS, el Departamento del Tesoro, miembros de la Comisión de Hacienda del Congreso, el Comité de Finanzas del Senado, el Comité Conjunto de Fiscalidad y la Corte Fiscal de los EU. El propósito de esta delegación es discutir temas específicos de interés para asesores fiscales y contribuyentes de California.

³ Treasury Form TD F 90-22.1 “Report of Foreign Bank and Financial Accounts”

⁴ Para efectos de este artículo, nos referimos a una “persona extranjera” o a un “extranjero” para denominar a las personas que no son consideradas como “personas de los EU”, por no ser residentes o ciudadanos de los EU.

⁵ 2009-25 I.R.B. 1105.

⁶ El Título 26 del Código de los EU, es conocido como el Código de Rentas Internas o *Internal Revenue Code* (“IRC”)

combatir el lavado de dinero principalmente, así como la evasión fiscal. Sin embargo, actualmente dicha disposición parece resultar aplicable a personas extranjeras con un vínculo muy reducido con los EU, e inclusive en situaciones en que no tienen obligación fiscal alguna en los EU.

La legislación es particularmente incierta en relación a cuando una persona extranjera puede tener la obligación de presentar una FBAR, ya que la ley se refiere solamente a una persona “haciendo negocios en los EU”, sin proporcionar ninguna definición o explicación de lo que eso significa o cuando puede aplicar. Específicamente, la ley dispone que “el Tesoro requerirá a un residente o ciudadano de los EU *o a una persona en, y haciendo negocios en, los EU*, a mantener los registros [o] presentar informes”.⁷ Aunque el Anuncio del IRS 2010-16 proporciona cierto alivio al respecto, al parecer solamente es temporal ya que únicamente suspende la obligación de presentar las formas para las personas extranjeras para “el año calendario de 2009 y anteriores.” Por lo tanto, este lenguaje implica (si no contempla expresamente) que habrán requisitos de presentar FBAR para extranjeros empezando por el año de 2010 (*i.e.*, Junio de 2011).

DISCUSIÓN

I. LEGISLACIÓN E Y RAZÓN EL CAMBIO PROSPUESTO

Los EU tienen un interés importante en combatir el terrorismo internacional, identificar actos criminales cometidos y, en general, se capaces de investigar delitos y asegurarse del cumplimiento de las obligaciones fiscales. De hecho, la Sección 5311 del Título 31 del Código de los EU explica el objeto de la Ley del Secreto Bancario:

El objeto de este sub-capítulo (salvo por la sección 5315) es establecer ciertos requisitos de información y registro cuando tengan un alto grado de utilidad para investigaciones o procedimientos criminales, fiscales o reglamentarias, o en la realización de actividades de inteligencia o contrainteligencia, incluyendo el análisis, para protección del terrorismo internacional.

La mayoría de los requisitos de información a lo largo de la Ley del Secreto Bancario se refiere a los propios bancos e instituciones financieras.

La Sección 5314(a) del Título 31 establece el fundamento para la creación de la obligación conocida como FBAR, que en la parte relevante dice:

(a) Considerando la necesidad de evitar restricciones o el control de la exportación o importación de instrumentos monetarios, y la necesidad de evitar establecer restricciones irrazonables a una persona haciendo una transacción con un agente financiero extranjero, el Secretario del Tesoro requerirá a un residente o ciudadano de los EU *o a una persona en, o haciendo negocios en, los EU*, que mantenga los registros, presente los reportes, o mantenga los registros y presente los reportes, cuando el residente, ciudadano o persona realice alguna transacción o mantenga una relación por cualquier persona con una agencia financiera extranjera. (Énfasis añadido)

No existe definición alguna en los reglamentos de cuándo una persona está “haciendo negocios en, los EU”. ¿Está alguien haciendo negocios en los EU por realizar llamadas a los clientes o consumidores ubicados en los EU? ¿Está alguien haciendo negocios en los EU si solicitan a clientes potenciales mediante Internet, cuando el cliente puede acceder a Internet y al sitio de la persona extranjera?

Los reglamentos operativos (anteriores a los reglamentos recientemente propuestos de la Sección 103.24) proporcionan poca información respecto a cuándo una persona extranjera puede tener una obligación informativa, ya que solamente se refiere a “cada persona sujeta a la jurisdicción de los EU.” Las disposiciones relevantes de los reglamentos operativos vigentes establecen:

⁷ 31 U.S.C. § 5314(a).

(a) Toda persona sujeta a la jurisdicción de los EU (con excepción de una subsidiaria extranjera de una persona de los EU) que tenga un interés financiero en, o poder de firma u otra facultad sobre, una cuenta bancaria, de valores o financiera en un país extranjero deberá informar dicha relación al Comisionado de Rentas Internas por cada año en que dicha relación exista, y deberá proporcionar la información que sea especificada en una forma informativa prescrita por el Secretario a ser presentada por dichas personas. Las personas que tengan un interés en 25 o más cuentas financieras extranjeras solamente deberán anotar dicha circunstancia en la forma. Dichas personas deberán proporcionar información detallada respecto a cada cuenta cuando se los requiera el Secretario o su delegado.”⁸

Estas reglas reglamentarias en realidad no proporcionan guía alguna en relación a cuándo una persona extranjera se considera sujeta a la jurisdicción de los EU. ¿Que estándar deberá aplicarse (*v.gr.*, las nociones de derecho estatal respecto a jurisdicción personal)?

Este es un problema serio para los asesores fiscales que proporcionan asesoría a personas extranjeras y para personas extranjeras en general, particularmente debido a que las sanciones por incumplimiento con las FBAR son de por lo menos USD \$10,000 por cada violación y hasta USD \$100,000 por violaciones intencionales. Podría llegar a considerarse que una persona extranjera con 10 cuentas bancarias en su país de origen y 5 cuentas bancarias en un país vecino en el que realiza negocios, tiene 15 violaciones en caso de tener la obligación de presentar las FBAR, lo que implicaría una sanción de USD \$150,000 – esto es \$10,000 por 15 cuentas! ¿Qué pasa si estas cuentas no están relacionadas a los negocios en los EU? ¿Por qué una persona extranjera estaría obligada a presentar información detallada respecto a sus cuentas bancarias extranjeras, si no tienen relevancia para ninguna obligación fiscal en los EU o cualquier otro cumplimiento con la legislación de los EU? ¿Más aún, tendría los EU jurisdicción sobre una persona extranjera para obligarlos a presentar información detallada respecto a sus cuentas bancarias extranjeras?

La forma FBAR actual también parece indicar que cualquier persona extranjera que pueda tener alguna obligación informativa debe presentar e informar *todas* las cuentas bancarias extranjeras, con información detallada de cada una, incluso si no tiene relación con la obligación fiscal de esa persona extranjera.⁹ Existen numerosas preguntas respecto a la actual forma FBAR y a cómo puede aplicar a personas extranjeras.

El Departamento del Tesoro está conciente de varios de estos temas, ya que el IRS recientemente emitió el Anuncio del IRS 2010-16, suspendiendo la obligación de presentar FBAR a ciertas personas. El Anuncio 2010-16 fue emitido en conjunto con los reglamentos propuestos (RIN 1506-AB08, modificando 31 CFR Parte 103) que definirá a las personas obligadas a presentar una FBAR como a los ciudadanos y residentes de los EU, así como a las entidades (incluyendo una corporación, *partnership*, fideicomiso o *limited liability company*) creadas, organizadas o formadas bajo las leyes de los EU.

Sin embargo, estos reglamentos propuestos generan nuevos temas relacionados con la cuestión de personas extranjeras y su obligación de presentar FBARs que se discuten a continuación.

Mientras los reglamentos propuestos proporcionan directrices más claras acerca de los requisitos de presentar las FBARs y las personas extranjeras, aún deja un importante número de preguntas sin responder.

II. PROBLEMAS Y TEMAS SURGIDOS DE LOS REGLAMENTOS PROPUUESTOS

Los reglamentos propuestos abordan la falta de definiciones conceptuales, para determinar cuando una persona extranjera tiene la obligación de presentar un FBAR. Los reglamentos propuestos ayudan a clarificar cuando una

⁸ Ver 31 C.F.R. §103.24.

⁹ Incidentalmente, es prácticamente imposible para personas obtener información de sus bancos respecto al balance más alto en cualquier día en particular, sobre todo para cuentas corporativas que pueden tener operaciones de millones de dólares cada mes, derivadas de depósitos, ventas, gastos, etc. Los balances reales pueden variar dramáticamente diariamente y los estados de cuenta bancarios son usualmente emitidos con balances solamente al final de cada mes.

persona es una “persona de los EU” para efectos de los requisitos de presentar la FBAR. Sin embargo, varias preguntas continúan, como las siguientes:

A. *Aplicación de la suspensión para personas extranjeras para años posteriores a 2009 (i.e., a partir del 30 de junio de 2011).* ¿Aplica la suspensión temporal para personas extranjeras solamente para 2009? ¿Qué pasará para el año 2010 – tendrán las personas extranjeras la obligación de presentar la FBAR para el año calendario 2010 una vez que el Anuncio 2010-16 haya expirado (y si es así, cuando y en qué circunstancias)?

B. *Definición de “hacer negocios en los EU”.* ¿Cuándo es una persona extranjera considerada como “haciendo negocios en los EU”? ¿El hecho de mantener y ser propietario de inversiones pasivas con un agente o banco en los EU da origen a ser considerado como “haciendo negocios en los EU”? ¿Un socio extranjero que es miembro de una *partnership* de los EU, es considerado como una persona extranjera “haciendo negocios en los EU” a pesar de que la persona extranjera nunca realice negocio alguno directamente? ¿Una persona que se encuentre de paso por los EU (y tal vez sosteniendo un par de juntas de negocios) es considerada como una persona “haciendo negocios en los EU”? ¿Las personas extranjeras tienen una obligación informativa si venden sus productos desde su país de origen a los EU a través de Internet?

C. *Solamente personas físicas pueden tener “poder de firma”.* ¿Como una entidad de los EU con una persona extranjera con “poder de firma” podría estar obligada a presentar una FBAR? El Anuncio del IRS 2010-16 suspende el requisito de presentar FBARs, por lo menos durante su vigencia, para personas extranjeras. Sin embargo, “poder de firma” se define como “la facultad (por sí sola o en conjunto con cualquier otra persona física) de controlar la disposición de dinero, fondos u otros activos mantenidos en una cuenta financiera mediante la entrega de instrucciones (por escrito o de cualquiera otra forma) directamente a la institución financiera[.]” Por definición, esto requiere que sea una persona física quien tenga esta facultad, no una entidad. De lo contrario, ¿cuándo tendría una entidad de los EU controlada y administrada por una persona extranjera (quien es la única persona que tiene “poder de firma” sobre las cuentas bancarias extranjeras de la entidad) la obligación de presentar FBARs respecto de las cuentas bancarias extranjeras de la entidad? ¿Podemos suponer que el requisito surge para la entidad de los EU que tenga un “interés financiero” en la cuenta extranjera, independientemente de que una persona extranjera tenga el poder de firma?

D. *Definición de “persona de los EU” y aplicación de los Tratados Fiscales.* ¿Tiene un no-residente, de conformidad con un tratado fiscal, la obligación de presentar un FBAR si son considerados como “residentes” bajo la Sección 7701(b)(1)(A) del IRC? Los reglamentos propuestos incluyen dentro de la definición de “persona de los EU” a los residentes de los EU (de conformidad con la Sección 7701(b)). ¿Sería un residente (de conformidad con el IRC) una persona de los EU, para efectos de las obligaciones de presentar FBARs, si no son considerados como residentes por la aplicación de un tratado fiscal (e.g., por la aplicación de las “reglas de desempate” previstas generalmente en el Artículo 4 de los tratados fiscales)?

E. *Aplicación a fideicomisos constituidos en los EU con beneficiarios y fideicomitentes extranjeros.* ¿Tendría un fideicomiso sujeto a las leyes de los EU, cuyo único fideicomitente es una persona extranjera y en el que la mayoría de los beneficiarios son personas extranjeras, la obligación de presentar una FBAR? Los reglamentos propuestos definen a una “persona de los EU” para incluir a “una entidad, incluyendo sin limitarse a un ... fideicomiso ... creado, organizado o formado bajo las leyes de los EU”. La Sección 7701(a)(31) del IRC y Treas. Reg. 301.7701-7(a)(2) establecen que un fideicomiso no es una persona de los EU y, por lo tanto no es una persona de los EU, al menos que cumpla con las pruebas del “tribunal” y de “control”.¹⁰ ¿Es el propósito de los reglamentos propuestos hacer extensiva la obligación de presentar FBARs a un fideicomiso extranjero (para efectos del IRC y sus reglamentos)? ¿Existe alguna obligación de presentar una FBAR si dicho fideicomiso extranjero (para el IRC) no tiene beneficiarios o fideicomitentes

¹⁰ Ver también Priv. Ltr Ruling 200243031 para una discusión más detallada de cuando un fideicomiso sujeto a las leyes de los EU es un fideicomiso extranjero para el IRC.

de los EU? Los reglamentos propuestos sobre los FBAR definen a “otro interés financiero” para incluir solamente los siguientes fideicomisos –

(iii) Un fideicomiso, si la persona de los EU es el fideicomitente y tiene un interés pecuniario en la cuenta, para efectos fiscales de los EU. Ver 26 U.S.C. 671-679 y sus reglamentos para determinar si un fideicomitente tiene un interés pecuniario en una cuenta financiera de un fideicomiso para el año que se trate; (iv) Un fideicomiso en el que una persona de los EU tenga ya sea un interés mayor al 50 por ciento de sus bienes, o del que dicha persona reciba más de 50 por ciento del ingreso; o (v) Un fideicomiso que haya sido establecido por la persona de los EU y para el cual la persona de los EU haya designado un protector del fideicomiso que esté bajo las instrucciones directas o indirectas de dicha persona.

¿Intentan los reglamentos propuestos obligar a un fideicomiso extranjero (bajo el IRC), sin beneficiarios o fideicomitentes de los EU, a presentar una FBAR?

Los reglamentos propuestos, similares a los existentes actualmente, no proporcionan directrices reales respecto a cuando una persona extranjera se considera sujeta a la jurisdicción de los EU. ¿Qué estándares deben aplicarse (v.gr., los establecidos para legislaciones estatales en relación a la jurisdicción personal)? ¿Cómo serán respondidas las preguntas anteriores?

Los siguientes escenarios planteados nos ayudan a entender las complejidades de determinar cuándo una persona extranjera puede tener la obligación de presentar una FBAR:

Ejemplo 1. Elina Swenson (“Elina”), originaria de Suecia, cuenta con permiso de residencia permanente en los EU (“*green card*”). Obtuvo su *green card* al casarse con un ciudadano de los EU que es un golfista profesional, Lion Lumbres (“LL”). Ella mantiene varias cuentas bancarias en Suecia. Birgitta, la madre de Elina (“Madre”), también es de nacionalidad Sueca, pero vive en Suecia y visita a su hija en los EU durante sus vacaciones. Madre es una experta en uso de suelo en Suecia y una importante desarrolladora de inmuebles, por lo que tiene proyectos en Dinamarca. Madre tiene varias cuentas bancarias o poder de firma sobre varias cuentas bancarias en Suecia y Dinamarca, para auxiliar en la administración de estos proyectos. Elina tiene firma como co-titular en algunas de esas cuentas. Madre también ha invertido en una *partnership* de desarrollo inmobiliario en los EU, como un *limited partner*, a sugerencia de Elina.

Elina también tiene un primo, Sven Swenson (Sven) que tiene una compañía en Suecia que hace productos de Aventura Vikinga manufacturados en China. Sven comercializa sus productos a vendedores a lo largo de Europa. Asimismo, vende directamente a compradores alrededor del mundo a través de su sitio de Internet, el cual mantiene y opera desde Estocolmo. Recientemente, ha vendido cerca del 20 por ciento de sus ventas totales (alrededor de USD \$20M anuales) a compradores en los EU, después de una entrevista que sostuvo con un famoso comentarista de televisión Sueco, que se hizo famoso en YouTube.

Posibles Respuestas.

En este caso Elina parecería ser una persona de los EU, al tener una *green card*. Por lo tanto, tendría la obligación de presentar FBARs por las cuentas bancarias de su Madre, en las que es co-titular.

Por otra parte, surge la duda de si Madre puede ser considerada como una persona extranjera “haciendo negocios en los EU”, ya que es *limited partner* de una *partnership* con operaciones inmobiliarias en los EU. De ser así, pudiera llegar a considerarse que tiene la obligación de presentar FBARs por todas sus cuentas extranjeras.

Finalmente, el caso de Sven también depende de si las actividades que realiza a través de Internet son suficientes para considerarlo como una persona “haciendo negocios en los EU”. De ser así, también tendría que presentar las FBARs.

Ejemplo 2. Jorge Infante (“Jorge”) es el accionista principal de una Sociedad Anónima en México (“SA”) que manufactura ciertos artículos en sus plantas en México. La SA vende sus productos en los EU a través de una sucursal en dicho país. La SA tiene cuentas bancarias en varios bancos mexicanos (v.gr., BANACOMER, BANMEX). Asimismo, la SA tiene autorizados créditos revolventes con un banco en Inglaterra (H&BC).

Jorge tiene un hijo (“Miguel”) que vive en los EU y tiene una *green card*. Miguel tiene poder de firma sobre las cuentas de SA en BANACOMER y BANMEX, además de sobre el crédito de H&BC.

La esposa de Jorge (“Dolores”) se encuentra delicada de salud. Dolores tiene varias propiedades en México y algunas en los EU. Además, cuenta con varias cuentas bancarias en México. Dolores ha nombrado a Miguel como su apoderado para actos de administración. Sin embargo, Miguel no tiene poder especial de firma sobre las cuentas bancarias de Dolores.

Posibles Respuestas.

Miguel es una persona de los EU al tener una *green card* y vivir en los EU. Por lo tanto, estaría obligado a presentar FBARs por las cuentas bancarias de la SA, en las que tiene poder de firma (i.e. BANACOMER, BANMEX y el Crédito con H&BC). Sin embargo, no es claro si el poder que le fue otorgado por Dolores es suficiente para considerar que tiene “poder de firma” sobre las cuentas bancarias de Dolores.

El autor reconoce que un número de diferentes enfoques puede tomarse para abordar las cuestiones planteadas, y ha solicitado al Departamento del Tesoro considerar las siguientes propuestas:

- A.** ¿Tendrá el requisito de proporcionar más información el efecto de reforzar su cumplimiento y fiscalización (en asuntos fiscales y de lavado de dinero)?
- B.** ¿Desincentivarán estos requisitos adicionales de información la inversión extranjera en los EU al imponer mayores cargas a la inversión extranjera?
- C.** ¿Provocarán los requisitos de información adicional para personas extranjeras un mayor incumplimiento, particularmente considerando que muchas personas extranjeras no tienen conocimiento de que pueden tener ciertos requisitos de información bajo la legislación de los EU?

La necesidad de directrices en esta área se encuentra vigente (considerando que el Anuncio 2010-16 solamente aplica para los años de 2009 y anteriores) y que las FBAR deben ser presentadas anualmente el 30 de junio del año siguiente al que las cuentas extranjeras existieron.