

"PORTFOLIO INTEREST EXEMPTION" y su Aplicación en México

En este artículo presentamos un análisis sobre la regla conocida en los Estados Unidos como "portfolio interest exemption", y su impacto en la industria de la propiedad vacacional en México.



POR SCOTT A. PRESTON Y LETVIA M. ARZA-GODERICH



Scott A. Preston



Letvia M. Arza-Goderich

IMPUESTO DE RETENCIÓN DEL TREINTA POR CIENTO

El Código de Rentas Internas (*Internal Revenue Code* o "IRC") de los Estados Unidos, grava todo ingreso fijo o determinable percibido anual o periódicamente (incluyendo intereses, dividendos, rentas, regalías, o semejantes -FDAP, por sus siglas en inglés), que sea devengado por individuos no residentes o por corporaciones extranjeras y que no esté conectado con un negocio u oficio en dicho país, con un impuesto de tasa fija del 30 por ciento (30%) sobre el ingreso bruto, sin que se permita deducción alguna para minimizar su impacto.¹ Por regla general, este impuesto se cobra mediante retención y es conocido como el "impuesto de retención del treinta por ciento" (*the thirty percent withholding tax*).²

En la práctica, todo individuo o entidad que pague cualquier cantidad que sea considerada FDAP conforme el IRC, tiene la obligación de retener el treinta por ciento (30%) y

remitir la suma retenida a la autoridad fiscal federal de los Estados Unidos (*Internal Revenue Service* o "IRS").³ El individuo o entidad que realice la retención, por regla general tiene la obligación de proveer el formulario 1042S, *Foreign Person's U.S. Source Income Subject to Withholding*, a quien recibe el pago sujeto a la retención, así como al IRS. El formulario 1042, *Annual Withholding Tax Return for U.S. Source Income of Foreign Persons*, que resume todo impuesto por retención pagado al IRS, tiene que ser sometido al Centro del IRS en Filadelfia antes del 15 de marzo del año siguiente al año en que se realizó la retención.

Este impuesto por retención del treinta por ciento puede sufrir algunas variaciones ya que la tasa de retención puede ser disminuida o eliminada mediante un tratado bilateral entre Estados Unidos y otros países. En el caso de México, existe un tratado que reduce esta tasa de retención al quince por ciento (15%).

Es conveniente aclarar que la existencia del impuesto de retención que mencionamos no significa, en todo caso, que las entidades mexicanas respondan por este impuesto en Estados Unidos. Para que tal responsabilidad fiscal existiera, las entidades mexicanas tendrían que manejar o percibir ingresos que tengan una "conexión efectiva", con algún oficio o negocio en Estados Unidos. Además, si la retención se realiza, la entidad mexicana tendría que presentar una forma contributiva (*tax return*) ante el IRS, para establecer que dicha entidad no percibió ingresos en Estados Unidos y por tanto la cantidad retenida debe ser devuelta. Aunque siempre es importante considerar si resulta fácil confiar en que las autoridades fiscales, incluyendo el IRS, tengan la buena voluntad de devolver una suma de dinero recibida.

LA EXENCIÓN PARA INTERESES DE PORTAFOLIO "PORTFOLIO INTEREST EXEMPTION"

El impuesto por retención puede no aplicar a los intereses percibidos por concepto de portafolios de adeudos a acreedores no estadounidenses. Un ejemplo familiar para la industria mexicana de la propiedad vacacional son los portafolios de cuentas por cobrar (y los pagarés que documentan dichos adeudos), generados por el financiamiento extendido a los compradores estadounidenses por desarrolladores mexicanos de proyectos de este tipo de propiedad (u otros bienes raíces) en México. La razón por la cual el impuesto de retención puede no aplicar, surge de la regla conocida como "la exención para intereses de portafolio" (*portfolio interest exemption*).⁴

La exención para intereses de portafolio o *portfolio interest exemption*, fue aprobada por el Congreso estadounidense con el propósito de permitir a prestatarios de ese país el acceso directo a los mercados de capital en el extranjero, y aumentar la disponibilidad de fondos para financiamiento por el gobierno.⁵ No obstante la imposición general del impuesto por retención, conforme las secciones 871 (a) y 881 (a) del IRC, la regla de exención se encuentra en las secciones 871(h) (respecto de individuos no residentes en Estados Unidos) y 881 (c) (respecto de corporaciones fuera de Estados Unidos) de dicho Código. Estas secciones disponen que no se debe imponer el impuesto por retención en el caso de intereses de portafolio recibidos por un individuo no residente en Estados Unidos, o por una corporación extranjera.

Para propósitos de la regla de exención del impuesto por retención, los intereses de portafolio son aquellos que se pagan respecto de obligaciones:

- Que no sean registradas (obligaciones al portador) y sean vendidas únicamente a inversionistas no de los Estados Unidos, cuyos intereses sean pagaderos sólo fuera de ese país y sus posesiones, y que incluyan una declaración que indique que cualquier persona de los Estados Unidos que sea tenedor de dicha obligación, será sujeta a limitaciones bajo las leyes fiscales de ese país.
- En forma registrada, que sean dirigidas a los mercados fuera de Estados Unidos, y cuyos intereses sean pagaderos mediante instituciones financieras fuera de ese país.
- En forma registrada, que no sean dirigidas a los mercados fuera de Estados Unidos, si se ha entregado al pagador de los intereses (o el agente retensor) una declaración que indique que el que recibe los intereses no es una persona de ese país. Esta declaración debe hacerse en un formulario denominado "Form W-8BEN" o un formulario que sustituya y sea similar a éste. En cualquier caso, la declaración debe ser firmada bajo pena de perjurio, certificando que el declarante no es ciudadano ni residente de Estados Unidos, y debe incluir su nombre y dirección.

FIDEICOMISOS DE EXENCIÓN PARA LOS INTERESES DE PORTAFOLIO

Los desarrolladores mexicanos que tengan portafolios de obligaciones que generen intereses tales como los contemplados por la ley fiscal de Estados Unidos, deben considerar la posibilidad de organizar ciertos fideicomisos relacionados con la implementación de la exención para los intereses de portafolio (*portfolio interest exemption trusts*). La determinación de si dichos fideicomisos puedan asistir al desarrollador en su estrategia fiscal dependerá de los hechos y estructuras particulares de su negocio y/o empresa.

Preston Arza LLP es uno de los despachos en Estados Unidos que se especializan en esta área del derecho fiscal, relacionada con el sector inmobiliario internacional, y con gusto ofrecemos nuestra amplia experiencia a nuestros clientes en México, tanto existentes como futuros, dentro de este aspecto de la rama fiscal.

Scott A. Preston

Se especializa en las áreas de desarrollo inmobiliario nacional e internacional, y en operaciones de inversión y financiamiento para proyectos de hoteles y centros turísticos, estructuras corporativas y planificación fiscal internacional, adquisición y venta de propiedades, usos de terreno y temas reglamentarios relacionados con la explotación, construcción, contratos de arrendamiento, inversión extranjera y el financiamiento comercial de propiedad inmobiliaria.

Es miembro de la Chairman's League de ARDA, del Consejo Legislativo de la Organización de Tiempo Compartido en Europa, de AMDETUR, de CRDA, y del Advisory Board of the International Hotel Investment Forum. Ocupa el cargo de Secretario y Tesorero de la Cámara de Comercio EE.UU.-México, Capítulo Regional California-Pacífico.

Es egresado del programa de intercambio internacional de la Universidad de Guanajuato, México, Universidad de Michigan (A.B., summa cum laude) y la Escuela de Derecho de Harvard (J.D., cum laude), donde fungió como editor de artículos y editor asociado en el *Harvard International Law Review*.

Letvia M. Arza-Goderich

Su práctica profesional se concentra en derecho inmobiliario, hospitalidad y proyectos de propiedad vacacional. Su experiencia incluye zonificación y planificación; arrendamiento comercial; adquisiciones y ventas; transacciones internacionales; y litigio comercial, en los Estados Unidos, Latinoamérica y el Caribe.

Participa como Chairman's League Member de la American Resort Development Association (ARDA) y es miembro de la Asociación Mexicana de Desarrolladores Turísticos (AMDETUR) y de la Canadian Resort Development Association (CRDA). Colabora en los Comités Organizadores de Caribbean Hotel and Resort Investment Summit y Central American Tourism and Hotel Investment Exchange. Entre otros, es Chairman de la Cámara de Comercio de Estados Unidos y México, Capítulo Regional de California, y miembro de la Junta Binacional de ese organismo desde 2005.

Se graduó de la Universidad de Louisville (B.A.), Georgetown University School of Foreign Service (M.A.) y Georgetown University Law Center (J.D.).

¹ 26 U.S.C. §§ 871 (a) y 881 (a). De conformidad con estas disposiciones, intereses pagados en Estados Unidos a individuos o corporaciones extranjeras generalmente se consideran FDAP y son sujetos a la retención. Véase las secciones 871 (a)(1)(A) y 881 (a)(1)(A).

² 26 U.S.C. §§ 1441 y 1442.

³ Ibid.

⁴ 26 U.S.C. §§ 871 (h) y 881 (c).

⁵ Nótese que intereses pagados a entidades bancarias y ciertas partes relacionadas con ellas, no constituyen intereses de portafolio para propósitos de la llamada *portfolio interest exemption*.