



## INVERSIONES EXTRANJERAS EN BIENES RAICES EN ESTADOS UNIDOS DE AMERICA\*

LEY FISCAL DE 1980 (FIRPTA)

La ley estadounidense de rendimiento de capital y sus reglamentaciones  
"provisionales" recientemente publicadas

ERNEST A. SEEMANN

### I. INTRODUCCION

Los extranjeros que enajenaban sus bienes inmuebles en los Estados Unidos antes del 18 de junio de 1980, resultaban favorecidos frente a los ciudadanos estadounidenses y los llamados "causantes nacionales", ya que no estaban obligados a pagar impuestos sobre el rendimiento de capital resultante de la ganancia obtenida de la enajenación del inmueble.<sup>1</sup> Para lograr la paridad fiscal entre los causantes nacionales y los extranjeros, el congreso estadounidense promulgó una nueva ley fiscal, la Ley Fiscal de Inversión Extranjera en Bienes Raíces ("FOREIGN INVESTMENT IN REAL PROPERTY TAX ACT") ("FIRPTA").<sup>2</sup> Probablemente por un descuido en esta ley se gravaban de manera distinta las personas físicas y las personas morales; este error, que pudo haber ocasionado la violación de tratados internacionales de doble imposición, fue corregido en 1981 en una enmienda a FIRPTA.<sup>3</sup> Es importante notar que FIRPTA sólo se ocupa de la gravación de rendimientos de capital obtenidos de inmuebles que se encuentran en manos extranjeras. Las disposiciones fiscales en relación al ingreso, aplicables durante la fase de propiedad, es decir, hasta el momento de la venta, no se tocan en FIRPTA, y por lo tanto, no serán tratados en este artículo. FIRPTA tiene dos objetivos: por un lado, reglamentar la gravación

<sup>1</sup> Las disposiciones aplicables sólo a los causantes nacionales antes de esta fecha se encuentran en los artículos 871 y 881 de la legislación federal del Código Fiscal Interno ("Internal Revenue Code") de 1954, ("I.R.C.") 26 U.S.C. art. 1 et seq., con varias enmiendas.

<sup>2</sup> Esta ley Public Law No. 96-499, 94 estatutos 2682 (1980), incorporó el art. 897 al I.R.C.

<sup>3</sup> El art. 831 (d) de la Ley del Impuesto de la Recuperación Económica ("Economic Recovery Tax Act") de 1981 ("ERTA"), P.L. No. 97-34, 95 estatutos 273, 274 (1981) incorporó el art. 897 (i) al I.R.C. Este párrafo llamado frecuentemente cláusula de la no discriminación ("non-discrimination clause") prevé que las personas morales nacionales al igual que las extranjeras paguen los mismos impuestos, pero siempre y cuando las personas morales extranjeras tienen derecho a un tratado de doble imposición o cualquier otro tratado.

\* Trad. de Ingebord Von Wobeser.

de estos rendimientos de capital, por el otro, asegurar el pago de los impuestos correspondientes. Para realizar estos objetivos fue necesario elaborar nuevas reglamentaciones fiscales.<sup>4</sup> Se presentaron reglamentaciones provisionales ("temporary regulations") en otoño de 1982 como "borrador final" ("final draft"), pero ocasionaron tal protesta que fueron retirados en la primavera de 1983. Las reglamentaciones provisionales más recientes y posiblemente definitivas, se publicaron en el *Diario Oficial* el 3 de noviembre de 1983 y seguramente tendrán validez legal si no son revocados. A continuación se mencionarán como "reglamentación provisional".

## II. SITUACION DEL DERECHO ANTES DE FIRPTA

Antes de la aprobación de FIRPTA los extranjeros, independientemente de si se trataba de personas físicas o morales, tenían la posibilidad de invertir en bienes inmuebles estadounidenses, y posteriormente, cuando existía un rendimiento de capital resultante por la venta del bien, no había obligación fiscal para el pago de impuestos sobre este rendimiento. Sin embargo, era necesario que los causantes nacionales fueran propietarios del inmueble por lo menos durante un año y después tenían que gravar la ganancia resultante de la venta con un impuesto sobre rendimiento de capital de hasta 20%.<sup>5</sup> Si la duración de la posesión de la propiedad había sido menor de 12 meses, se debía pagar el total del impuesto sobre el ingreso (actualmente máximo 50% para personas físicas).

Otro método que se aplicaba con frecuencia para evitar legalmente el pago del impuesto sobre rendimiento de capital, se elaboraba como sigue: un extranjero poseía las participaciones de una sociedad de inversiones estadounidense o extranjera, la cual era la propietaria oficial del inmueble. En vez de vender el bien inmueble, se vendían las acciones de la sociedad. La utilidad que resultaba de esta venta, no estaba sujeta al pago de impuestos, siempre y cuando la empresa o su propietario<sup>6</sup> no participara activamente en un negocio u ocupación en los Estados Unidos ("effectively connected with a U.S. trade or business").<sup>7, 8</sup> Conforme a la antigua ley, si la venta de las acciones se realizaba en el extranjero, la transacción no estaba sujeta al pago de impuestos, ya que el beneficio hubiera provenido de alguna de las llamadas "fuentes extranjeras" ("foreign source income").<sup>9</sup> O el accionista

<sup>4</sup> Reglamentación de Hacienda "Treasury Regulation", abrev. "Treas. Reg.", 26 Code of Federal Regulations (C.F.R.).

<sup>5</sup> El impuesto sobre rendimiento de capital para los causantes nacionales de acuerdo con los artículos 1201 y 1221 del I.R.C., es una subdivisión del impuesto sobre el ingreso, se calcula de tal manera que el 60% del ingreso neto se resta del monto del rendimiento y el 40% restante se gravará como ingreso regular. Esto significa para los causantes nacionales que de acuerdo con las tasas de impuestos actuales una persona física pagará entre 5.6% y 20% sobre el rendimiento total y una persona moral un 28%. Véase también el Cobro del Impuesto de los Extranjeros en los Estados Unidos; de Seemann. RIW/AWD 1983, pág. 504 ff.

<sup>6</sup> Art. 871(a) del I.R.C.

<sup>7</sup> Seemann, en el lugar indicado, pág. 506/507.

<sup>8</sup> Arts. 881(a), 882(a) del I.R.C.

<sup>9</sup> Arts. 862(a)(6), 864(c)(4)(A) del I.R.C.

hubiera podido liquidar la sociedad de inversiones sin consecuencias fiscales en los Estados Unidos y, posteriormente, transferir a su patrimonio particular el valor de la transacción, ahora mayor del inmueble, sin necesidad de pagar impuestos.<sup>10</sup>

Los métodos similares de evasión de impuestos incluían también la llamada "liquidación de 12 meses" ("twelve-month liquidation) según el art. 337 del I.R.C., así como otras formas que implicaban un riesgo mayor y acababan frecuentemente frente a un juzgado.

Para garantizar la paridad mencionada entre los causantes nacionales y los extranjeros, se promulgó FIRPTA. Esta ley contiene una serie de términos técnicos que se explicarán a continuación ya que los conceptos y acrónimos estadounidenses deberán ser aplicados correctamente donde aparezcan, para así evitar malos entendidos al leer éste y otros artículos.

## III. DEFINICIONES

### a) "Interest"

La propiedad directa o indirecta o el derecho a la propiedad de cualquier tipo se denomina con frecuencia en el derecho estadounidense "interest". Se puede tratar de una sola propiedad, o de una participación, o un derecho sobre una parte de un valor de una propiedad.<sup>11</sup> Esta expresión se refiere en especial a todas las formas de bienes inmuebles, ya sea por personas físicas o morales, o por participaciones, acciones o derechos de suscripción en personas morales o en asociaciones en participación, fideicomisos o sucesiones.<sup>12</sup>

FIRPTA limita aún más el concepto, ya que esta ley se llama en su totalidad "intereses diferentes a los intereses solamente como acreedor" ("interest other than an interest solely as a creditor"). Esto pretende evitar que prestamistas de capitales de buena fe, como por ejemplo un banco hipotecario, queden sometidos de repente a FIRPTA.<sup>13</sup>

### b) Bienes Inmuebles ("Real Property")

Es importante observar que la definición de este concepto no se encuentra en el derecho constitucional de los 50 estados de la federación, como sería de suponer, sino en FIRPTA.<sup>14</sup> Según esto, en el sentido de la legislación fiscal se entiende lo siguiente como bien inmueble ("real property"):

<sup>10</sup> Arts. 331, 332, 334(a), 334(b)(2) del I.R.C. Se deberá comparar, sin embargo, el caso de *Kimball-Diamond Milling Co. v. Commissioner*, 14 T.C. 74 (1959), *confirmado per curiam*, 187 F. 2d 716 (5th Cir., 1951), *se negó auto de certorari*, 342 E.U. 827 (1951).

<sup>11</sup> American Jurisprudence 2d, PROPERTY art (1972).

<sup>12</sup> Reglamentación provisional art. 1.897-1(d)(1).

<sup>13</sup> Art. 897(c)(1)(A)(ii) del I.R.C.; Reglamentación provisional art. 1.897-1(d)(2).

<sup>14</sup> Reglamentación provisional art. 897-1(b)(1). Esto se explica ya que de acuerdo con la constitución federal la reglamentación del derecho de los bienes inmuebles es competencia de los estados, pero el poder de imposición lo tienen tanto la federación como los estados.

1. La tierra con todos sus productos naturales: productos agrícolas sin cosechar, bosques, minas, manantiales, recursos minerales. Los productos naturales pierden su carácter de bien inmueble con la cosecha, la tala, la recolección, etc.<sup>15</sup>

2. Las partes integrantes del bien inmueble ("improvements"): se trata de todas las edificaciones y demás estructuras permanentes, como por ejemplo, albercas, estacionamientos, diques, puentes, muros, graneros, silos, etc.<sup>16</sup>

3. Los bienes muebles que se utilizan para el aprovechamiento del bien inmueble, propiedad personal asociada con el uso del bien inmueble ("personal property associated with the use of real property"): se trata, por ejemplo, de máquinas y otros bienes muebles que se utilizan en la minería, la agricultura, la silvicultura, etc.; en el caso de empresas hoteleras o casas de alquiler, esto incluye la totalidad del mobiliario y demás enseres. Estos bienes muebles pierden el carácter de bien inmueble cuando se separan permanentemente del inmueble, y por lo tanto, han extinguido las aspiraciones legales que los unían al bien inmueble.<sup>17</sup>

c) "Interés" de Bienes Inmuebles en los Estados Unidos ("United States Real Property Interest") ("USRPI")

Para ser gravado por FIRPTA, un "interés" diferente a un interés sólo como acreedor ("interest other than solely as a creditor") se deberá referir directa o indirectamente a un "interés" de bienes inmuebles en los Estados Unidos ("United States Real Property Interest") que se encuentre en los Estados Unidos o en las Islas Vírgenes estadounidenses.<sup>18</sup>

Las reglas establecidas en la legislación y en las reglamentarias distinguen hasta cierto grado entre personas físicas y las empresas ("entities"),<sup>18a</sup> a pesar de que la mayoría de los principios son válidos para ambos casos.

#### 1. Personas Físicas

La propiedad directa de un "interest" se define como USRPI cuando se puede incluir en las siguientes categorías:

1. la propiedad absoluta y única de bienes inmuebles llamada "fee simple ownership";
2. lo mismo como copropiedad de dos o más copropietarios ("fee simple co-ownership");<sup>18b</sup>

<sup>15</sup> Art. 987(c)(1)(i) del I.R.C., con una enmienda en el art. 831(a)(1) ERTA; reglamentación provisional art. 1.897-1(b)(2).

<sup>16</sup> Reglamentación provisional art. 1.897-1(b)(3).

<sup>17</sup> Art. 897(c)(6)(B) del I.R.C.; reglamentación provisional art. 1.897-1(b)(4).

<sup>18</sup> Arts. 897(a), 897(c)(1)(A)(i) del I.R.C., con una enmienda en el art. 831(a)(1) ERTA; reglamentación provisional art. 1.897-1(c).

<sup>18a</sup> Véase más adelante la definición del texto de la nota 31.

<sup>18b</sup> Esta co-propiedad puede ser en la forma de una tenencia en su totalidad ("tenancy by the entirety") entre los cónyuges o una tenencia en mancomunidad con el derecho de supervi-

3. un "interés" que se comparte con el tiempo ("time-sharing interest") que puede también ser en forma de "fee simple co-ownership";

4. derecho de propiedad o de su usufructo durante la propia vida ("life estate") o durante la vida de un tercero ("life-state par autre vie");

5. derechos de alquiler o de arrendamiento sobre la base de un contrato existente ("lease");

6. la expectativa de un derecho irrevocable o condicionado sobre bienes inmuebles ("vested remainder" o "contingent remainder");

7. la expectativa de un derecho condicionado sobre la base de un derecho de reversión ("reversionary interest");

8. derecho indirecto o directo de participar en la plusvalía de un bien inmueble o de sus ingresos brutos o netos. En esta categoría se incluye por ejemplo la llamada hipoteca de participación ("participating mortgage"), una hipoteca que no sólo causa intereses, sino que con una nueva enajenación del bien inmueble debe considerarse un cierto porcentaje de la plusvalía para aquel que otorga la hipoteca.<sup>19</sup>

9. Los "improvements" mencionados que son una parte integrante del bien inmueble,<sup>20</sup> así como los bienes muebles que le corresponden;<sup>21</sup>

10. Los derechos parciales de propiedad como, por ejemplo, los derechos vitalicios de usufructo propios o de terceros, la expectativa de derechos, derechos de reversión y derechos de venta, conforme al propósito de los legisladores, deberán también ser considerados como USRPI, según indican las explicaciones de una versión anterior de esta ley en la Cámara de Diputados de los Estados Unidos.<sup>22</sup>

11. Una opción de compra de tierras, construcciones, cosechas aún no recolectadas, recursos minerales, etc. constituye también un USRPI,<sup>23</sup> ya que el derecho fiscal estadounidense confiere a la opción las mismas característi-

encia ("joint tenancy with the right of survivorship"). En cualquiera de los casos anteriores si ocurriese la muerte de uno de los propietarios ("tenant") la parte de éste pasaría a manos del propietario o propietarios que sobrevivan. Se deberán aquí también tomar en cuenta las disposiciones de cargar a cuenta del art. 318(a) del I.R.C., véase más adelante nota 40. Otra forma de co-propiedad es la tenencia en común ("tenant in common") en donde cada uno de los propietarios tiene una parte proporcional, indivisible de la propiedad total. En caso de muerte de uno de los propietarios, la parte de éste pasará a manos de sus herederos; la parte también se puede vender entre vivos ("inter vivos") sin el derecho de oposición de los otros propietarios. También aquí se deberá tomar en cuenta el art. 318 del I.R.C.

<sup>19</sup> Reglamentación provisional art. 1.897-1(d)(2)(i).

<sup>20</sup> Véase el texto de la nota 16.

<sup>21</sup> Véase el texto de la nota 17. Se deberá tomar en cuenta que esto deberá tener un valor funcional. Por ejemplo, una pintura de Rembrandt en una granja agrícola no será considerada como un USRPI, y la venta de la pintura por parte de causante extranjero no ocasionaría ninguna obligación fiscal para el pago de impuestos, a menos que la venta se realice en el marco de un negocio u ocupación en los Estados Unidos ("U.S. trade or business") de acuerdo con el art. 871(b)(2) del I.R.C., o si el extranjero permaneció por más de 183 días en los Estados Unidos durante el ejercicio fiscal en que se realizó la venta, art. 871(a)(2) del I.R.C.

<sup>22</sup> Hse. Rep. No. 96-1150 (Part 1), 96th Congress, 2nd Session 172 (1980); reglamentación provisional art. 1.897-1(d)(2).

<sup>23</sup> Art. 897(c)(6)(A) del I.R.C.

cas fiscales para el pago de impuestos que al objeto al que se refiere la opción.<sup>24</sup> Los derechos de compra se tratarán de la misma manera.

Finalmente, como se observa en las negociaciones parlamentarias del comité del congreso en relación a FIRPTA, el concepto de los USRPI tendrá el mismo significado que está contenido en el tratado modelo de doble imposición de la Secretaría de Hacienda de los Estados Unidos (US Treasury Department).<sup>25</sup> El artículo VI de este tratado modelo entre los Estados Unidos y otros países dice que la expresión "inmueble" deberá ser interpretada según el derecho vigente del país contratante, en el cual se encuentra el inmueble. No se menciona en relación a los Estados Unidos si se aplicará el derecho federal o el estatal.<sup>26</sup> Las nuevas reglamentaciones fiscales no mencionan nada acerca de esta cuestión, a excepción de las disposiciones que se refieren a las sociedades mercantiles ("corporations") extranjeras,<sup>27, 28</sup> y que disponen que una empresa que pretende aprovechar los privilegios estipulados en el artículo 897(i) del I.R.C.<sup>29</sup> necesariamente tendrá que prescindir de su derecho de trato preferente en cuanto al tratado de doble imposición. Este artículo se podrá interpretar posteriormente de tal manera que también la expresión "inmueble" se someta a la definición de FIRPTA.<sup>30</sup>

## 2. Empresas ("entities")

Son empresas ("entities") todas las formas de organización que sobrepasan el marco de las personas físicas. Un "interés" en una empresa ("interest in an entity") puede ser:

- i) acciones o participaciones similares en una sociedad mercantil ("corporation");<sup>31</sup>
- ii) participaciones en una asociación en participación o co-inversión ("joint venture") en el sentido del artículo 761 (b) del I.R.C.;<sup>32</sup>

<sup>24</sup> Art. 1234 del I.R.C.

<sup>25</sup> Informe de conferencia, Hse. Rep. No. 96-1479, 96th Congress, 2nd Session 189 (1980).

<sup>26</sup> El derecho estadounidense tiene dos aspectos: el derecho federal que puede ser paralelo al derecho estatal, como por ejemplo en el derecho fiscal. Sin embargo respecto a los bienes inmuebles la federación no tiene soberanía, ya que de acuerdo con la constitución éstos son de competencia de los estados. Por lo tanto, en las cuestiones de la definición de bienes inmuebles es fácil que existan conflictos de ley.

<sup>27</sup> Véase más adelante el texto de la nota 31.

<sup>28</sup> Reglamentación provisional art. 1.897-3(c)(2).

<sup>29</sup> Véase más adelante texto de la nota 107.

<sup>30</sup> Véase texto de la nota 14 ff.

<sup>31</sup> El término estadounidense "corporation" no se puede traducir directamente. No solamente incluye sociedades como la Sociedad Anónima, Sociedad de Responsabilidad Limitada y Sociedad en Comandita, sino también a "corporations" que en sus estructuras se encuentran tres de las cuatro características: 1. Administración central; 2. duración ilimitada; 3. responsabilidad limitada de todos los accionistas o socios; 4. negociabilidad ilimitada de todas las participaciones o acciones.

<sup>32</sup> Esto significa que se deberá ser un socio con pleno derecho.

- iii) derechos sobre una sucesión como heredero legal o testamentario o legatario en el sentido del artículo 643 (c) del I.R.C. y como beneficiario de una participación de un fideicomiso o (en el extranjero) una estructura de depósito similar al fideicomiso según los artículos 671-679 del I.R.C.;<sup>33</sup>
- iv) los derechos de cualquier tipo para participar en la plusvalía de las formas de participación o los derechos de participación mencionados bajo (i)-(iii), o derechos de cualquier tipo para participar en la plusvalía de los activos fijos de una empresa ("entity") o de sus ventas o ganancias netas o brutas, y
- v) los derechos, ya sea que se puedan ejercer inmediatamente o en el futuro, para transformar un derecho de deuda ("interest solely as a creditor")<sup>34</sup> en una participación o derecho de las formas mencionadas en (i) a (iv).<sup>35</sup>

La definición proporcionada de un USRPI directo que se encuentra en manos de una persona física será válida también para los "intereses" de una empresa ("interest in an entity"). Sin embargo, en este caso habrá que observar otras disposiciones que se refieren especialmente a las participaciones, derechos, que se encuentran en manos de personas físicas o acciones relativas a estas empresas ("entities"). Estas se pueden contemplar como USRPIs indirectos. Las leyes estipulan que las participaciones o derechos (además de los derechos basados en el derecho de deuda solamente) en una empresa estadounidense son un USRPI, a no ser que el causante demuestre que la mencionada empresa ("entity") en ningún momento fue una Compañía Tenedora de Bienes Raíces Estadounidense ("US Real Property Holding Company") (USRPHC).<sup>36</sup> Cuentan como excepción las aspiraciones a los derechos de deuda, "intereses" solamente como acreedor ("interest solely as a creditor").<sup>37</sup> Esto significa que un acreedor no puede tener participación en las utilidades de la empresa,<sup>38</sup> y que sus derechos no podrán estar subordinados a los derechos de los acreedores generales del negocio.<sup>39</sup> Tales derechos no se incluyen en la categoría de los USRPI. La propiedad de inmuebles de sociedades de inversión cuyas acciones se negocian en una bolsa nacional o extranjera, y que por lo tanto se encuentran muy dispersas, está excluida de la definición de USRPI en el caso de que el propietario de las

<sup>33</sup> Este artículo reglamenta la gravación general de fideicomisos y los beneficiarios de los mismos.

<sup>34</sup> Véase el texto de la nota 13.

<sup>35</sup> Reglamentación provisional art. 1.897-1(d)(3)(i)(A-E) contiene las disposiciones que se mencionaron arriba.

<sup>36</sup> Art. 897(c)(1)(A)(ii). Véase más adelante la definición de un USRPHC.

<sup>37</sup> Reglamentación provisional 1.897-1(d); véase también arts. 302(c)(A)(i), 465(b)(3)(A) del I.R.C., que en otra conexión contienen una definición similar.

<sup>38</sup> Reglamentación de la Tesorería art. 1.465-8(b)(4).

<sup>39</sup> Reglamentación de la Tesorería art. 1.302-4(d).

acciones no posea directa o indirectamente<sup>40</sup> más del 5% del total de las acciones o de una clase de acciones de la sociedad.<sup>41</sup> Debido a que la ley habla de "cualquier tipo de acciones",<sup>42</sup> es cuestionable si este concepto incluye derechos de opción o de compra. Las nuevas reglamentaciones no mencionan esto directamente, pero se puede deducir fácilmente a partir de las definiciones citadas. Por lo tanto, es necesario proceder con cuidado, para que la participación en una sociedad de inversiones de este tipo nunca sobrepase el 5%.

d) *Compañía Tenedora de Valores de Bienes Raíces Estadounidense* ("United States Real Property Holding Company") ("USRPHC")

Una USRPHC es cualquier sociedad mercantil ("corporation"),<sup>43</sup> cuya propiedad inmobiliaria en los Estados Unidos, calculada al valor comercial,<sup>44</sup> constituya un 50% o más de la suma de los siguientes puntos:<sup>45</sup>

1. Un USRPI en propiedad directa de la sociedad mercantil ("corporation"), así como la propiedad directa de participaciones en una sociedad mercantil extranjera ("foreign corporation") que se puedan contar entre los USRPI.<sup>46</sup>

2. Un USRPI extranjero en propiedad directa de una sociedad mercantil ("corporation").

3. El capital de la empresa necesario para la realización del negocio de la sociedad mercantil ("corporation").

4. Participaciones en asociaciones en participación, fideicomisos, sucesiones.

5. Participaciones importantes<sup>47</sup> en una sociedad mercantil nacional o extranjera.

Si la empresa ("entity") no puede demostrar que en "ningún momento"<sup>48</sup> durante el tiempo de prueba aplicable<sup>49</sup> la participación en el

<sup>40</sup> Las disposiciones de cargar a una cuenta del art. 318(a) del I.R.C. se aplican aquí. Estas prescriben que las partes o las acciones que se encuentran en manos de miembros de la familia (padres, cónyuges, hijos) se deberán contar también, es decir, que todos estos miembros familiares no pueden poseer más del 5% de una compañía de inversiones que se maneja en la bolsa.

<sup>41</sup> Art. 897(c)(3) del I.R.C.; Reglamentación provisional art. 1.897-1(c)(2).

<sup>42</sup> Reglamentación provisional art. 1.897-1(c)(2).

<sup>43</sup> Véase nota 31.

<sup>44</sup> "Fair market value" ("FMV"), en el texto generalmente se tradujo como valor de mercado, o valor comercial; para la definición, véase el texto de la nota 65.

<sup>45</sup> Art. 897(c)(2) del I.R.C.; Reglamentación provisional art. 1.897-2(b).

<sup>46</sup> Reglamentación provisional art. 1.897-2(e) prescribe, que las participaciones de una sociedad mercantil ("corporation") serán consideradas como un USRPI, a menos que la sociedad mercantil estadounidense ("US corporation") demuestre que la sociedad mercantil extranjera ("foreign corporation") no es una USRPI.

<sup>47</sup> Llamado "controlling interest", inversión dominante, reglamentación provisional art. 1.897-2(e)(3).

<sup>48</sup> Art. 897(c)(1)(A)(ii) del I.R.C. "en ningún momento" ("at no time").

<sup>49</sup> Art. 897(c)(1)(i)(I) se define como tiempo de prueba aplicable ("applicable test period"), véase más adelante.

USRPI no alcanzó ni sobrepasó los 50% del total de su capital, se supondrá por conclusión que la empresa ("entity") es una USRPHC.

La ley define el tiempo de prueba como el tiempo más corto ya sea:

1. Después del 18 de junio de 1980, tiempo en que el causante poseía un USRPI, o

2. El período de cinco años que termina con la fecha de la enajenación.<sup>50</sup>

Esto parece significar que el examen del 50% se podrá aplicar en cualquier momento durante el período de prueba, y en el caso extremo podría significar que una empresa se clasifica como USRPHC si su USRPI cumplió, aunque sólo durara un día durante el período de prueba de 5 años con 50% o más de la fórmula mencionada anteriormente.<sup>51</sup> Si se piensa que los factores de la fórmula pueden fluctuar en su valor, entonces se observa que esta disposición puede convertirse en un verdadero problema. Además, el artículo referente a la obligación de aviso<sup>52</sup> parece establecer disposiciones similares. Pero aparentemente no se puede exigir que una sociedad mercantil ("corporation") presente balances diarios, así, el cumplimiento textual de las disposiciones legales de este artículo casi no es de esperarse. Las nuevas reglamentaciones fiscales para el pago de impuestos parecen ser algo más claras y prácticas, ya que permiten alternativas en los diferentes métodos de períodos de prueba<sup>53</sup> como sigue:

1. Al 31 de diciembre de cada año; o

2. A la fecha, en la cual la empresa ("entity") adquiere un USRPI; o

3. A la fecha, en la que la empresa ("entity") enajena un "interés" en un bien inmueble ("interest in real property") en el extranjero, o se deshace o vende cierto capital de la empresa; o

4. En caso de que una empresa ("entity") tenga una participación en otra empresa ("entity") la cual a su vez compre un USRPI o enajene un "interés" en un bien inmueble ("interest in real property") extranjero, o como se menciona en el inciso 3, enajene ciertas partes del capital de la empresa, entonces la primera empresa ("entity") tendrá que considerar esta operación en sus propios balances.<sup>54</sup> El período de prueba sin embargo, no será necesariamente la fecha exacta de la adquisición de las participaciones, sino que podrá ser aplazada hasta 90 días a) después de la fecha de fundación de la empresa filial o b) después de la fecha en la que el primer accionista o el socio hayan suscrito la cuota de participación de la empresa filial. En el caso de arreglos de interdependencia del capital social, se comprueba en primer lugar si la empresa filial se puede clasificar como USRPHC. En caso afirmativo, se sumará el valor correspondiente de la participación a la em-

<sup>50</sup> Art. 897(c)(1)(A)(ii)(I+II).

<sup>51</sup> Véase texto de la nota 45.

<sup>52</sup> Art. 6093C(a) del I.R.C., véase más adelante texto de la nota 126.

<sup>53</sup> Reglamentación provisional art. 1.897-2(c)(i-iii).

<sup>54</sup> Véase reglamentación provisional art. 1.897-2(c)(2)(i) para más detalles de los activos de un negocio u ocupación ("trade or business assets").

presa matriz y deberá ser considerada en la prueba respecto a si la empresa matriz a su vez debe ser considerada dentro de la categoría de los USRPHC. Lo que se debe sumar, y de qué manera se suma depende de si la empresa matriz tiene o no una participación dominante.<sup>55</sup> En el caso de una participación que no sea importante, en la fecha de la prueba, la participación mencionada del capital total de la empresa filial se sumará al de la empresa matriz,<sup>56</sup> y después de determinar posteriormente el capital de inversión de la empresa matriz, se establecerá si se trata de un USRPHC.<sup>57</sup> Las participaciones o derechos en asociaciones en participación, fideicomisos o sucesiones se tratarán en la misma forma que las participaciones no dominantes.<sup>58</sup>

Los arreglos de interdependencia de capital social en donde la interdependencia alcanza tres o más etapas se tratarán en forma análoga.<sup>59</sup> La prueba de la posible calidad de USRPHC se inicia con la empresa filial, a continuación se investiga la empresa matriz, después la matriz de la matriz. La evaluación de los diversos factores que se toman en cuenta para el cálculo, se deberán realizar al valor en el mercado,<sup>60</sup> independientemente de si se trata de un "interés" en un bien inmueble en el interior o en el extranjero, del capital de la empresa, de participaciones directas o indirectas o de derechos en las diferentes empresas ("entities").

#### e) Evaluación del USRPI

FIRPTA misma no define<sup>61</sup> cómo se determina el valor justo en el mercado ("Fair Market Value") (FMV), el "valor en el mercado" o "valor comercial" para la evaluación de la fórmula.<sup>62</sup> En la legislación interna sobre la renta ("Internal Revenue Code") significa en general el valor bruto sin considerar las obligaciones que se derivan de él, en el caso de que no se prescriba especialmente otra definición.<sup>63</sup> Las reglamentaciones originales, pero ya no vigentes, prevenían conservar este significado también en

<sup>55</sup> Una inversión dominante ("controlling interest") de acuerdo con la reglamentación provisional art. 1.897-2(e)(3) no se refiere solamente al derecho de voto, al valor nominal o al valor porcentual de la participación, sino al valor justo en el mercado ("fair market value") (para definición véase el texto a continuación de la nota 65) de la participación el cual se deberá determinar nuevamente en el período de prueba que ya se mencionó (véase texto de la nota 53).

<sup>56</sup> Reglamentación temporal art. 1.897-2(e)(1).

<sup>57</sup> Reglamentación provisional art. 1.897-2(e)(3).

<sup>58</sup> Reglamentación provisional art. 1.897-2(e)(2).

<sup>59</sup> Reglamentación provisional art. 1.897-2(e)(3).

<sup>60</sup> Véase más adelante el texto de la nota 65.

<sup>61</sup> Art. 897(c)(2) del I.R.C.

<sup>62</sup> Véase texto de la nota 45ff.

<sup>63</sup> Arts. 368(a)(i)(f)(ii+iii), 542(a)(2), 552(a)(2) o 856(c)(5). En el caso de inversiones fiduciarias en bienes inmuebles ("Real Estate Investment Trusts") el art. 856(c)(6)(A) lo define como "valor comercial o valor de inversión, cualquiera que sea el más elevado". Se deberá comparar en cambio los artículos 955 y 956(c) correspondientes "Controlled Foreign Corporations" al igual que art. 992(a)(i)(b) en relación a "Domestic International Sales Corporations", en donde el I.R.C. prescribe el valor neto.

FIRPTA.<sup>64</sup> Esto también se debía seguramente a que el significado fiscal general del FMV se parece mucho a la definición del derecho consuetudinario ("common law") que los juzgados aplican desde hace tiempo.<sup>65</sup>

Sin embargo, las nuevas reglamentaciones prevén otra definición. El FMV según FIRPTA se calcula de tal manera que se resta del valor bruto, es decir, del valor de adquisición o de costos, las hipotecas y a través de garantías se deducen los gravámenes de los bienes corporales, al igual que los derechos prendarios de trabajadores ("mechanics liens"), de proveedores ("materialmen's liens"), etc.<sup>66</sup> El valor neto calculado de esta manera es el FMV para efectos de FIRPTA.<sup>67</sup> Se deberá observar la llamada regla contra abusos ("anti-abuse rule") que estipula que los cargos hipotecarios y demás gravámenes sobre bienes inmuebles y capital invertido, no se tomarán en cuenta, cuando estos gravámenes se hayan realizado para evadir las disposiciones de FIRPTA y la obligación del aviso contenida en el art. 6039 C.<sup>68</sup>

#### f) Enajenación ("Disposition") y Distribución ("Distribution")

La enajenación ("disposition"),<sup>69</sup> no sólo se refiere a la venta de un USRPI por dinero o valor monetario, sino también a la distribución ("distribution")<sup>70</sup> del USRPI a los accionistas de una sociedad mercantil ("corporation"), o a los socios de otras formas de sociedades. También cuenta como enajenación ("disposition") la liquidación de una sociedad mercantil ("corporation") y la utilidad de la liquidación que se paga a los accionistas.<sup>71</sup> La obligación fiscal que se origine de las diversas posibilidades se tratará en detalle en el párrafo respectivo. Las nuevas reglamentaciones definen como enajenación ("disposition") cualquier transferencia que se cataloga como tal por las leyes fiscales<sup>72</sup> e incluye por lo tanto las distribuciones ("distributions") en este concepto.

#### g) Ganancia o Pérdida ("Gain or Loss")

Las ganancias o pérdidas de las enajenaciones ("dispositions") de un USRPI se determinan conforme al método normal prescrito por la legisla-

<sup>64</sup> Reglamentación provisional antigua art. 6a. 897-i(n): FMV es el valor bruto ("gross value").

<sup>65</sup> El FMV es el valor de una transacción "entre compradores y vendedores que desean comprar o vender, que no sean parientes y que no se sientan presionados a comprar o a vender, y que estén bien enterados de todos los datos importantes. Esta definición se repite en la reglamentación provisional art. 1.897-i(o)(2), en donde se le da el nombre de "valor bruto" ("gross value").

<sup>66</sup> Véase nota 65.

<sup>67</sup> Reglamentación provisional art. 1.897-1(o)(2).

<sup>68</sup> Reglamentación provisional art. 1.897-1(o)(2)(ii).

<sup>69</sup> Art. 897(a) del I.R.C.

<sup>70</sup> Art. 897(d)(1) del I.R.C.

<sup>71</sup> Arts. 331-334, 337 del I.R.C.

<sup>72</sup> Reglamentación provisional art. 1.897-1(g).

ción fiscal.<sup>73</sup> Esto significa que el monto que supere la base de la evaluación<sup>74</sup> se define como ganancia, y la diferencia entre la base de la evaluación y un precio de venta menor como pérdida.<sup>75</sup>

Las partidas de ingreso de hipotecas y obligaciones de cualquier tipo, que según el art. 1001 I.R.C. normalmente se consideran como ingresos sujetos a impuestos, no se contemplarán aquí como ganancia.<sup>76</sup> No entran en las disposiciones de FIRPTA, sino en los artículos correspondientes de la legislación interna sobre la renta ("Internal Revenue Code").

#### h) Persona Extranjera ("Foreign Person")

Una persona extranjera ("foreign person") según FIRPTA podrá ser una persona física o moral extranjera; para efectos de este artículo nos referiremos a ella como "causante extranjero". Esta expresión incluye personas físicas,<sup>77</sup> sociedades mercantiles ("corporations"),<sup>78</sup> fideicomisos,<sup>79</sup> sucesiones,<sup>80</sup> etc. Los extranjeros considerados como residentes para motivos del pago de impuestos,<sup>81</sup> y los extranjeros que no se consideran como residentes pero que han optado por ser considerados como causantes nacionales<sup>82</sup> no se clasifican como personas extranjeras ("foreign person"). Una sociedad mercantil ("corporation") que es causante extranjero se puede manifestar como causante nacional para efectos de FIRPTA,<sup>83</sup> sin que esto influya sobre otras cuestiones fiscales ajenas a FIRPTA.

<sup>73</sup> Art. 1001 del I.R.C.

<sup>74</sup> Una base ajustada ("adjusted basis") de acuerdo con el art. 1001(a) del I.R.C. es el valor que consta el valor de adquisición más gastos adicionales de construcción y otros gastos, menos las cantidades deducibles.

<sup>75</sup> Reglamentación provisional art. 1.897-1(h).

<sup>76</sup> Reglamentación provisional art. 1.897-1(h).

<sup>77</sup> Reglamentación provisional art. 1.897-1(R). La pregunta de si un extranjero es un causante extranjero, o tiene la calidad de un causante nacional ("resident alien for tax purposes") de acuerdo con el art. 871 del I.R.C., es demasiado complicada y no se podrá tratar aquí en este artículo. Sin embargo, para las personas físicas es de gran importancia. Véase también Seemann, en el lugar indicado, pág. 505. Cuando un ciudadano de los Estados Unidos o un causante nacional se ha expatriado voluntariamente con la intención de evitar el pago de impuestos, entonces se deberán tomar en cuenta las disposiciones especiales del art. 877 del I.R.C.

<sup>78</sup> Reglamentación provisional art. 1.897-1(I). La definición de las sociedades mercantiles extranjeras ("foreign corporation") se basa en el Derecho Fiscal Estadounidense, véase nota 31, y no en el derecho mercantil del país de origen de la sociedad.

<sup>79</sup> Reglamentación provisional arts. 1.897-1(k), 1.897-2. En los países en donde no existe la figura jurídica anglo-estadounidense de los fideicomisos ("trust"), se investiga cuál de las figuras jurídicas estadounidenses conocidas se adapta a la figura jurídica correspondiente.

<sup>80</sup> Cuando una sucesión posee una figura jurídica independiente. De otra manera, los títulos de un derecho sucesorio serán considerados individualmente como personas físicas o morales de acuerdo con las circunstancias.

<sup>81</sup> Véase nota 77.

<sup>82</sup> De acuerdo con el art. 6013(g) o (h) del I.R.C. Reglamentación provisional art. 1.897-1(k).

<sup>83</sup> Art. 897(i) del I.R.C. Reglamentación provisional arts. 1.897-3; art. 897(k) del I.R.C. Reglamentación provisional art. 1.897-4.

## IV EFECTO FISCAL PARA EL PAGO DE IMPUESTOS DE FIRPTA

FIRPTA pretende eliminar las diversas posibilidades que permitían a los causantes extranjeros no pagar impuestos sobre el rendimiento de capital de la enajenación de un USRPI. Las ganancias y las pérdidas de capital de un causante nacional,<sup>84</sup> ahora se gravan como si se hubieran obtenido "en un negocio u ocupación en los Estados Unidos" ("effectively connected with a U.S. trade or business"),<sup>85</sup> y la tasa del impuesto es, salvo una excepción, la misma que para el causante nacional. La excepción es que las personas físicas extranjeras tengan una imposición fiscal mínima de 20%.<sup>86</sup>

### a) Tasas de Impuestos

Después de que la Ley Fiscal de la Recuperación Económica ("Economic Recovery Tax Act") de 1981<sup>87</sup> enmendó a FIRPTA las tasas de impuestos son como sigue:

1) Personas físicas: 20% del rendimiento neto;

2) Empresas ("entities") se gravarán en forma progresiva, comenzando con el 15% de rendimiento neto hasta un máximo de 28% para rendimientos netos de más de \$50 000.

Aquí es importante observar que estos rendimientos netos deberán constarse entre los llamados rendimientos de capital a largo plazo ("long-term capital gains"), es decir, que el objeto de la inversión no se podrá enajenar antes de un año y un día después de haber sido adquirido. Si la duración de la propiedad es menor de 365 días, se aplicarán las tasas sobre los ingresos normales para las personas físicas hasta 50%, y para las empresas hasta 46%.

### b) ¿Qué causa impuestos?

Causa impuestos toda enajenación ("disposition")<sup>88</sup> de un USRPI que representa una propiedad directa o indirecta.

1. Las personas físicas declararán las ganancias del USRPI propio, independientemente de si se trata de bienes inmuebles o de participaciones en una empresa que se cataloga como USRPHC.

2. Los causantes extranjeros declararán sus ganancias o sus pérdidas de la enajenación de un USRPI a través de una asociación en participación nacional o extranjera o una co-inversión ("joint venture") proporcionalmente a su participación en estas figuras jurídicas. Estas figuras jurídicas no se gravan directamente, ya que la legislación fiscal prescribe que las pérdi-

<sup>84</sup> Definición en la nota 77-81.

<sup>85</sup> Art. 897(a)(1); véase también Seemann, en el lugar indicado pág. 506/507.

<sup>86</sup> Art. 897(a)(2) del I.R.C.

<sup>87</sup> P.L. No. 97-34, 95 estatutos 273, 274 (1981).

<sup>88</sup> Véase texto de la nota 69.

das o ganancias se traspasen a los socios como si éstos las hubieran obtenido personalmente.<sup>89</sup>

3. Las sociedades mercantiles ("corporations"), independientemente de que éstas sean nacionales o extranjeras, declararán las ganancias o pérdidas de la enajenación de un inmueble de la misma manera que una persona física, pero con otras tasas tributarias. Los propietarios de acciones extranjeras (independientemente de si se trata de personas físicas o de empresas) de una USRPHC nacional, tendrán que declarar sus pérdidas o ganancias de la enajenación de estas acciones.<sup>90</sup>

4. Sin embargo, si se trata de una USRPHC extranjera, se aplicarán reglas especiales para las posibles ganancias o pérdidas de la venta de tales acciones o participaciones. La ganancia o la pérdida de esta enajenación no tendrá que ser declarada, sin embargo, el comprador de las acciones o participaciones adquirirá la deuda fiscal potencial de estos impuestos. Esto sucede en tal forma que la base de evaluación de USRPI siga siendo la misma que el valor de adquisición original, más las mejoras de construcción, menos la depreciación.<sup>91</sup> Cuando el comprador posteriormente realiza una enajenación por su cuenta, deberá declarar la pérdida o ganancia de tal manera que se someta al pago de impuestos el saldo resultante del precio de venta menos la base de la evaluación. Esto puede significar que el comprador no pueda deducir del precio de enajenación una parte de sus verdaderos costos de adquisición.

5. Los beneficiarios de los derechos sobre los ingresos de un fideicomiso, se someterán al pago de impuestos de manera similar que los socios de una asociación en participación, siempre y cuando el fideicomiso no represente una figura jurídica separada ("legal entity") según las leyes locales del lugar donde se encuentre.<sup>92</sup> En este caso, se someterían a impuestos directamente las ganancias o pérdidas del fideicomiso.

6. Finalmente, existen tipos de enajenaciones ("dispositions") las cuales un inversionista que conoce la legislación fiscal extranjera no consideraría como enajenación pero que sin embargo sí se tratan como tal. Cuando una sociedad mercantil ("corporation") lleva a cabo un reparto que supere las ganancias acumuladas actuales, así como de la base de la evaluación de las acciones del accionista, la ley,<sup>93</sup> considera esto como una ganancia de la venta o del intercambio de la propiedad. Si este reparto se realiza por una USRPHC, esto no se considera como un dividendo, sino como un ingreso, efectivamente relacionado con un negocio u ocupación en los Estados Unidos ("effectively connected with a U.S. trade or business").<sup>94</sup>

<sup>89</sup> Art. 701 del I.R.C.

<sup>90</sup> Art. 702(a).

<sup>91</sup> Art. 897(d)(1) del I.R.C. Por regla general éste es el valor en los libros de contabilidad.

<sup>92</sup> Reglamentación provisional art. 1.897-2(e)(2).

<sup>93</sup> Art. 301(c)(3)(A) del I.R.C.

<sup>94</sup> Art. 897(a) del I.R.C.

7. Los intereses o dividendos pagados por sociedades mercantiles ("corporations") o empresas ("entities") extranjeras podrán causar también impuestos, ya que la compañía que los paga se considera como participante en un negocio u ocupación en los Estados Unidos. Por lo tanto, estos tipos de ingresos tendrían su origen en los Estados Unidos, y por ello se someterían a las disposiciones de retención fiscal.<sup>95</sup>

#### c) Pérdidas

Las pérdidas que se refieren a una actividad de un negocio u ocupación en los Estados Unidos se podrán deducir de las ganancias obtenidas por los USRPI, aun cuando las pérdidas mismas no se refieran de ninguna manera a los USRPI.<sup>96</sup> Desde luego, estas pérdidas que provienen de la enajenación de un USRPI también podrán ser deducidas.<sup>97</sup> Si una empresa presenta en el balance anual una pérdida neta, ésta se podrá transferir al año siguiente. No está totalmente claro si se podrán transferir las pérdidas que tuvieron lugar antes de la elección según los artículos 897(i).<sup>98</sup> Las empresas que ya han realizado una "elección de gravación neta"<sup>99</sup> pueden deducir también sus pérdidas netas ("net operating loss") bajo FIRPTA. Las personas físicas extranjeras se tratarán de la misma manera.<sup>100</sup> Desgraciadamente, las nuevas reglamentaciones no se ocupan de esta cuestión, y habrá que esperar si se aplicará FIRPTA o los artículos fiscales generales.

En relación a inversiones en bienes inmuebles, estos últimos permiten la deducción de pérdidas contra el ingreso del inmueble,<sup>101</sup> pero las reglamentaciones correspondientes<sup>102</sup> prohíben la presentación de un saldo de pérdidas.

#### d) Impuestos Extranjeros

Normalmente, las personas físicas que son causantes nacionales y las empresas podrán reclamar el crédito de impuestos extranjeros ("Foreign Tax Credit")<sup>103</sup> que les permite deducir los impuestos pagados en el extran-

<sup>95</sup> Art. 861(a)(1)(c), (2)(B) del I.R.C. en relación al impuesto retenido ("withholding tax") que se aplica sobre ingresos que provienen de fuentes estadounidenses ("U.S. source income").

<sup>96</sup> Art. 873(a), 882(c)(1) del I.R.C.

<sup>97</sup> Véase art. 1001 del I.R.C. y los lineamientos en relación al método de cálculo.

<sup>98</sup> Véase más adelante texto de la nota 108.

<sup>99</sup> Art. 882(c) del I.R.C. del 1 de enero de 1967, permite que empresas extranjeras se declaren como que están en "un negocio u ocupación en los Estados Unidos" para poder pagar impuestos sobre sus ingresos netos y no sobre sus ingresos brutos. Este artículo es mucho más general y afecta a los USRPI al igual que a otros tipos de ingresos que provengan de una ocupación o negocio.

<sup>100</sup> Art. 871ff del I.R.C.

<sup>101</sup> Art. 871(d) del I.R.C.

<sup>102</sup> Reglamentación de la Tesorería art. 1.871-10.

<sup>103</sup> Art. 901ff del I.R.C.



jero del pago de impuesto en los Estados Unidos. Debido a que FIRPTA considera todas las ganancias obtenidas de la enajenación de un USRPHI con un negocio americano, no será posible aplicar aquí el crédito de impuestos extranjeros ("Foreign Tax Credit"). Sin embargo, los impuestos pagados en el extranjero se podrán deducir como gastos de la empresa antes de calcular el ingreso neto que está sujeto al pago de impuestos.<sup>104</sup>

### e) Tratado de Doble Imposición

#### 1. Generalidades

El propósito de los legisladores fue declarar como no válidas ciertas ventajas de los extranjeros en base al tratado de doble imposición, para lograr así la igualdad con ciudadanos estadounidenses y extranjeros residentes. Esto no sólo en relación con el impuesto sobre rendimiento de capital, sino también en relación con la cuestión de quién podrá aprovechar las ventajas de un tratado de doble imposición. Con el objeto de no declarar inválidos en forma unilateral los acuerdos existentes, éstos se deberán volver a negociar y a celebrar. FIRPTA contiene una ampliación del plazo hasta el 31 de diciembre de 1984, durante el cual, las disposiciones del tratado de doble imposición existente tendrán una preponderancia determinante.<sup>105</sup> Después de este plazo las disposiciones de la legislación interna sobre la renta ("Internal Revenue Code") serán determinantes siempre y cuando no se haya celebrado un tratado de doble imposición con una nación específica antes del primero de enero de 1985. Sin embargo, si se hubiera aprobado un nuevo tratado antes de esta fecha, podrá haber un nuevo plazo de gracia de dos años, siempre y cuando éste se mencione en el nuevo tratado. El tratado con la República Federal de Alemania se verá afectado con esto, ya que el art. IX.A es anulado por FIRPTA. En lo sucesivo, el tipo de tratado con las Antillas de los Países Bajos será de un interés general, ya que el tratado modelo de la Secretaría de Hacienda Estadounidense prevé que sólo los ciudadanos o los extranjeros residentes de buena fe de un estado pueden hacer uso de las ventajas de un tratado de doble imposición. Este artículo que ocasionaría que miles de sociedades mercantiles ("corporations") en Curacao fueran infructuosas, no es aceptado por el gobierno de Curacao. Se están llevando a cabo negociaciones desde hace aproximadamente dos años para celebrar un nuevo tratado; sin embargo todavía es demasiado pronto para poder saber si la Secretaría de Hacienda Estadounidense podrá imponer su punto de vista.

#### 2. La Cláusula de la No-Discriminación ("Non-Discrimination Clause")

La mayoría de los tratados de doble imposición y de tratados comerciales entre los Estados Unidos y otros países contienen una cláusula de no-discriminación, las cuales de manera general prevén que los residentes que viven en un país en donde existe un tratado no puedan ser tratados de una manera menos ventajosa que los residentes que se encuentran en los Estados Unidos.<sup>106</sup> Por lo tanto, las empresas extranjeras se podrán negar a cumplir con ciertas disposiciones de FIRPTA,<sup>107</sup> o se podrán negar a pagar ciertos impuestos que impone (FIRPTA).

Para evitar esto, el artículo 897 (i) del I.R.C.<sup>108</sup> fue añadido en una enmienda el cual le da la oportunidad a las sociedades mercantiles de declararse como sociedades mercantiles nacionales de los Estados Unidos para efectos del pago de impuestos de FIRPTA. Para poder hacer esto las sociedades mercantiles ("corporations") deberán:

- i) poseer un USRPI;
- ii) con base en un tratado, tener el derecho a no ser discriminadas,<sup>109</sup> y
- iii) todos los accionistas o propietarios de las acciones o de todo tipo de títulos, deberán haber dado su consentimiento.<sup>110</sup>

Para este motivo, la empresa extranjera no necesita tener un establecimiento permanente ("permanent establishment") en los Estados Unidos. El consentimiento de los propietarios es indispensable solamente cuando los títulos de la empresa no se manejan en la bolsa, o cuando un accionista cuya empresa maneja estas acciones en la bolsa, posee más de un 5% de las acciones.<sup>111</sup>

Las nuevas reglamentaciones fiscales estipulan<sup>112</sup> que la elección ("election") de decidir ser tratado como sociedad mercantil nacional para efectos del pago de impuestos de FIRPTA, es la única manera de recibir un trato no discriminatorio frente a sociedades mercantiles nacionales. En este caso, la sociedad mercantil ("corporation") deberá cumplir con las disposiciones de las reglamentaciones fiscales para el pago de impuestos. Exceptuando los detalles que se mencionaron con anterioridad, esta elección se deberá llevar a cabo en la forma estipulada.<sup>113</sup>

<sup>106</sup> Como por ejemplo los tratados comerciales entre la República Mexicana y los Estados Unidos art.

<sup>107</sup> Como por ejemplo la obligación de aviso de acuerdo con el art. 6039C del I.R.C., o la prohibición de ciertas formas de liquidación de acuerdo con el art. 337 del I.R.C.

<sup>108</sup> Nuevamente enmendado por el art. 831(d) del I.R.C.

<sup>109</sup> Art. 897(i)(1) del I.R.C.

<sup>110</sup> Art. 897(i)(3) del I.R.C.

<sup>111</sup> Art. 897(c)(6)(C); véase también texto de la nota 40.

<sup>112</sup> Reglamentación provisional art. 1.897-3.

<sup>113</sup> Reglamentación provisional art. 1.897-3(c)(1) estipula todos los detalles que se deberán declarar; sub-inciso (c)(2) pide una renuncia obligatoria ("binding waiver") de los privilegios que provienen del tratado de doble imposición; el sub-inciso (c)(3) estipula que la sociedad mercantil ("corporation") tiene que dar su consentimiento vinculatorio para que se grave como una sociedad mercantil estadounidense ("U.S. corporation"). Todo esto y algunos requisitos más se deberán entregar al Director de Distrito de Operaciones Extranjeras ("Director of Foreign Operations District").

<sup>104</sup> Arts. 164(a)(4), 873, 882(c) del I.R.C.

<sup>105</sup> Art. 1125(c) de FIRPTA.

En relación a esta elección, es importante tomar en cuenta que si ésta se realizó después del 18 de junio de 1980, se deberá entregar también una declaración manifestando que no se enajenó ningún "interés" de una sociedad mercantil<sup>114</sup> durante el periodo más corto de los tres que siguen a continuación:<sup>115</sup>

- i) el periodo del 19 de junio de 1980 hasta la fecha en que la elección entró en vigor, o
- ii) en el periodo desde la adquisición del USRPI hasta la fecha en que la elección entra en vigor, o
- iii) en el periodo de 5 años que termina con la fecha en que entra en vigor la elección.<sup>116</sup>

En el caso de que una sociedad mercantil hubiera enajenado un "interés" durante este periodo, ese hecho no impediría que se realizara la elección, siempre y cuando se pagaran los impuestos acumulados correspondientes, los cuales antes de la elección, de acuerdo con FIRPTA, sólo se imponían,<sup>117</sup> o si los propietarios actuales del "interés" aceptan una base de avalúo para éste, que no podrá ser mayor a la del vendedor,<sup>118</sup> aun si el precio real de la enajenación hubiera sido mayor al de la base del avalúo.

#### f) *La Elección del Art. 897 (k)*

Este artículo contiene disposiciones específicas según las cuales las sociedades mercantiles extranjeras ("foreign corporations") podrán tomar la decisión de manifestarse como sociedades mercantiles nacionales para efectos del pago de impuestos.<sup>119</sup> Se trata aquí de sociedades mercantiles ("corporations") que ya hayan aprobado un plan de liquidación o que hayan determinado tener uno que en su forma corresponde al art. 334(b) (2) (A) del I.R.C.,<sup>120</sup> y cuyas acciones hayan sido compradas por personas físicas en un periodo de doce meses, ya sea a partir del 31 de diciembre de 1979 o del 26 de noviembre de 1980. El motivo de esta regla es que antes de la promulgación

<sup>114</sup> Véase texto de la nota 14.

<sup>115</sup> Enajenar "disposed", véase "disposition", texto de la nota 69.

<sup>116</sup> Reglamentación temporal art. 1.897-3(c)(5).

<sup>117</sup> Reglamentación provisional art. 1.897-3(d)(2)(i).

<sup>118</sup> Reglamentación provisional art. 1.897-3(2)(ii).

<sup>119</sup> Art. 897(k) del I.R.C. fue añadido a la legislación de FIRPTA a través del art. 831(g) ERTA.

<sup>120</sup> Art. 334(b)(2)(A) del I.R.C. prescribe que la "propiedad", que se distribuye a través de una liquidación que esté de acuerdo con la ley a los accionistas, tiene como base de avalúo el precio de la compra y no la base de avalúo con la cual la "propiedad" se lleva en los libros de la sociedad mercantil ("corporation"). Aun cuando el art. 334(b)(2)(A) fue declarado nulo por la Ley de Equidad de Impuestos y Responsabilidad Fiscal ("Tax Equity and Fiscal Responsibility Act of 1982") (TEFRA), Pub. L. 97-248, solamente es nulo para las sociedades mercantiles estadounidenses reales, para motivos de FIRPTA todavía está en vigor.

de FIRPTA, el comprador esperaba, y con buena razón, que cualquier impuesto fuera pagado por el vendedor extranjero y no por el comprador.<sup>121</sup> Por lo tanto, este párrafo significa que las sociedades mercantiles afectadas pueden liquidar sin tener que pagar impuestos, y que el accionista recibe una base de avalúo mayor, y está también libre de impuestos.<sup>122</sup>

## V. OBLIGACION DE AVISO Y GARANTIA DEL PAGO DE IMPUESTOS

### a) *Generalidades*

La mayoría de los causantes extranjeros están dispuestos a pagar los impuestos a los que obliga FIRPTA, ya que han aprovechado el mercado estadounidense y la protección del gobierno estadounidense, lo que hizo posible que se obtuviera una ganancia de un USRPI. Sin embargo, lo que preocupa a los causantes extranjeros son las disposiciones de la obligación de aviso<sup>123</sup> en relación al propietario del USRPI, de su nombre y su dirección, ya que existe el temor de que esta información pudiera caer en manos de gobiernos antagonistas, terroristas, o competidores en los negocios. Además, algunos causantes extranjeros han evadido leyes de control de divisas, o han invertido en los Estados Unidos para evadir impuestos, y no desean que esto se sepa en su patria. También están conscientes de que muchos países tienen tratados con los Estados Unidos para un intercambio de información fiscal con los Estados Unidos.<sup>124</sup> FIRPTA sostiene la opinión que se deberá asegurar la recaudación de los impuestos; sin embargo, se ha exagerado la exactitud con que se llevan a cabo las disposiciones de la obligación de aviso. Se entiende la necesidad de la notificación del nombre y dirección de una persona física que posea un USRPI; sin embargo, ¿cuál es la necesidad de exigir el nombre y la dirección de un accionista de un USRPI de una empresa extranjera, cuando ésta enajena un USRPI y paga los impuestos de acuerdo con FIRPTA? Sin embargo, existe un método que se mencionará a continuación, mediante el cual se puede evitar el aviso del nombre, pero éste está relacionado con gastos que reducen la ganancia.<sup>125</sup>

<sup>121</sup> Reglamentación provisional art. 1.897-4.

<sup>122</sup> Otro sub-inciso en relación a la liquidación de sociedades mercantiles extranjeras ("foreign corporations"), art. 897(1) del I.R.C., se refiere nada más a los accionistas que son ciudadanos estadounidenses o que son causantes extranjeros residentes, y por lo tanto no se tratará en este artículo.

<sup>123</sup> La obligación de aviso ("reporting requirements") de acuerdo con el art. 6039C del I.R.C.

<sup>124</sup> Véase Seemann, Exchange of Tax Information under International Treaties, *The International Lawyer*, Spring 1983; un tratado de este tipo existe también entre la República Federal de Alemania y los Estados Unidos.

<sup>125</sup> Véase texto de la nota 134.

b) *Las Disposiciones de la Obligación de Aviso*<sup>126</sup>

Toda persona extranjera ("foreign person")<sup>127</sup> que de una manera directa o indirecta se encuentra en posesión de un USRPI, al igual que todo testaferrero ("nominee") de tal persona deberá hacer una declaración anual en donde deberá proporcionar información,<sup>128</sup> siempre y cuando el USRPI no haya sido utilizado para alguna actividad comercial u oficio en los Estados Unidos "en cualquier momento durante el año fiscal";<sup>129</sup> que el FMV del USRPI no haya sido menor de \$50,000,<sup>130</sup> y que el extranjero por algún otro motivo haya estado exento de la obligación de presentar tal declaración.<sup>131</sup>

Estas declaraciones tenían una fecha de vencimiento prevista para el 15 de mayo de cada año. Debido a que esta fecha señalada fue revocada, actualmente las declaraciones no tienen fecha de vencimiento hasta que el fisco dé a conocer nuevas fechas. Cuando se den a conocer, se deberán entregar las declaraciones para todos los años fiscales desde 1980. Sin embargo, para el año fiscal de 1980, esto significa sólo el lapso del 18 de junio hasta el 31 de diciembre de 1980. Se impondrán multas elevadas a aquellos que deliberadamente no entreguen la declaración. A los causantes extranjeros se les impondrá una multa menor ya sea del cinco por ciento del FMV del "interest" o \$25,000;<sup>132</sup> además, el no presentar una declaración deliberadamente es considerado como un delito que puede tener como consecuencia una multa de \$25,000 para las personas físicas, y \$100,000 para las sociedades mercantiles ("corporations").<sup>133</sup>

c) *Contrato de Garantía*

Los causantes extranjeros que sean personas físicas, para quienes el anonimato sea importante, pueden evitar la obligación de notificación de su nombre y dirección dando al fisco una fianza por los impuestos que pudieran surgir.<sup>134</sup> Si se hubiera realizado un acuerdo de garantía ("security agreement") con el director del distrito del Servicio Fiscal Interno del Distrito de

<sup>126</sup> La reglamentación provisional más reciente no contiene lineamientos en relación a la obligación de aviso, art. 6039C del I.R.C. y es de suponer que los lineamientos de la reglamentación provisional antigua que se publicaron el 21 de septiembre de 1982 en el Diario Oficial ("Federal Register") por el momento tienen una validez determinante, aun cuando ya hay notificación de una nueva versión. A continuación se denominará la "reglamentación provisional antigua".

<sup>127</sup> Véase definición del texto de la nota 77-83.

<sup>128</sup> Las personas físicas deberán usar el formulario 6661, las sociedades mercantiles extranjeras ("foreign corporations") y algunas asociaciones en participación el formulario 6660, y las USRPHC y los testaferreros ("nominees") de los propietarios usufructuarios extranjeros de los "interests" de tal USRPHC el formulario 6659.

<sup>129</sup> Reglamentación provisional antigua art. 6a. 6039C-4(a) (1).

<sup>130</sup> Reglamentación provisional antigua art. 6a. 6039C-4(a) (2).

<sup>131</sup> Reglamentación provisional antigua art. 6a. 6039C-4(a) (3+4).

<sup>132</sup> Art. 6652(g) del I.R.C.; Reglamentación provisional antigua art. 6a. 6652(G)-1.

<sup>133</sup> Art. 7203 del I.R.C. con el art. 327 TEFRA.

<sup>134</sup> Art. 6039(c) (b) (2); Reglamentación provisional antigua art. 6a. 6039C-5(a).

Operaciones Extranjeras ("Internal Revenue Service, "Foreign Operations District"), entonces no se necesitará entregar los formularios 6659, 6660 o 6661. Las garantías que pueden constituir la base para tal contrato pueden ser de varios tipos: cuentas fiduciarias, que contengan el monto tributable estimado en caso de una enajenación; acreditivos bonos ("bonds") u otros valores; gravámenes registrados de los bienes inmuebles;<sup>135</sup> o un convenio obligatorio por medio del cual en caso de venta se deduzcan los impuestos y se asignen directamente al fisco.<sup>136</sup> En el caso de que el bien inmueble conste de tierras agrícolas, se deberán tomar en cuenta otras disposiciones adicionales que requieren de una información más extensa.<sup>137</sup>

## VI. IMPORTANCIA DE PLANIFICACION

Al igual que en cualquier otro negocio, se debería hacer un estudio antes de adquirir un USRPI. No sólo desde el punto de vista comercial, sino también desde el punto de vista del pago de impuestos. El primer paso será determinar por qué se está realizando la inversión en un USRPI. ¿Cuál es el motivo?

- a) ¿obtener una ganancia?
- b) ¿traspasar un patrimonio?
- c) invertir de una manera más provechosa desde el punto de vista del pago de impuestos que en el país de origen? etc.

Aclarar y especificar estas preguntas es de gran importancia, ya que la experiencia muestra que el causante extranjero invierte debido a motivos específicos y recibe una asesoría para ello, pero posteriormente tiene otros objetivos que no se tomaron en cuenta en la asesoría original.

Son también de gran importancia los criterios que determinan la aplicación o la no aplicación de ciertas disposiciones:

- a) la nacionalidad del causante extranjero;
- b) la existencia de tratados de doble imposición con su país;
- c) las disposiciones fiscales para el pago de impuestos nacionales;
- d) tipo del bien inmueble deseado;
- e) el monto de la inversión (con o sin hipoteca);
- f) la posibilidad de plusvalía del bien inmueble;
- g) se espera un ingreso pasivo o activo, o principalmente una plusvalía del capital ("capital gains");

<sup>135</sup> Llamado gravámenes ("liens") o hipotecas ("mortgages"); sin embargo, éstas no son recomendables ya que la extinción podría ser muy demorada y por lo tanto se afectaría la posibilidad de enajenación del bien inmueble.

<sup>136</sup> Reglamentación provisional antigua art. 6a. 6039C-5(b). Ya que varía de caso en caso la forma de contrato más adecuada, sería muy provechoso tratar este asunto con un abogado especialista en cuestiones de impuestos.

<sup>137</sup> La Ley de "Agricultural Foreign Investment Disclosure Act of 1978", 7 U.S.C. art. 3501ff, contiene estas disposiciones que no se podrán tratar aquí en este artículo, sería muy provechoso tratar este asunto con un abogado especialista en cuestiones de impuestos.

- h) desde el punto de vista de pagos de impuestos ¿está el inversionista dispuesto a aceptar riesgos?;
- i) ¿de qué manera se hará la compra del bien inmueble, (a nombre del inversionista de una sociedad mercantil ("corporation") o de alguna empresa ("entity"), de algún fideicomiso, etc?;
- j) en caso de que el comprador sea una sociedad mercantil ("corporation"), ¿será ésta estadounidense o extranjera? o quizá se encuentre costa afuera como por ejemplo, las Antillas de los Países Bajos,
- k) ¿tendrá la organización una interdependencia del capital social como por ejemplo, el "Dutch Sandwich"?<sup>138</sup>
- l) En caso de muerte ¿quién será el heredero del bien inmueble o del USRPI? Ya sea la herencia de bienes inmuebles está sujeta al *lex situs*, se debería tomar en cuenta la legislación del estado norteamericano correspondiente; se debería hacer un testamento específico aplicable a la propiedad en los Estados Unidos de acuerdo con la legislación estadounidense; además, sería conveniente hacer una planificación del pago de impuestos para disminuirlos de herencias potenciales.

Una planificación más específica sólo la podrá llevar a cabo un profesional que tenga conocimientos amplios sobre la información necesaria. La planificación por adelantado es muy importante para evitar sorpresas desagradables en el futuro.

## VII. CONCLUSIONES FINALES

Las reglamentaciones fiscales para el pago de impuestos y todos los demás artículos de la legislación general y las reglamentaciones fiscales para el pago de impuestos de extranjeros de FIRPTA son muy complejos, por lo tanto, la exposición anterior es muy superficial y muchos detalles se tuvieron que omitir en este artículo debido a la falta de espacio. Sin embargo, estos detalles podrían ser importantes en los casos individuales; de cualquier manera es importante tomar en cuenta las leyes y las reglamentaciones en cada caso.

<sup>138</sup> Se denomina "Dutch Sandwich" a la estructura en la que una sociedad mercantil de las Antillas-Países Bajos (una "N.V.") es propietaria de todas las acciones de una sociedad mercantil holandesa (una "B.V."), la cual a su vez posee todas las acciones de una sociedad mercantil estadounidense. La sociedad mercantil estadounidense compra el bien inmueble con el dinero que los dueños de la estructura han invertido en la N.V.; de ahí, el dinero se transfiere en una mezcla de activos y pasivos a la B.V.; y de ésta a la sociedad mercantil estadounidense; se deberán tomar en consideración las disposiciones del art. 385 del I.R.C. en relación a la proporción de los activos y pasivos. Esto puede ocasionar que no se pague el impuesto sobre rendimiento de capital, a la vez disminuyen los impuestos de la utilidad de la sociedad mercantil estadounidense ("US corporation") y evita el impuesto que se retiene ("Withholding tax"). Esta estructura sólo es recomendable para inversiones importantes debido a que los gastos que se relacionan con ella son muy elevados.

## DERECHO ADMINISTRATIVO