

ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LAS OPERACIONES COMERCIALES INMOBILIARIAS DE MÉXICO Y LOS EUA¹ (CON COMENTARIOS ACERCA DE SUS EFECTOS FISCALES)²

I. INTRODUCCIÓN

México y los Estados Unidos de América (los E.U.A.) se han vuelto altamente cercanos, particularmente durante la última década del Siglo XX. Ambos países están entrelazados por el llamado “Tratado de Libre Comercio” y las inversiones de capital desde los E.U.A. hacia México se han incrementado considerablemente durante este lapso.³ El segundo mayor importador de bienes y mercancías hacia los E.U.A. es actualmente México y varios expertos esperan que pronto se convertirá en el mayor exportador a los E.U.A. en un futuro cercano.⁴ Varias políticas públicas de los dos países parecen estarse acercando y ser más congruentes incluyendo las actuales discusiones de políticas migratorias entre los Presidentes Bush y Fox.⁵

México es ahora una parte importante de la comunidad comercial internacional. Tiene un ambiente político relativamente estable, debido en parte a las recientes reformas a su Legislación Electoral que han proporcionado un proceso electoral confiable, ganando la aprobación de otros

¹ Elaborado por el Equipo de Práctica Internacional del Área Fiscal e Inmobiliaria de Procopio, Cory, Hargreaves & Savitch LLP; investigación y redacción por la abogada mexicana Lic. Liliana Sandoval y los socios de los E.U.A. Patrick W. Martin y Todd E. Leigh. Adicionalmente, el abogado mexicano Lic. Carlos Pérez-Gautrine participó respecto a las consecuencias y prácticas fiscales en México en el Equipo de Práctica Internacional del Área Fiscal e Inmobiliaria de Procopio, Cory, Hargreaves & Savitch LLP.

² Patrick W. Martin es un abogado de los E.U.A. autorizado para ejercer como tal en California y Washington, D.C., y se especializa en derecho fiscal internacional y asuntos relacionados a derecho internacional, específicamente enfocados a México. El Sr. Martin es el Socio a cargo del Equipo de Práctica Internacional del Área Fiscal de la Firma de Abogados Procopio, Cory, Hargreaves & Savitch LLP, con sede en San Diego, California. El Sr. Martin obtuvo su grado de abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Diego, ha acreditado el examen de Contador Público Certificado y previamente trabajó para el *Internal Revenue Service*. Asimismo, realizó estudios de postgrado en Derecho de los Negocios Internacionales en la Escuela Libre de Derecho, en la Ciudad de México.

³ El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA) entró en vigor entre Canadá, México y los E.U.A. el 1 de Enero de 1994. Fue diseñado promover el incremento del comercio e inversión entre los países miembros, el TLCAN contiene un calendario de desgravación arancelaria y reducción de las barreras no-arancelarias, así como disposiciones relativas a la operación dentro del área de “libre comercio”. Esto incluye áreas de regulación a la inversión, servicios, propiedad intelectual, competencia y entrada temporal de personas de negocios.

⁴ De acuerdo con estadísticas publicadas por la Secretaría de Economía de Enero a Diciembre del 2000, México exportó \$151 mil millones de dólares a los Estados Unidos.

⁵ New York Times, 7 de Septiembre de 2001, *Two Amigos Visit Toledo and Court Its Mexicans*.



países de diversos países y organizaciones internacionales, tales como las Naciones Unidas y la Unión Europea.⁶ Empresas transnacionales han obtenido ventajas de la fuerza laboral de México y de la posición gubernamental en favor de la globalización y crecimiento económico.

Desde la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN” o “NAFTA”, por sus siglas en inglés), el flujo de inversión extranjera a México se ha incrementado dramáticamente. De 1994 a Septiembre de 2006, la inversión directa anual en México fue de casi 10 mil millones de dólares en promedio⁷, comparado con los 4 mil millones de dólares anuales antes del TLCAN.⁸ Del total de inversión extranjera durante dicho periodo, 117.28 mil millones de dólares provinieron de empresas de los E.U.A., representando el 60.7% del total.⁹ Para finales de 2006, casi 18,269 empresas de los E.U.A. estaban operando en México, representando 52.9% de las empresas extranjeras.¹⁰

Como puede apreciarse, nosotros como estadounidenses estamos cada vez más interesados en México y en lo que actualmente nuestro vecino del sur es y puede llegar a ser. Pero todavía conocemos muy poco acerca del sistema jurídico en México y parecemos entender poco o nada cómo están regulada la propiedad inmobiliaria, y cómo la industria inmobiliaria es, en ocasiones, completamente diferente al sistema utilizado en los E.U.A. Parece que no existen artículos serios acerca de las diferencias comparativas entre nuestros dos sistemas y cómo aplican a operaciones inmobiliarias. Este artículo intenta proporcionar, por lo menos, un repaso y análisis comparativo entre la legislación inmobiliaria en México y los E.U.A. y su aplicación en operaciones comerciales inmobiliarias. Está escrito desde una perspectiva del abogado practicante y no discute o aborda a la propiedad inmobiliaria para uso residencial o personal.

El sistema legal de México conocido como de Derecho Civil (o continental) tiene sus orígenes en el Código de Napoleón, mientras que el sistema legal de los E.U.A. es conocido como de derecho común (o *common law*) proviene de las resoluciones de las cortes de Inglaterra como uno de sus principales génesis en materia inmobiliaria. Bajo el sistema del Código Civil en México, la ley aplicable es codificada y unificada en códigos que son la principal fuente de derecho, y la jurisprudencia es una fuente secundaria de derecho. En México, arrendamientos, adquisiciones y compraventas de bienes inmuebles son actos civiles (en contraposición de actos de comercio) y son regulados por los códigos civiles locales de cada una de sus entidades federativas. Sin embargo, cada Estado ha promulgado un código civil similar al Código Civil Federal. Una discusión más detallada acerca de las diferencias entre el sistema de derecho civil (o continental) y el sistema anglosajón va más allá de este artículo.

⁶ Ver: Declaración del Comisionado Benita Ferrero-Waldner acerca de la elección en Mexico, 2 de Julio de 2006, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/945&format=HTML&aged=1&language=ES&guiLanguage=en>

⁷ De acuerdo con estadísticas publicadas por la Secretaría de Economía.

⁸ De acuerdo con estadísticas publicadas por la *American Chamber of Commerce of Mexico*.

⁹ De acuerdo con estadísticas publicadas por la Secretaría de Economía.

¹⁰ *Id.*



Los dos sistemas jurídicos, y su aplicación a operaciones inmobiliarias, es notoriamente diferente en varios aspectos. Sin embargo, existen varios conceptos fundamentales con contenido similar. Este artículo describe someramente algunas de las diferencias y similitudes de ambos. Asimismo, proporciona un panorama general de cómo tanto México como los E.U.A. (y sus Estados) gravan el uso y venta de bienes inmuebles dentro de cada país.

A. Principios Generales y Restricciones a la Propiedad Inmobiliaria de la Constitución Mexicana

La Constitución Mexicana establece que la propiedad de tierras corresponde originalmente a la nación o estado, que la transfiere a las personas privadas.¹¹ Esto es algo notablemente diferente al sistema de los E.U.A., que no otorga al gobierno de dicho país ningún derecho particular sobre los bienes inmuebles. En México, el Estado es responsable de los recursos naturales del subsuelo y aguas, tales como minerales, petróleo, gas, lagos y ríos, los que no pueden ser adquiridos por personas privadas. La Constitución Mexicana actualmente prohíbe la propiedad privada de dichos recursos naturales. Sin embargo, estos recursos pueden ser explotados bajo concesiones otorgadas por el Estado.¹²

A pesar de que las concesiones (el derecho de adquirir dominio sobre tierras, aguas y subsuelo) es otorgado a mexicanos y extranjeros, existen varias restricciones impuestas. Por ejemplo, los inversionistas extranjeros deben convenir ante la Secretaría de Relaciones Exteriores (o SRE) ser considerados como mexicanos en relación con dichos bienes.¹³ Esto significa, entre otras cosas, que un inversionista extranjero no puede invocar la protección de su gobierno en relación con esos bienes, bajo pena de renunciar a los bienes adquiridos en favor del Estado mexicano.¹⁴ Este convenio es conocido como la “Cláusula Calvo”, en nombre del jurista argentino Carlos Calvo.¹⁵

Asimismo, debido a las restricciones constitucionales, los extranjeros (no-mexicanos) y la mayoría de las empresas extranjeras no pueden adquirir el dominio directo sobre bienes inmuebles, en propiedad privada, dentro de un área de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50 kilómetros en las playas. Esta área es conocida como la “zona prohibida”.¹⁶ Sin embargo, la legislación sobre inversión extranjera establece que los extranjeros podrán adquirir derechos sobre bienes inmuebles ubicados en la “zona prohibida” a través de un fideicomiso, en el que es participa una institución bancaria de México como fiduciario (con los respectivos

¹¹ Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

¹² *Id.*

¹³ Artículo 10 de la Ley de Inversión Extranjera

¹⁴ Artículo 27(I) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

¹⁵ De acuerdo con la doctrina desarrollada por Carlos Calvo, un extranjero debe renunciar a la protección diplomática de su gobierno y a cualquier derecho adquirido bajo el Derecho Internacional, y comparecer solamente ante los tribunales locales del Estado en el que resida. Los extranjeros pueden recibir un trato igual, pero no un trato más favorable que los nacionales.

¹⁶ Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos



honorarios) y la persona o sociedad extranjera como beneficiario (o fideicomisario).¹⁷ Las partes deben obtener la autorización de la Secretaría de Relaciones Exteriores y el término de este tipo de fideicomiso está actualmente limitado a cincuenta años, que pueden ser extendidos a solicitud de alguna de las partes.¹⁸

Esta disposición de la legislación mexicana hace posible la inversión y operación de desarrollos inmobiliarios y hoteles dentro de la zona prohibida de México. El reglamento de la ley de inversión extranjera establece que los inversionistas, ya sean personas físicas o morales, pueden adquirir como fideicomisarios los derechos derivados del fideicomiso. Adicionalmente, el inversionista extranjero puede adquirir acciones en sociedades mexicanas que sean propietarias de inmuebles ubicados en la zona prohibida, siempre y cuando estas sociedades realicen inversiones en actividades industriales o turísticas y cumplan con otros requisitos.¹⁹

De conformidad con la legislación mexicana, la propiedad sobre bienes inmuebles puede estructurarse de la siguiente manera:

- (a) Los mexicanos que adquieran bienes inmuebles en territorio mexicano.
- (b) Las sociedades mexicanas que tengan en sus estatutos la “cláusula de exclusión de extranjeros”, siempre que dicha sociedad no tenga, directa o indirectamente, como socios o accionistas a personas o sociedades extranjeras, ni a sociedades mexicanas que permitan la inversión extranjera.²⁰ Estas sociedades pueden adquirir la propiedad de bienes inmuebles a lo largo del territorio mexicano.
- (c) Las sociedades mexicanas que permitan en sus estatutos la inversión extranjera, esto es, que establezcan la posibilidad de incluir como accionistas a personas extranjeras. Estas sociedades pueden adquirir bienes inmuebles fuera de la zona prohibida.²¹ Estas sociedades deben constituir un fideicomiso con un banco mexicano para adquirir inmuebles en la zona prohibida con fines residenciales y obtener autorización de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Para fines no-residenciales, solamente se requiere dar un aviso a la SRE.²²

¹⁷ La SRE debe expedir la autorización. Artículo 11 de la Ley de Inversión Extranjera

¹⁸ Artículos 11 y 12 de la Ley de Inversión Extranjera

¹⁹ Artículo 12 del Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera

²⁰ Artículos 2 y 10 de la Ley de Inversión Extranjera

²¹ Artículo 10 de la Ley de Inversión Extranjera

²² *Id.*



- (d) Personas físicas y sociedades extranjeras pueden constituir un fideicomiso con un banco mexicano para adquirir inmuebles dentro la zona prohibida, independientemente de su destino, obteniendo autorización de la SRE.²³ Fuera de la zona prohibida, deben obtener autorización de la SRE y convenir no invocar la protección de sus gobiernos en relación con dichos bienes (i.e., Cláusula Calvo).²⁴

Los autores consideran la ley de inversión extranjera como un método de evadir las prohibiciones de la Constitución Mexicana, sin que el gobierno mexicano tome la incomoda iniciativa de eliminar las restricciones a la propiedad extranjera en bienes inmuebles que fue uno de los orígenes de la revolución mexicana.

B. Clasificación de los Bienes Inmuebles en México

En México, existe un tipo de bienes inmuebles conocido como “propiedad agraria” que es propiedad rural clasificada en varias categorías, incluyendo parcelas y propiedad comunal. Este tipo de propiedad se otorga a propietarios comunes o comunidades conocidas como “ejidos”. El concepto de los ejidos tuvo sus orígenes en la revolución mexicana, que produjo la incorporación a la Constitución Mexicana de varios conceptos legales.²⁵ Los ejidos tienen sus propias reglas y restricciones impuestas por la legislación federal mexicana.²⁶ Este tipo de propiedad comunal es un tipo de asociación (o *partnership*), pero exclusivamente para personas que han estado en esos lugares desde tiempos remotos. No existe un concepto similar en la Constitución de los E.U.A.

Los ejidos consisten en tierras, plantas y aguas entregadas en propiedad por el Estado de manera gratuita, bajo un esquema que no puede ser generalmente vendido o enajenado.²⁷ El objeto de este tipo de propiedad es permitir la explotación y operación de los recursos naturales por parte de sus miembros.²⁸ Esta propiedad no puede ser sujeta a negociación o adquirida directamente por personas y, por consiguiente, es propiedad de la comunidad.²⁹

La figura más similar a un “ejido” que se tiene en los E.U.A. son las reservaciones de tierras para los Nativo-Americanos (*Native American reservations*) que puede ser adquirida por una comunidad. Sin embargo, contrario al sistema legal de los ejidos en México, las reservaciones de tierra en los E.U.A. no tienen un origen en la Constitución sino que en las leyes federales, y los Nativo Americanos tienen su propia soberanía reconocida por el Gobierno de los

²³ Artículo 11 de la Ley de Inversión Extranjera

²⁴ Artículos 11 y 12 de la Ley de Inversión Extranjera

²⁵ Artículo 27(VII) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

²⁶ El principal ordenamiento jurídico es la Ley Agraria, que es de aplicación federal.

²⁷ Artículo 9 de la Ley Agraria

²⁸ Artículos 42 y 43 de la Ley Agraria

²⁹ Artículo 99(III) de la Ley Agraria



E.U.A.³⁰ Otra característica de las reservaciones en los E.U.A. es que está formada por áreas otorgadas por el gobierno, así como por propiedad comunal.³¹ Adicionalmente, la Oficina de Asuntos Indígenas (*Bureau of Indian Affairs*) debe aprobar cualquier acuerdo para enajenar o vender reservaciones de tierras, una dependencia del gobierno federal actuando como fiduciario.³²

1. Escrituras Públicas

Los conceptos básicos de propiedad sobre bienes inmuebles en México y los E.U.A. son esencialmente los mismos.

Bajo la legislación de los E.U.A., el concepto básico de propiedad de un bien es el derecho de una o más personas de poseer y usarlo, con exclusión a los demás, y el bien objeto al dicho derecho es llamado “propiedad”.³³ Los términos “propiedad” y “propietario” también se aplican a los intereses que no son considerados completamente como propiedad, como personas en posesión legal de la propiedad que tienen uno o más intereses.³⁴ Por ejemplo, el arrendatario de un inmueble generalmente no tiene título legal, pero puede ejercer los derechos de uso como propietario con exclusión a terceros.³⁵

Similarmente, en México el término “propietario” aplica a la persona que tiene el uso y posesión de una cosa.³⁶ En caso de que el propietario de un bien ubicado en México autorice a alguien más a que posea temporalmente el bien, ambos serán considerados en posesión, el propietario teniendo la “posesión originaria” y el fiduciario, arrendatario o depositario teniendo la “posesión derivada”.³⁷ Por ejemplo, en México un arrendador tiene la posesión originaria, mientras que el arrendatario del inmueble tiene la posesión derivada.³⁸

³⁰ De acuerdo con información publicada por la Oficina de Asuntos Indígenas (*Bureau of Indian Affairs*) más de 550 Tribus reconocidas federalmente en los E.U.A. tienen una relación de gobierno-a-gobierno con las autoridades de los E.U.A.

³¹ Varias Tribus están organizadas bajo la Ley de Reorganización Indígena (*Indian Reorganization Act*) de 1934.

³² De acuerdo con la Oficina de Asuntos Indígenas, casi la totalidad de las tierras de las Tribus Indígenas son mantenidas bajo el régimen de fideicomiso en los E.U.A. Para que una persona de por terminado el fideicomiso (*trust*), la Secretaría del Interior debe aprobar dicha operación.

³³ § 654 del Código Civil de California; cf. § 10 Restatement (Second) of Property (1944)

³⁴ § 10 Restatement (Second) of Property (1944)

³⁵ *Id.* § 10.

³⁶ Artículo 830 del Código Civil Federal

³⁷ Artículo 791 del Código Civil Federal

³⁸ De conformidad con el artículo 2412 del Código Civil Federal, el arrendador debe entregar al arrendatario la posesión de la propiedad arrendada.



En operaciones inmobiliarias, las partes generalmente buscan pruebas respecto a que el título que adquirirán es transferible, que la propiedad objeto de la operación está libre de cargas y gravámenes, y que la otra parte (i.e., el vendedor o el arrendador) es el legítimo propietario de la propiedad. Estas precauciones son igual de importantes para el propietario en México como lo son para el propietario de los E.U.A., ya que la posesión y el derecho de uso y disfrute son el fundamento de la propiedad.

2. Escrituras, *Title insurance*, Evicción y Registro

La principal prueba del título, en ambos países, son las escrituras (*deeds*), que son un instrumento escrito que transmite u otorga un derecho (título) en bienes inmuebles.³⁹ Para ser efectivo en los E.U.A., la escritura debe constar pos escrito, nombrar a la personas que transfiere y a quien se le transfiere, estar firmado por el otorgante y debe ser entregado y aceptado por el beneficiario.⁴⁰ Estos son los requisitos mínimos para que una escritura sea válida y si están todos presentes, la escritura es efectiva para transmitir el título para el beneficiario; por el contrario, si alguno de los elementos esenciales falta, la escritura no es efectiva para transmitir el título.⁴¹ No es esencial que la escritura sea sellada.⁴²

La firma del otorgante no necesita ser ratificada para que la transmisión sea efectiva. Sin embargo, la ratificación es necesaria para que el documento se inscriba en el registro. Aunque no es necesario que la escritura sea registrada (toda vez que el título es transferido por la debida ejecución y entrega de la simple escritura), el documento debe ser registrado para ser oponible ante terceros. Adicionalmente, la inscripción de la escritura en los registros públicos es una prueba *prima facie* de la existencia y contenido del documento original registrado, y de su ejecución y entrega por todas las personas que lo celebraron.

3. Tipo de Escrituras Públicas

³⁹ Sección 1039 del Código Civil de California

⁴⁰ Secciones 1091 del Código Civil de California y 1971 del Código de Procedimientos Civiles de California

⁴¹ *Cordano v. Wright*, 159 Cal. 610, 617-619 (1911).

⁴² Sección 1629 del Código Civil de California



En California, el Código Civil establece una forma simple de Escritura Pública que puede ser utilizada para transmitir el título sobre bienes inmuebles.⁴³ Este tipo de escrituras se conoce como “*Grant Deed*” por la especial referencia que debe hacerse de la palabra “*grant*” (otorgar) en los términos para su otorgamiento. Este tipo de escrituras son los documentos utilizados más comúnmente para transmitir los títulos de propiedad inmobiliaria en California. A través de un *Grant Deed* una persona puede transmitir a otra su interés en un bien inmueble.⁴⁴ Se presume que un *Grant Deed* transmite completamente el interés del otorgante en la propiedad, salvo que se exprese otra cosa en dicho instrumento.⁴⁵

Otra forma que existe en los Estados Unidos, aunque menos utilizada, es la “*Quitclaim Deed*” que transfiere cualquier interés que pueda tener el otorgante en la propiedad. A diferencia del *Grant Deed*, un *Quitclaim Deed* no establece presunción alguna sobre la transmisión libre de gravámenes o acerca del derecho de posesión del otorgante.⁴⁶

Las “*Warranty Deeds*” son raramente utilizadas en los Estados Unidos, debido principalmente a la práctica de usar “*title insurance*”. Un *Warranty Deed* expresamente garantiza el título sobre la propiedad y la posesión pacífica de la misma para el adquirente.⁴⁷ El otorgante conviene en defender los bienes en contra de cualquier demanda ilegítima sobre el título o posesión de la propiedad.⁴⁸

4. “*Title Insurance*” y “*Escrow*”

Debido a la gran complejidad de los actuales títulos inmobiliarios en los Estados Unidos, el uso del *title insurance* (o seguro sobre el título) para garantizar el título es un hecho aceptado. Es una costumbre asegurar el título del vendedor como una condición para la transmisión. La práctica de dicho aseguramiento ha crecido hasta el punto que el comprador en raras ocasiones aceptaría un título de una propiedad de los E.U.A. sin el seguro respectivo, sin importar la condición legal del título.

La actividad de este tipo de compañías aseguradoras, por lo tanto, se ha vuelto muy importante en las transmisiones de propiedad inmobiliaria en los E.U.A. Por esta razón, se ha llamado a este tipo de compañías aseguradoras como la “suprema corte en títulos de propiedad inmobiliaria”.⁴⁹

⁴³ 1092 del Código Civil de California

⁴⁴ Sección 1092 del Código Civil de California

⁴⁵ Sección 1105 del Código Civil de California

⁴⁶ *Southern Pac. Co. v. Dore*, 34 Cal. App. 521, 522-523 (1917).

⁴⁷ *Tropico Land & Improvement Co. v. Lambourn*, 170 Cal. 33, 38, 148 P. 206 (1915)

⁴⁸ Sección 3304 del Código Civil de California

⁴⁹ Ver 4 Witkin, Summary of Cal. Law (9th ed. 1999) Real Property, § 214, *et seq.*



Una póliza de *title insurance* se define en California por el Código de Seguros (*Insurance Code*) como un contrato que asegura, garantiza o indemniza a los propietarios de bienes muebles o inmuebles, a los beneficiarios de cargas o gravámenes sobre dichos bienes o a otros interesados, en contra de la pérdida o daños sufridos con motivo de: (a) cargas, gravámenes o defectos en el título de propiedad; (b) invalidez o inexecución de cualquier carga o gravamen sobre la propiedad; (c) imprecisiones en las búsquedas relacionadas con el título de los bienes.⁵⁰ La póliza de *title insurance* es un contrato de indemnización y no una garantía en la que el asegurador promete indemnizar al asegurado en contra de pérdidas derivadas de los defectos en el título o de cargas y gravámenes que afecten el título descrito en la póliza, en el momento en que la póliza fue emitida.⁵¹

El tipo estándar de *title insurance* utilizado en los E.U.A. es la forma CLTA de la Póliza Estándar de Protección del Propietario. El seguro CLTA es usado para todos los tipos de propiedad y básicamente proporciona protección en contra de asuntos de registro. En la mayoría de las operaciones comerciales importantes, la póliza preferida es la póliza ALTA, que proporciona protección para asuntos no-registrados que puedan descubrirse de una inspección física de la propiedad. La prima de protección de esta póliza es generalmente de un 30 por ciento más que la prima CLTA. Existen variaciones que se ofrecen por la industria aseguradora para cubrir preocupaciones específicas y pueden ser incluidas tanto en las pólizas CLTA o ALTA.

En contraste, en México cualquier persona que venda o transfiera el uso y posesión de bienes inmuebles, requiere por ley garantizar el título de propiedad y el derecho de posesión (algo parecido a la *Warranty Deed* en los E.U.A.).⁵² Esto significa que si por cualquier razón el adquirente o poseedor de la propiedad pierde la propiedad o posesión, el vendedor o arrendador debe indemnizarlo. Los problemas prácticos asociados con ejecutar el derecho a ser indemnizado son a grandes rasgos los mismos en los Estados Unidos y en México. Por ejemplo, si el enajenante de un título defectuoso desaparece (o no tiene bienes), puede ser difícil, sino imposible, para el adquirente tener un recurso apropiado en contra del enajenante del bien inmueble.

Hasta hace poco tiempo, no existía en México un seguro similar al *title insurance* americano. Sin embargo, en 1993 la *Chicago Title Insurance Co.* celebraron un contrato de reaseguro con Grupo Nacional Provincial (“GNP”), una de las compañías de seguros más grandes de México, para ofrecer este tipo de productos en México a través del agente de GNP, Title Insurance de México. Las pólizas se ofrecen con una protección similar a la póliza ALTA ofrecida en los Estados Unidos. Estas pólizas cubren propiedad comercial dentro de México, incluyendo inmuebles en playas y zonas fronterizas. Las pólizas pueden ser emitidas en dólares o pesos, y pueden asegurar la propiedad, arrendamiento o los derechos como beneficiario de un fideicomiso. Las pólizas pueden ser obtenidas por sociedades mexicanas (propiedad de nacionales o extranjeros) o por personas físicas mexicanas o extranjeros.

⁵⁰ Secciones 104 y 12340 del Código de Seguros de California

⁵¹ *King v. Stanley*, 32 Cal.2d 584, 590 (1948)

⁵² Artículo 2412(iv) del Código Civil Federal



Un comprador de los E.U.A. que compra inmuebles en México podría obtener acceso directo (*Direct Acces Endorsement*) a la póliza mexicana del Title Insurance. Esta vía permite la presentación e interposición de demandas con Chicago Title en los Estados Unidos, sin tener que acudir al sistema judicial mexicano. Los autores no han tenido conocimiento de ninguna demanda interpuesta (hasta la fecha) en los E.U.A. en base a una de estas pólizas mexicanas. A través de esta modalidad, el asegurado puede dirigirse directamente con Chicago Title respecto a todos los asuntos relacionados con la póliza. El costo de la prima por una póliza equivalente a una en los Estados Unidos es aproximadamente cinco veces mayor que el costo de la prima en dicho país.⁵³

Copias de las pólizas CLTA y ALTA usadas en los Estados Unidos y Procedimientos y Aplicación de la Póliza de Seguro usadas en México se incluyen como apéndices.

A pesar de que este tipo de “nuevo” seguro está disponible en México, la fuente más importante de información seguirá siendo los datos de los Registros Públicos, por lo que las partes deben consultarlo siempre. Asimismo, este seguro no debe ser confundido con el certificado de libertad de gravamen, que es un documento emitido por el Registro Público de la Propiedad de la localidad en que se ubica el inmueble, que certifica que no existen cargas sobre la propiedad en el momento de su emisión.

Los *Escrows* son ampliamente utilizados en los Estados Unidos. Un *escrow* implica el depósito de documentos y/o dinero con un tercero (comúnmente la compañía aseguradora) que serán entregados cuando se cumpla con la condición. Lo anterior, toda vez que el comprador generalmente no quiere entregar el precio hasta que tenga la certeza de recibir el título que sea comerciable al momento de registrarse la escritura. De igual forma, el vendedor no quiere arriesgar la transmisión del título hasta que haya recibido el precio convenido. Por esto, se acostumbra el uso del *escrow* para recibir los documentos y el dinero y entregarlos de conformidad con las instrucciones de las partes.

En México, no se acostumbra que las partes utilicen los servicios de un tercero depositario. En cambio, el Notario Público realiza las funciones del intermediario. El precio de la compra es pagado en su presencia y la escritura es firmada ante el Notario Público, al mismo tiempo en que se paga el precio de la operación.

⁵³ De acuerdo con información publicada por TIM en la página <http://titlemex.com/coverage.htm>, la póliza de cobertura básica proporciona al comprador/arrendatario de bienes inmuebles, o al arrendador asegurado de bienes inmuebles, protección en contra de la pérdida en caso de que el título de propiedad sea gravado o anulado por intereses de terceros (no excluidos de la póliza). Entre los riesgos en contra de los que protege la póliza son los siguientes:

1. Asuntos agrarios;
2. Hipotecas;
3. Cargas fiscales;
4. Servidumbres;
5. Obligaciones contractuales que restrinjan el uso de la propiedad; y
6. Prescripción negativa por un tercero.



Tradicionalmente, el sistema para entregar los títulos de propiedad o posesión en México se ha venido realizando a través de los Notarios Públicos y después registrados ante el Registro Público, porque el título de propiedad analizado y registrado por el Notario Público es un documento público válido.⁵⁴ Todos los títulos de propiedad, así como las hipotecas u otras cargas o gravámenes sobre bienes inmuebles deben registrarse en los registros públicos, por lo que siempre deben ser consultados antes de celebrar una operación en materia inmobiliaria.⁵⁵

En caso de que algún documento u operación que, de acuerdo con la legislación mexicana, deba ser registrado en el Registro Público no lo esté, no tendrá efectos en contra de terceros de buena fe.⁵⁶ Los terceros pueden pedir la anulación del documento u operación ante los tribunales, o que el registro del documento u operación cumpla con los requisitos legales.⁵⁷

C. El Papel de los Notarios Públicos en las Operaciones Inmobiliarias en México

En México, el papel de los Notarios Públicos es muy diferente del de su contraparte en los E.U.A. Un Notario Público en México es un abogado que, después de pasar varios exámenes enfocados en diferentes áreas del derecho mexicano, obtiene la autorización (llamada patente) otorgada por el Gobierno de cada Estado de México.⁵⁸ Por lo tanto, el Notario Público mexicano realiza funciones semi-públicas, delegadas por el Gobierno del Estado y su nombramiento es vitalicio, salvo que sea removido por causa justificada.⁵⁹

El Notario Público está investido con la fe pública para certificar documentos, y está facultado para elaborar documentos, verificar los actos y registrar los documentos ante el Registro Público.⁶⁰ Otros actos que son realizados necesariamente ante el Notario Público incluyen la elaboración de testamentos, la constitución de sociedades y la modificación de sus estatutos, el otorgamiento de poderes y la certificación de operaciones inmobiliarias, tales como compraventas y ciertos arrendamientos.⁶¹ Esto significa que en orden de que ciertas operaciones sean válidas bajo la legislación mexicana, tienen que ser necesariamente formalizadas ante un Notario Público a través de escritura pública.⁶²

⁵⁴ Artículos 129 y 130 del Código Federal de Procedimientos Civiles

⁵⁵ Artículo 1 del Reglamento del Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal

⁵⁶ Artículo 3007 del Código Civil Federal

⁵⁷ *Id.* Artículo 2232

⁵⁸ Artículo 1 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal

⁵⁹ Artículo 133 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal

⁶⁰ La propiedad de bienes inmuebles es registrada en los Registros Públicos, dependiendo del tipo de propiedad. Todos los Registros son públicos, por lo que cualquier tercero puede buscar en los archivos y conocer todas las operaciones que se han realizado respecto a una propiedad específica.

⁶¹ Artículos 1511, 2551 y 3005 del Código Civil Federal; Artículo 5 de la Ley General de Sociedades Mercantiles

⁶² Artículos 129 y 130 del Código Federal de Procedimientos Civiles



Los Notarios son asesores legales de las partes en las operaciones autorizadas bajo su firma y también elaboran los documentos respectivos.⁶³ En algunos casos, las partes negocian los términos y condiciones de la operación y elaboran el contrato (con el auxilio de un abogado mexicano que no sea un Notario Público), y después se presentan ante un Notario Público para formalizar el contrato para cumplir con el requisito legal.⁶⁴ En otros casos, las partes negocian los términos y condiciones de la operación inmobiliaria y le solicitan al Notario Público que elabore el documento y lo formalice. En cualquiera de estos escenarios, los documentos emitidos por un Notario Público son documentos públicos válidos, que generalmente no pueden ser objetados.⁶⁵ De acuerdo con lo anterior, los documentos emitidos por un Notario Público son considerados como verídicos y legales en cualquier juicio ante tribunales mexicanos.⁶⁶ Ciertos documentos deben ser registrados ante los Registros Públicos de Propiedad (inmuebles) y de Comercio (Sociedades) como documentos oficialmente certificados.⁶⁷ Cada notario es responsable y está a cargo de calcular y recaudar los impuestos, solicitando a sus clientes que le paguen dichas cantidades para posteriormente entregarlos a las autoridades fiscales.

1. Principales Diferencias con la Función de los Notarios Públicos en los E.U.A.

Un Notario Público mexicano es un “funcionario” que tiene mucho más rango y responsabilidad que el Notario Público en los Estados Unidos, que no necesita ser (y raramente es) abogado. Un Notario en los E.U.A. está solamente autorizado para (i) certificar la firma de documentos, (ii) levantar juramentos, y (iii) actuar como un testigo imparcial en relación con la firma de documentos.⁶⁸ Se les prohíbe a los notarios de los E.U.A. proporcionar asistencia legal, elaborar o preparar documentos legales para otras personas, actuando como su asesor legal, salvo que sean también abogados. A diferencia de los notarios mexicanos, tampoco son

⁶³ Artículo 10 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal

⁶⁴ De conformidad con los artículos 2316 y 2320 del Código Civil Federal, si el valor de avalúo del inmueble es mayor a 365 veces el salario mínimo, el contrato de compraventa debe constar por escrito, ser celebrado ante un Notario Público y registrado en el Registro Público de la Propiedad. El salario mínimo es de \$50.57 pesos, por lo que multiplicado por 365 da un resultado de \$18,458 (aproximadamente USD \$1,700). Si el valor de la propiedad excede esta cantidad, la operación requiere la participación de un Notario Público. De manera similar, el artículo 2406 del Código Civil Federal, establece que los contratos de arrendamiento sobre bienes inmuebles deben constar por escrito. Asimismo, en ciertas entidades federativas como Jalisco, los contratos de arrendamiento celebrados por un plazo mayor de seis años deben ser registrados en el Registro Público de la Propiedad (Artículo 2045 del Código Civil del Estado de Jalisco).

⁶⁵ Artículos 129 y 130 del Código Federal de Procedimientos Civiles

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ Los principales Registros en México están divididos en dos secciones importantes. La primera, el Registro Público de la Propiedad, que registra la propiedad de particulares y contiene información como el área de superficie, ubicación y límites, nombre del propietario y operación en la que se adquirió, y cualquier carga o gravamen que exista sobre la propiedad. La segunda, el Registro Público de Comercio, registra las sociedades y asociaciones, así como la información con ellas relacionadas, tales como nombre, dirección, giro comercial y representantes autorizados.

⁶⁸ Secciones 1185 y 1196 del Código Civil de California



responsables de la precisión o legalidad de los documentos que notarizados, ya que ellos solamente certifican la identidad de los firmantes. Las partes (e.g., el firmante) y sus asesores legales son responsables del contenido de los documentos.

Los notarios de los E.U.A., desde luego, no tienen funciones u obligaciones respecto a la recaudación o pago de impuestos de cualquier tipo. Ver la discusión más adelante respecto a los impuestos en México.

Las únicas funciones comunes de los notarios de México y de los E.U.A., son que ambos pueden (i) certificar la autenticidad de la firma de documentos (incluyendo documentos públicos, tales como escrituras), (ii) levantar juramentos y (iii) actuar como testigos imparciales (e.g., ante la firma de testamentos).⁶⁹

D. Consideraciones Fiscales para Inversiones Inmobiliarias en México

Existen diferentes impuestos federales y municipales aplicables a la transmisión de bienes inmuebles en México.

1. Impuesto sobre la Renta

Comúnmente, el principal costo para el vendedor es el Impuesto sobre la Renta (“ISR”). Una sociedad residente en México⁷⁰ es responsable de pagar el impuesto sobre la renta por su ingreso mundial. La tasa del impuesto sobre la renta en México es del 28 por ciento. Las sociedades mexicanas que venden inmuebles son gravadas sobre la ganancia obtenida en la operación. Las ganancias de capital son normalmente incluidas en la totalidad de los ingresos y sujetas a imposición anual. El ingreso debe reflejarse en los pagos provisionales correspondientes al periodo en el que la operación sea reconocida. Con el objeto de calcular las ganancias de capital en la venta del inmueble, el contribuyente debe restar de la ganancia del monto original de la inversión (o costo de adquisición) actualizado conforme al Índice Nacional de Precios al Consumidor.

Una sociedad no-residente con un establecimiento permanente en México también es responsable de pagar el impuesto sobre la renta a la tasa general del 28 por ciento sobre cualquier ingreso atribuible al establecimiento permanente. Por lo tanto, las ganancias obtenidas por una sociedad no-residente con un establecimiento permanente en México son gravadas de la misma manera que lo indicado más arriba. Como regla general, se considera que existe un establecimiento permanente en México si la sociedad no-residente mantiene un lugar utilizado para llevar a cabo actividades empresariales, o si el no-residente lleva a cabo sus actividades en México a través de un “agente dependiente”. Sin embargo, otros hechos también pueden crear un establecimiento permanente de conformidad con la LISR y los tratados fiscales internacionales.

⁶⁹ Secciones 1185 y 1196 del Código Civil de California; Artículos 80 y 81 de la Ley del Notariado del Distrito Federal.

⁷⁰ Una compañía residente es la que ha establecido en México la administración principal de su negocio en México.



Por otra parte, el ingreso obtenido por no-residentes sin un establecimiento permanente está sujeto a retención en México si dicho ingreso tiene “fuente de riqueza” en México. Como regla general, los ingresos por transmisión de bienes inmuebles ubicados en México tiene fuente de riqueza en dicho país y es sujeto a una tasa de retención del 20 por ciento sobre el ingreso bruto. Sin embargo, el no-residente, bajo ciertas circunstancias, puede optar por aplicar por una tasa del 28 por ciento sobre el ingreso neto.

2. Impuesto al Activo

El Impuesto al Activo (“IMPAC” o “IA”) grava los activos, incluyendo los bienes inmuebles, propiedad de residentes o no-residentes con establecimiento permanente, si dichos activos son utilizados en actividades empresariales realizadas en México. El IMPAC es actualmente gravado a una tasa del 1.25% sobre el valor de los activos. El IMPAC tiene un efecto similar al “*Alternative Minimum Tax*” (o impuesto mínimo alternativo) implementado en los Estados Unidos, cuyo propósito es asegurar el pago del impuesto sobre la renta. Así, bajo el sistema del IMPAC, el impuesto sobre la renta puede acreditarse en contra del IMPAC anual y, por lo tanto, si el impuesto sobre la renta debido es mayor que el IMPAC, el contribuyente no tendrá IMPAC a su cargo.

Es importante resaltar, que el IMPAC no es un impuesto que puede ser acreditado en los E.U.A. (por el propietario de los E.U.A.) para efectos de calcular el crédito fiscal del extranjero (*foreign tax credit*) de los E.U.A.⁷¹

3. Impuesto al Valor Agregado

Adicionalmente, el comprador puede pagar un 15 por ciento por concepto de impuesto al valor agregado, conocido generalmente como IVA, al gobierno federal.⁷² La tasa del IVA es generalmente del 10 por ciento en la región fronteriza; sin embargo, esta tasa del 10 por ciento no aplica a bienes inmuebles. La tasa del 10 por ciento es únicamente aplicable cuando existen mejoras hechas al inmueble para fines no-residenciales, y es calculado pagando el 15 por ciento sobre el valor de las mejoras no-residenciales efectuadas al inmueble durante el tiempo en que el vendedor tenía el bien.⁷³ Como regla general, el valor del inmueble y las mejoras es acordado entre las partes, para efectos de pagar el IVA. El valor de las mejoras puede ser calculado usando la regla conocida como “80-20”, que asume que el 80 por ciento del valor representa la construcción y el 20 por ciento representa el valor del inmueble. Existen varios métodos para calcular el valor de las construcciones para efectos de determinar el IVA. En el caso de venta de suelo, el IVA no es pagado.⁷⁴ El vendedor debe pagar el IVA al Notario quien tiene 15 días hábiles a partir de la firma de las escrituras para pagar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.⁷⁵

⁷¹ Sección 901(b) del Internal Revenue Code (“I.R.C.”)

⁷² Artículo 1 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado

⁷³ Artículo 9(II) de la Ley del Impuesto al Valor Agregado

⁷⁴ Artículo 9(I) de la Ley del Impuesto al Valor Agregado

⁷⁵ Artículo 33 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado



4. Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles (ISAI)

Además, el comprador paga el Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles (o ISAI) ante la Tesorería municipal. El comprador paga el ISAI al Notario quien debe enterarlo a la Tesorería. El impuesto total oscila generalmente entre el 2 y el 4 por ciento del valor que sea mayor entre (1) el valor catastral del inmueble o (2) el precio de la operación (que generalmente es el mayor). El ISAI debe pagarse generalmente dentro de los 30 días posteriores a la firma de las escrituras ante el Notario Público.

5. Impuesto Predial

El Impuesto Predial es un impuesto local (cobrado por el Municipio) que grava a los propietarios y poseedores de bienes inmuebles. La base del impuesto es el valor catastral del bien; sin embargo, en ocasiones la base se determina por el valor del avalúo de la propiedad. La tasa aplicable puede variar dependiendo del lugar.

6. Derechos Registrales o de Inscripción

Finalmente, el Notario debe obtener el registro de la venta del Registro Público. Para obtener este registro, el Notario debe tener (1) el certificado de libertad de gravamen, (2) el avalúo, (3) las escrituras firmadas, (4) prueba del pago del impuesto sobre la renta, (5) prueba del pago del impuesto sobre adquisición de inmuebles, y (6) prueba del pago del IVA.⁷⁶

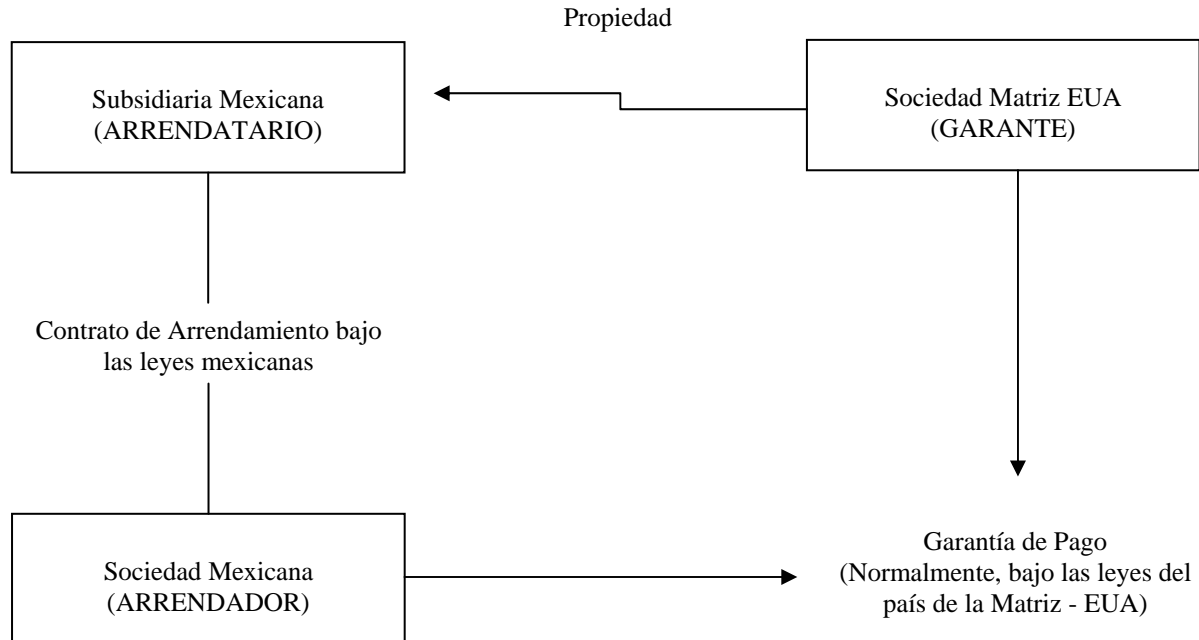
Por favor, referirse al apéndice anexo, *Implicaciones Fiscales en los E.U.A. de Inversión Extranjera en Inmuebles de los E.U.A.*, para un análisis comparativo acerca de cómo los E.U.A. gravan el ingreso de inversionistas extranjeros por inmuebles de los E.U.A.

E. El Papel de las Garantías en el Financiamiento de Operaciones Inmobiliarias en México y en los E.U.A.

En años recientes, se han incrementado notablemente las operaciones transfronterizas entre México y los E.U.A., especialmente en el sector manufacturero y de ensamble. La mayoría de las sociedades de los E.U.A. (matrices) típicamente establecen una subsidiaria en México para realizar las operaciones comerciales en México. Esta subsidiaria firma un Contrato de Arrendamiento con un arrendador mexicano. La subsidiaria mexicana normalmente no tiene activos importantes. Por lo tanto, quien garantiza el desempeño de la subsidiaria puede ser tan importante como el Contrato de Arrendamiento en sí mismo, ya que el Arrendador generalmente quiere asegurarse de que un tercero garantizará las obligaciones que adquiera a través del Contrato de Arrendamiento la sociedad mexicana recién formada.

La empresa matriz generalmente celebra una Garantía de Arrendamiento con el Arrendador mexicano, bajo la forma de Garantía de Pago. Este tipo de garantías es generalmente una obligación directa, dependiendo de sus términos. Una obligación directa es preferida por el Arrendatario mexicano, como beneficiario de la garantía, porque puede demandar

⁷⁶ Artículo 79 de la Ley del Notariado del Distrito Federal

ESQUEMA TRADICIONAL DE OPERACION
 TRANSFRONTERIZA (MEX/EUA) DE
 ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES


indistintamente al responsable principal (Arrendatario mexicano) o al garante, sin tener que agotar los medios de ejecución en contra del obligado principal.

En el escenario de un Contrato de Arrendamiento Transfronterizo, la Garantía de Pago usualmente tiene los siguientes elementos clave:

- (a) El Garante tiene las mismas obligaciones en la Garantía que la empresa subsidiaria tiene en el Contrato de Arrendamiento.
- (b) El Garante garantizará las obligaciones del Arrendatario hacia el Arrendador si, de acuerdo con el Contrato de Garantía, el Arrendador tiene el derecho de demandar el pago o cumplimiento en contra del Garante por las obligaciones del Arrendatario hacia el Arrendador.
- (c) El Garante garantiza “de acuerdo con el contrato”, que es el Contrato de Garantía. Las partes pueden establecer todo lo que convengan y que esté permitido por la ley, por lo que los términos de la responsabilidad del Garante dependerán de la relación comercial y de negocios entre las partes y en los términos y condiciones acordadas por ellos.

Sin embargo, la garantía es generalmente mayor que el contrato, ya que incluye tres relaciones separadas. Primero, el Arrendatario tiene una obligación subyacente con el



Arrendador de cumplir con las obligaciones adquiridas en el Contrato de Arrendamiento. Segundo, el Garante tiene una obligación secundaria, establecida en la Garantía, de pagar al Arrendador en caso de incumplimiento por el Arrendatario. Tercero y por último, el Arrendatario generalmente tendrá, entre otras obligaciones, la de rembolsar al Garante en caso de que le sea requerido el pago o incurra en costes económicos en favor del Arrendador de acuerdo con la Garantía.

En todas estas relaciones, existen obligaciones recíprocas entre las partes, y una parte puede tener defensas basadas en el cumplimiento o incumplimiento de alguna de las otras partes involucradas. Por ejemplo, el Garante puede ser parcial o totalmente liberado de sus obligaciones bajo el contrato de Garantía en caso de que el Arrendador libere al Arrendatario del Contrato de Arrendamiento.

2. Formas Tradicionales de Garantías en México

(a) Fianza

En México, tradicionalmente el cumplimiento por parte del Arrendatario del Contrato de Arrendamiento está garantizado por un contrato de fianza o por establecer a un tercero como obligado solidario mediante la inclusión de una cláusula en el Contrato de Arrendamiento.

La fianza es un contrato en el cual una persona se compromete a pagar al acreedor en caso de incumplimiento de pago por parte del deudor.⁷⁷ En el caso de operaciones como los Contratos de Arrendamiento, el Arrendatario debe celebrar un contrato de fianza con instituciones financieras especializadas en proporcionar fianzas comerciales, esto es, con una Institución Afianzadora. La desventaja de este tipo de garantía es que el contrato de fianza no crea una obligación directa, por lo que el Arrendador tendrá que exigir primero el pago al Arrendatario, y solamente en caso de incumplimiento, el Arrendador podrá exigir el pago a la institución financiera.

(b) Obligado Solidario

El obligado solidario es un tercero que se obliga a pagarle al Arrendador en caso de incumplimiento por parte del Arrendatario.⁷⁸ De conformidad con la legislación mexicana, las partes deben nombrar expresamente al obligado solidario mediante la inclusión de una cláusula en el Contrato de Arrendamiento, en la que se establezca su nombre y los términos y condiciones del pago al Arrendador en caso de incumplimiento del Arrendatario.⁷⁹ El Arrendador debe negociar cuidadosamente los términos de esta cláusula para establecer una obligación directa a su favor, que le permita exigir el cumplimiento directo del obligado solidario sin tener que exigirlo primeramente al Arrendatario. Con el propósito de que dicha cláusula establezca una

⁷⁷ Art. 2794 del Código Civil Federal

⁷⁸ Art. 1987 del Código Civil Federal

⁷⁹ Art. 1988 del Código Civil Federal



obligación directa en favor del Arrendador, el obligado solidario debe renunciar expresamente a los beneficios de orden y excusión.

De conformidad con la legislación mexicana, el Garante tiene dos derechos o beneficios conocidos como beneficios de orden y excusión. Esto significa que el Garante no puede ser obligado a pagar al acreedor si el acreedor no ha exigido previamente al deudor principal y se haga la excusión de sus bienes.⁸⁰

“Excusión” es una acción legal en contra de los bienes del deudor principal, antes de exigir el pago al Garante, mediante la aplicación del valor de los bienes del deudor al pago de la obligación, que reducirá la obligación garantizada.⁸¹

Los Tribunales Colegiados de Circuito han resuelto que un demandante, antes de exigir al fiador o demandarlo, debe previamente demandar y concluir un juicio civil en contra del deudor principal. Solamente una vez agotado dicho procedimiento, en caso de que exista monto alguno por cobrar, el acreedor puede exigir el cumplimiento del fiador.⁸²

La excusión no es necesaria en caso de que el fiador haya renunciado expresamente a este derecho o beneficio.⁸³ La Suprema Corte de Justicia de la Nación (de México) ha resuelto que si el fiador renuncia expresamente a los beneficios de orden y excusión, el acreedor puede exigir el pago ya sea en contra del deudor principal o del fiador, sin tener que exigir el pago primero al deudor principal.⁸⁴

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, también ha resuelto que en caso de un contrato de arrendamiento, si el fiador renunció a los beneficios otorgados por los artículos 2814, 2845, 2848 y 2849 del Código Civil Federal, no puede invocar dichos beneficios en su favor.⁸⁵

Adicionalmente, en cuanto al tema de la jurisdicción de los tribunales, en caso de que las obligaciones del fiador sean reguladas por una cláusula específica del contrato de arrendamiento, entonces las obligaciones del fiador derivan del contrato de arrendamiento. Las disposiciones del contrato de arrendamiento determinarán la jurisdicción correspondiente, de conformidad con la legislación mexicana. El tribunal, que tenga jurisdicción sobre el contrato de arrendamiento, tendrá jurisdicción sobre los asuntos relativos a la garantía (como un contrato “accesorio”) del

⁸⁰ Art. 2814 del Código Civil Federal

⁸¹ Art. 2815 del Código Civil Federal

⁸² Ver Tesis: “*ORDEN BENEFICIO DE CUANDO NACE EL DERECHO DEL ACREEDOR PARA DEMANDAR AL FIADOR EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO*”, Octava Época, Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil y de Trabajo del Segundo Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Parte XIV-Septiembre, II.1o.C.T.198C, Página 377.

⁸³ Art. 2816(I) del Código Civil Federal

⁸⁴ Ver Tesis: “*FIADOR, EFECTOS DE LA RENUNCIA POR EL A LOS BENEFICIOS DE ORDEN Y EXCUSION*”, Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Parte LXX, Página 505.

⁸⁵ Ver Tesis: “*FIADOR EN EL ARRENDAMIENTO, RENUNCIA DE BENEFICIOS LEGALES POR EL*”, Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Parte LXXXII, Página 82



arrendamiento (como el contrato “principal”). Los Tribunales Colegiados de Circuito en un asunto en la Ciudad de México sostuvieron este punto de vista.⁸⁶

Asimismo, en un caso en Nuevo León, México, el Tribunal Federal resolvió que a pesar de que el fiador no se encuentre físicamente presente dentro de la jurisdicción del tribunal, está sujeto a la jurisdicción del lugar donde la obligación debe ser cumplida.⁸⁷

3. Puntos a Considerar en la Garantía de Pago (Atendiendo a la Ley de los E.U.A./California)

- (a) La Garantía de Pago es una obligación secundaria, no principal, y puede solamente existir cuando exista una responsabilidad principal por parte del tercero, ya sea expresa o implícita.⁸⁸
- (b) Tres partes involucradas en la Garantía de Pago. La persona obligada por el acuerdo subyacente, la persona ante quien la obligación es asumida y la persona garantizando el cumplimiento de la obligación del contrato subyacente.
- (c) La Garantía de Pago debe referirse al Contrato de Arrendamiento celebrado entre el Arrendador y el Arrendatario.
- (d) El Fiador es responsable solamente en la medida especificada por los términos de la Garantía de Pago, y su obligación no puede ser más gravosa que el principal. En caso de que los términos de la garantía excedan la obligación del Arrendatario, la obligación se reducirá en la medida de la obligación del Arrendatario.⁸⁹
- (e) El Fiador es responsable frente al Arrendador inmediatamente en caso de incumplimiento del Arrendatario, sin necesidad de aviso o comunicación,⁹⁰ y la obligación del Fiador se considera incondicional a menos que de los términos de la obligación se establezca una condición a la responsabilidad del Fiador.⁹¹

⁸⁶ Ver Tesis: “ARRENDAMIENTO INMOBILIARIO, COMPETENCIA DE LOS JUECES DEL, CUANDO SE DEMANDA AL FIADOR”, Octava época, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Parte IX-Abril, Página 428.

⁸⁷ Ver Tesis: “FIADOR, SUSTITUCION DEL CAMBIO DE JURISDICCION NO CONSTITUYE BASE LEGAL PARA LA LEGISLACION DEL ESTADO DE NUEVO LEON”, Octava Epoca, Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Parte XIII-Enero, Página 241.

⁸⁸ *Powers Regulator Co. v. Seaboard Surety Co.*, 204 Cal. App. 2d 338, 347, 22 Cal. Rptr. 373 (1962).

⁸⁹ Sección 2809 del Código Civil de California

⁹⁰ Sección 2807 del Código Civil de California 2807

⁹¹ Sección 2806 del Código Civil de California



- (f) En algunos casos, la garantía estará limitada en tiempo o por una cantidad determinada. Estos límites dependerán de los objetivos y operaciones comerciales de las partes involucradas.

4. Elección de Jurisdicción

En operaciones de arrendamiento que involucran la celebración de Contratos de Arrendamiento y Garantías de Pago, entre una sociedad matriz de los E.U.A., su subsidiaria mexicana y una sociedad mexicana, es muy común que cada contrato se sujete a una jurisdicción diferente. De conformidad con la legislación mexicana, la creación, regulación y extinción de derechos sobre bienes inmuebles, incluyendo contratos de arrendamiento y que otorguen el uso temporal de este tipo de propiedad es generalmente regida por la ley de la entidad federativa en que se encuentre, a pesar de que los propietarios sean extranjeros.⁹² Sin embargo, las partes pueden convenir en designar una legislación aplicable diferente.⁹³

Es poco común que las partes elijan una jurisdicción extranjera en relación con el Contrato de Arrendamiento, ya que el Arrendador y el Arrendatario son entidades mexicanas, el Contrato se ejecuta bajo las leyes del estado mexicano en el que el inmueble se encuentre. Por lo tanto, las partes generalmente convienen que cualquier conflicto derivado del Contrato será resuelto en los tribunales mexicanos. Como puede un juez de los E.U.A. y un tribunal aplicar efectivamente la legislación mexicana respecto a una operación con bienes inmuebles ubicados en México?

La Garantía de Pago presenta un escenario diferente del descrito anteriormente, ya que el Garante generalmente es una sociedad extranjera. Puede ser recomendable que la Garantía sea regulada por las leyes del País y el Estado de origen del Garante, y que la jurisdicción aplicable no sea en México, sino en el País y Estado de origen de la empresa. Esto es especialmente recomendable, dado la naturaleza de las obligaciones adquiridas por el Garante y las consecuencias en caso de incumplimiento del Arrendatario.

Como puede apreciarse, la naturaleza transfronteriza de las garantías internacionales presenta varias cuestiones interesantes y, en ocasiones, complicadas. Algunas de las cuestiones que se presentan nunca llegan a ser resueltas satisfactoriamente, debido al conflicto de las leyes de los E.U.A., las mexicanas y las locales de los estados de cada uno de los países.

F. Propiedad Inmobiliaria como Garantía en México

1. Hipoteca

En México, se garantiza a los acreedores con bienes inmuebles mediante los contratos de hipoteca celebrados con los deudores. Al celebrar este tipo de contratos, el acreedor adquiere el derecho de obtener el precio de venta del inmueble en caso de incumplimiento del deudor.⁹⁴ A

⁹² Sección 13(III) del Código Civil de California

⁹³ Sección 13(V) del Código Civil de California

⁹⁴ Art. 2893 del Código Civil Federal



pesar de que la legislación mexicana no establece límite respecto al tipo de bienes que pueden ser objeto del contrato de hipoteca (vgr. puede ser utilizado tanto para bienes muebles como para inmuebles), en la práctica las hipotecas casi nunca son utilizadas sobre bienes muebles, ya que el contrato de prenda es especialmente diseñado para propiedad mobiliaria.⁹⁵ De conformidad con la legislación y la doctrina mexicana, los términos hipoteca y prenda son utilizados para referirse al contrato, así como al poder o derecho sobre la propiedad.⁹⁶

Un contrato de hipoteca es considerado como un contrato “accesorio”.⁹⁷ La obligación subyacente es generalmente una obligación de pago, y el contrato principal es generalmente un préstamo comercial. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que a pesar de que la hipoteca no está regulada en la legislación comercial (son las leyes civiles las que regulan lo relativo a su creación, contenido y extinción), un contrato de hipoteca puede ser utilizado para garantizar contratos y préstamos comerciales.⁹⁸

Las partes que celebren un contrato de hipoteca deben registrarlo ante el Registro Público, ya que la operación se refiere a un bien inmueble.⁹⁹

2. Derechos Adquiridos por el Acreedor

A pesar de que un contrato de hipoteca otorga al acreedor el derecho sobre el inmueble en garantía, el acreedor no tiene un derecho inmediato de posesión sobre la propiedad por el incumplimiento de la obligación garantizada. En otras palabras, el acreedor solo tiene el derecho de demandar ante un tribunal la venta de la propiedad.¹⁰⁰ Una vez que el deudor incumpla con su obligación, el acreedor debe demandar ante un tribunal civil¹⁰¹ al poseedor de la propiedad.¹⁰² Solamente después de juicio contra el deudor¹⁰³ el acreedor puede tener la posesión jurídica de la

⁹⁵ Art. 2856 del Código Civil Federal

⁹⁶ El Código Civil Federal define a la hipoteca y a la prenda como derechos sobre la propiedad, y las demás disposiciones se refieren a ellos como contratos.

⁹⁷ El artículo 2927 del Código Civil Federal establece que una hipoteca existe (generalmente) mientras la obligación del deudor no se ha extinguido.

⁹⁸ Ver TESIS: “VIA EJECUTIVA MERCANTIL EN CASO DE OBLIGACIONES TIPICAMENTE MERCANTILES GARANTIZADAS CON HIPOTECA,” Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*; Página: 20, *Quinta Época*.

⁹⁹ Art. 3042 (I) del Código Civil Federal

¹⁰⁰ Arts. 12, 468 y 487 Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal

¹⁰¹ En México, los contratos de hipoteca son regulados por la legislación civil (en oposición de la legislación comercial), por lo que la autoridad competente para conocer de este tipo de juicio son los tribunales locales, a quien se le confiere jurisdicción sobre asuntos del orden civil.

¹⁰² Artículo 12 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal

¹⁰³ Conforme a la legislación mexicana, hay un juicio especial para asuntos hipotecarios. Las normas del procedimiento se establecen en los códigos locales de cada entidad federativa.



propiedad.¹⁰⁴ En consecuencia, el deudor, en este caso, solo es depositario del bien inmueble y sus frutos (que pueden derivar del trabajo, frutos agrícolas, mercancías o ingresos periódicos o rentas).¹⁰⁵

A pesar de que la legislación mexicana proporciona un procedimiento sumario, generalmente este procedimiento no concluye rápidamente, debido a que el deudor puede acudir a varias instancias en contra del acreedor, prolongando de esta manera el juicio.

De conformidad con la legislación mexicana, el acreedor tiene también un derecho preferente de pago, por la venta judicial de la propiedad.¹⁰⁶ Si hay varios acreedores sobre el mismo deudor y propiedad, el acreedor que tenga la hipoteca mas antigua será preferido para recibir el pago.¹⁰⁷ El orden de preferencia no es el mismo al de los E.U.A., ni al de California.

Sin embargo, el tribunal debe hacer otros pagos a terceros antes de pagar el crédito garantizado, tales como el pago de gastos y costas del juicio y administración y mantenimiento de la propiedad hipotecada.¹⁰⁸

G. Reformas a la Legislación de Operaciones de Crédito

1. Garantía Sin Posesión

El 24 de mayo de 2000, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, el Código de Comercio y la Ley de Instituciones de Crédito, fueron reformadas para modernizar las operaciones de garantía en México. Nuestra firma lo consultó con un Diputado mexicano que participó activamente en la elaboración de estos cambios. Como resultado, ahora es posible para el deudor permanecer en posesión de los bienes muebles otorgados en garantía, sin que sea necesario que se depositen ante el acreedor o un tercero depositario. El propósito de estas disposiciones es promover la garantía del cumplimiento de la obligación del deudor, permitiendo al deudor seguir en posesión de la propiedad otorgada en garantía, para el uso en sus operaciones o negocio.¹⁰⁹ México no tenía leyes sobre financiamiento garantizado (comparable con el Código Uniforme de Comercio de los E.U.A.) antes de estas reformas.

Una garantía sin posesión puede ser utilizada solamente respecto a bienes muebles.¹¹⁰ Estas reformas establecen que cualquier obligación, sin importar la actividad o negocio realizado

¹⁰⁴ El término “posesión jurídica” es usado para distinguir a la posesión física de la propiedad y el derecho de posesión establecido por ley o por una resolución de un tribunal.

¹⁰⁵ Arts. 481 y 482 del Código de Procedimientos Civiles del D.F.

¹⁰⁶ Art. 2981 del Código Civil Federal

¹⁰⁷ Art. 2982 del Código Civil Federal

¹⁰⁸ Arts. 2985 (I), (II) y 2986 del Código Civil Federal

¹⁰⁹ Este tipo de prenda es conocida como “Prenda sin transmisión de posesión”.

¹¹⁰ Art. 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC)



por el deudor, puede ser garantizada a través de una garantía sin posesión.¹¹¹ Antes de que estas reformas entraran en vigor, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito contemplaba dos tipos de créditos, conocidos como préstamos “de avío” y “refaccionario”. Tradicionalmente, el préstamo refaccionario es utilizado para nuevas empresas de producción, mientras que el préstamo de avío es utilizado generalmente para los procesos de producción.¹¹² A pesar de las reformas del 24 de mayo de 2000 no derogan los préstamos de avío y refaccionario, es posible que las garantías sin posesión los remplacen.

2. Fideicomiso en Garantía

Estas reformas también incluyeron nuevas disposiciones respecto a los fideicomisos en garantía. De conformidad con la legislación mexicana, el fiduciario debe ser una institución financiera, ya que solamente los bancos y las sociedades de valores (al contrario que las personas físicas que desempeñen esa actividad) pueden actuar como fiduciarios.¹¹³ El único límite respecto al objeto de un fideicomiso es que debe tener un objeto permitido por la ley.¹¹⁴ Con tan amplio margen, un fideicomiso puede ser utilizado para garantizar cualquier tipo de operación.

Bajo las disposiciones del fideicomiso de garantía, el fideicomitente (el deudor) transfiere al fiduciario (un banco, institución aseguradora, afianzadora, o un almacén general de depósito)¹¹⁵ su derecho sobre cierta propiedad, para garantizar el cumplimiento de una obligación y el derecho de preferencia en el pago en favor del beneficiario o fideicomisario (acreedor).¹¹⁶ Cualquier tipo de derechos, así como bienes muebles o inmuebles pueden ser sujeto de un fideicomiso en garantía.¹¹⁷ De manera similar a la garantía sin posesión, salvo pacto en contrario entre las partes, el deudor puede continuar en posesión de los bienes muebles, pudiendo utilizarlos e, inclusive, venderlos.¹¹⁸

En operaciones donde la propiedad otorgada en garantía consiste en bienes inmuebles, el fideicomiso en garantía debe ser otorgado en escritura pública ante un Notario Público,¹¹⁹ y registrado ante el Registro Público de la localidad del inmueble.¹²⁰

¹¹¹ Art. 352 LGTOC

¹¹² Art. 323 LGTOC

¹¹³ Art. 46(XV) de la Ley de Instituciones de Crédito; Art. 22, IV (d) de la Ley de Mercado de Valores. Las instituciones de valores pueden ser parte de un fideicomiso solamente si está directamente relacionado con sus servicios y operaciones financieras.

¹¹⁴ Art. 346 LGTOC

¹¹⁵ Art. 399 LGTOC

¹¹⁶ Art. 395 LGTOC

¹¹⁷ Art. 401 LGTOC

¹¹⁸ Art. 402 LGTOC

¹¹⁹ Art. 407 LGTOC



La diferencia más notable entre un fideicomiso en garantía y las formas tradicionales de garantía en México, es que a través de los fideicomisos en garantía es posible ejecutar la garantía sobre la propiedad extrajudicialmente. En términos generales, las partes deben obtener primero un avalúo de la propiedad¹²¹ y después la propiedad es entregada al fideicomisario o beneficiario (acreedor) ante un Notario Público, que debe elaborar una escritura así como un inventario de la propiedad.¹²² Entonces, el beneficiario puede vender la propiedad. En vez de necesitar una autorización judicial para la ejecución de la propiedad otorgada en garantía, la “autoridad” en este procedimiento extrajudicial es del Notario Público, quien tiene facultades especiales como las de requerir al fideicomitente la entrega de la propiedad.¹²³

Sin embargo, estas reformas también introdujeron un nuevo procedimiento sumario ante los tribunales comerciales, por lo que la participación de los tribunales sigue siendo una característica de las garantías en México. En caso de una controversia que exija el pago, la cantidad reclamada por el beneficiario o acreedor o la entrega de la propiedad otorgada en garantía, las partes no pueden ejecutar extrajudicialmente la propiedad.¹²⁴

H. Bienes Inmuebles como Garantía en los E.U.A.

1. Hipoteca (*mortgage*) y Contrato de Fideicomiso (*deeds of trust*)

De manera similar a los que sucede en la legislación mexicana, en los E.U.A. una hipoteca (*mortgage*) es un contrato a través del cual una propiedad en específico garantiza el cumplimiento de un acto sin cambiar la posesión.¹²⁵ El acreedor hipotecario no tiene el derecho de posesión sobre la propiedad. Adicionalmente, cada transferencia de los derechos sobre una propiedad, que no sea efectuada por un fideicomiso, con el propósito de servir como garantía de un acto, es una hipoteca.¹²⁶

En los E.U.A., una hipoteca (*mortgage*) que incluye la facultad de venta, tiene un efecto similar y funciona de manera similar que un contrato de fideicomiso.¹²⁷ En términos generales, tanto la hipoteca (*mortgage*) como el fideicomiso (*deeds of trust*) son usados por las partes en una operación inmobiliaria para proporcionar garantía del cumplimiento de una obligación.

¹²⁰ Art. 410 LGTOC

¹²¹ Art. 1414 bis LGTOC

¹²² Art. 1414 bis 3 LGTOC

¹²³ Art. 1414 bis 1 LGTOC

¹²⁴ Art. 1414 bis LGTOC

¹²⁵ Sección 2920(a) del Código Civil de California

¹²⁶ Sección 2924 del Código Civil de California

¹²⁷ Ver *Miller & Starr*, 4 California Real Estate, Nature and Requirements of Security Instruments §10:1, *et seq.* (Third Edition).



A través de un contrato de fideicomiso (*deeds of trust*), generalmente el fideicomitente transmite la propiedad al fiduciario, quien a cambio conserva el título como garantía del cumplimiento de la obligación del fideicomitente.¹²⁸ A pesar de que bajo un contrato de fideicomiso el título legal es otorgado al fiduciario, solamente es para efectos de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del fideicomitente, como un gravamen sobre la propiedad.¹²⁹ Por lo tanto, el fiduciario no adquiere los derechos de un propietario, ya que los derechos y facultades derivados de la propiedad, tales como los derechos de posesión, mantenimiento, otorgar servidumbres y transmitir la propiedad pertenecen al fideicomitente.¹³⁰

A pesar de que el término “fiduciario” es utilizado en los contratos de fideicomiso, el fiduciario de un contrato de fideicomiso no es “fiduciario” en el sentido de otros *trusts* de derecho común, sino que es un agente con facultades limitadas.¹³¹ No hay designación de fiduciario, sino un agente con el objeto de vender la propiedad en caso de incumplimiento del fideicomitente.¹³²

En cuanto a la forma y los términos de las hipotecas y contratos de fideicomiso, ambos deben ser por escrito.¹³³ Las hipotecas deben contener el nombre del deudor y del acreedor hipotecario, y el contrato de fideicomiso debe nombrar al fideicomitente, al fiduciario y al fideicomisario. Ambos deben incluir una descripción de la propiedad otorgada en garantía.¹³⁴ Una hipoteca y un contrato de fideicomiso deben ser registradas, aunque, de manera similar a lo que sucede en México, el registro de estos documentos no es necesario para la validez de los documentos entre las partes.¹³⁵ Sin embargo, como sucede en México, el registro es necesario para tener preferencia sobre gravámenes y compradores subsecuentes de la propiedad.

A pesar de que la hipoteca mexicana y la hipoteca de los E.U.A. (*mortgage*) y el contrato de fideicomiso (*deeds of trust*) comparten principios y objetivos comunes, en los E.U.A. el agente autorizado en la hipoteca y/o contrato de fideicomiso (*deeds of trust*) tiene la facultad de administrar y/o vender la propiedad, y las partes pueden autorizar al agente a celebrar cualquiera de esos documentos.¹³⁶

¹²⁸ *Id.*

¹²⁹ *Monterey S.P. Partnership v. W.L. Bangham, Inc.*, 261 Cal.Rptr. 587, 777 P.2d 623. (1989).

¹³⁰ *Davidow v. Corp. of America*, 16 Cal.App.2d 6, 10-12 (1936).

¹³¹ Sección 2297 del Código Civil de California

¹³² *Vournas v. Fidelity Nat. Ins. Co.*, 73 Cal.App.4th 668, 677 (1999).

¹³³ Sección 2922 del Código Civil de California

¹³⁴ *Id.*

¹³⁵ Secciones 1217, 2922 y 2952 del Código Civil de California

¹³⁶ *Pacific Finance Corp v. Hendley*, 119 Cal.App. 697, 702-705 (1932).



2. Facultad de Vender y Venta Judicial

Tal vez la diferencia más notable entre el derecho de México y los E.U.A. relacionada con las operaciones de garantía inmobiliaria, sea el proceso de venta del bien otorgado en garantía. Como se ha discutido con anterioridad, en México la propiedad inmobiliaria otorgada en garantía debe enajenarse a través de una venta judicial.¹³⁷ Por el contrario, en los E.U.A. el contrato de hipoteca (*mortgage*) o el contrato de fideicomiso (*deed of trust*) puede otorgar al acreedor hipotecario o al fiduciario la facultad de vender, como una alternativa a la venta judicial.¹³⁸ Esta facultad de venta es considerada como una facultad privada (a diferencia de una disposición legal), y por lo tanto, cada instrumento puede establecer diferentes procedimientos a seguirse.¹³⁹

En general, cuando el fideicomitente incumple con cualquier obligación del contrato de fideicomiso (*deed of trust*), el fideicomisario tiene el derecho de exigir por escrito al fiduciario que proceda con la venta de la propiedad otorgada en garantía, en base a la facultad de venta otorgada por el contrato.¹⁴⁰ A continuación, el fiduciario, acreedor hipotecario o beneficiario, prepara por escrito un aviso de incumplimiento, que debe ser entregado al fideicomitente o deudor hipotecario.¹⁴¹ El objeto de este aviso es informar al fideicomitente o deudor hipotecario el incumplimiento, para que pueda subsanarlo.¹⁴² El fiduciario debe registrar el aviso de incumplimiento, y después de tres meses de calendario de su registro, el fiduciario puede proceder a la venta de la propiedad.¹⁴³ Finalmente, la venta debe realizarse dentro del condado en donde el inmueble se localiza, y puede llevarse a cabo por el fiduciario, un funcionario de la empresa fiduciaria, el abogado del fiduciario o una persona contratada por el fiduciario para dirigir la subasta.¹⁴⁴ La venta debe realizarse a través de una subasta, y la propiedad debe ser vendida al mejor postor.¹⁴⁵

¹³⁷ Artículo 2981 del Código Civil Federal

¹³⁸ Sección 2932 del Código Civil de California

¹³⁹ See *Miller & Starr*, 4 California Real Estate, Nature and Requirements of Security Instruments §10:1, *et seq.* (Third Edition).

¹⁴⁰ *Id.* at §10:1, *et seq.*

¹⁴¹ Sección 2924 del Código Civil de California

¹⁴² Sección 2924 c, (a)(1) del Código Civil de California

¹⁴³ Sección 2924 del Código Civil de California

¹⁴⁴ Secciones 2924 g (a) y 2924 a del Código Civil de California

¹⁴⁵ Sección 2924 g (a) del Código Civil de California



II. CONCLUSION

Conforme los E.U.A. y México se vuelven más cercanos, tanto comercial como diplomáticamente, la cantidad y amplitud de las operaciones transfronterizas inmobiliarias y de arrendamiento comercial se incrementarán inevitablemente. Existen varios aspectos y consideraciones que cualquier extranjero debe considerar antes de celebrar una operación inmobiliaria (incluso si es solamente a través de una garantía). Por otra parte, el propietario de bienes inmuebles en México debe considerar y analizar las complejas implicaciones legales transfronterizas que cualquier operación inmobiliaria puede tener para una compañía de los E.U.A.

Por lo menos, las partes deben entender claramente los términos y condiciones que pueden convenir libremente mediante el contrato de arrendamiento, venta o garantía (además de las cláusulas aplicables por disposición de la ley). Una planeación legal cuidadosa puede ayudar a minimizar los riesgos legales de índole internacional (y costos) asociados con operaciones comerciales de bienes inmuebles en México.

Las partes deben trabajar siempre con un abogado mexicano antes de iniciar cualquier negociación, y deben revisar cuidadosamente los contratos, no solo el principal (como el de arrendamiento o préstamo) sino también los contratos accesorios, tales como los de garantía de pago. Un aspecto importante de nuestra práctica es proporcionar a nuestros clientes los elementos necesarios para manejar estos aspectos legales transfronterizos.



APÉNDICES

ANEXO I

III. IMPLICACIONES FISCALES EN LOS E.U.A. DE INVERSIONES EXTRANJERAS EN INMUEBLES DE LOS E.U.A.

Existen diversas razones por las que extranjeros (e.g., mexicanos o empresas mexicanas) pueden querer “adquirir” inmuebles en los E.U.A.

Primero, una persona física puede querer adquirir bienes inmuebles en los E.U.A. para fines personales y/o recreativos. Muchos extranjeros tienen casas en California y a lo largo de los E.U.A. (ya sea directamente como personas físicas o indirectamente a través de entidades domésticas o extranjeras).

Segundo, la propiedad¹⁴⁶ de inmuebles de los E.U.A. puede cumplir objetivos comerciales específicos de una compañía extranjera. Por ejemplo, una compañía mexicana que exporta mercancías a los E.U.A. puede querer desarrollar una red de distribución y/o almacenamiento en los E.U.A. También, una compañía puede querer abrir una oficina de ventas (u oficinas) en los E.U.A para ayudar a promocionar sus mercancías o servicios en los E.U.A u otras partes de Norte América.

Un inversionista extranjero debe planear cuidadosamente las consecuencias fiscales de inversiones inmobiliarias en los E.U.A., debido al complejo marco legal de las inversiones inmobiliarias extranjeras. Los inversionistas extranjeros deben considerar varios factores importantes antes de invertir, adquirir o vender inmuebles de los E.U.A. A continuación se presenta una lista de algunas de estas consideraciones:

- ¿Generará ingreso el inmueble?
- ¿El inversionista quiere solamente un interés de deuda en el inmueble, un interés neto, o una combinación de ambos?
- ¿El inmueble debe ser adquirido por una sociedad, *partnership*, *trust* o una persona física?
- ¿La entidad debe ser doméstica, extranjera o una combinación de ambas?
- ¿El inmueble debe ser adquirido mediante un apalancamiento significativo, a través de un financiamiento a mediano o largo plazo para obtener los beneficios fiscales del pago de intereses? En su caso, ¿el financiamiento debe provenir de una entidad de los E.U.A. o extranjera?

¹⁴⁶ Para efectos del presente trabajo, “propiedad” se referirá usualmente a la mayoría de los derechos sobre bienes inmuebles (e.g., derechos del arrendatario de bienes inmuebles, dominio directo, dominio por una compañía, etc.).



- Si una compañía extranjera adquiere un inmueble de los E.U.A, ¿debe hacer una elección para ser tratada como una empresa de los E.U.A. en relación con esa inversión inmobiliaria?
- ¿Qué declaraciones deben presentarse en los E.U.A y qué información debe ser proporcionada al IRS en relación con los inversionistas extranjeros? ¿Puede estructurarse la inversión de tal manera que se eviten algunos de estos requisitos?

Estas preguntas no pueden ser respondidas adecuadamente hasta que se examinen detenidamente los objetivos económicos y de negocios de cada inversionista extranjero. ¿Porqué invertir en bienes inmuebles en los E.U.A.? ¿Quiere el inversionista extranjero arrendar o comprar el inmueble? ¿Quiere el inversionista extranjero apreciación de capital o ingreso anual de la inversión inmobiliaria? ¿Necesita el inversionista extranjero “pérdidas fiscales” iniciales para compensar en contra de otros ingresos con fuente de riqueza en los E.U.A? ¿Por cuánto tiempo quiere el inversionista extranjero conservar el derecho sobre el bien inmueble?

Este repaso no puede responder todas las preguntas. Sin embargo, está diseñado para proporcionar un marco de los aspectos fiscales más significativos que deben ser considerados antes de que un extranjero (persona física o moral) invierta en bienes inmuebles en los E.U.A.

A. Impuestos Estatales y Locales Aplicables a Inversionistas Extranjeros que Inviertan en Bienes Inmuebles en los E.U.A.

Este artículo se enfoca en el impuesto federal sobre la renta en los E.U.A. aplicable a los extranjeros que invierten en bienes inmuebles en los E.U.A. Adicionalmente, los Estados (e.g., California, Arizona, Texas y Florida) comúnmente establecen impuestos sobre la renta, así como impuestos locales (e.g. el Condado y la Ciudad de San Diego) sobre la propiedad que deben ser considerados. Por ejemplo, la legislación fiscal de California establece que los compradores deben retener la tercera parte del precio de la venta de bienes inmuebles en California propiedad de personas no-residentes de California (incluyendo vendedores extranjeros de bienes inmuebles).¹⁴⁷ Asimismo, los agentes escrow (intermediarios) de California tienen el deber de informar a los compradoras de esta obligación de retención.¹⁴⁸ La retención de impuestos, como FIRPTA (ver mas abajo) no es un impuesto final, sino un simple mecanismo de recaudación utilizado en contra del impuesto sobre la renta definitivo. Las tasas fiscales aplicables en California para personas físicas y morales, hasta en un 9.4 por ciento. Ver la discusión de FIRPTA más abajo para un análisis comparativo del tratamiento para efectos del impuesto sobre la renta federal y la retención de impuestos.

Adicionalmente al impuesto sobre la renta estatal (y a los mecanismos de retención de impuestos aplicables), generalmente existen impuestos locales sobre las propiedades aplicables a las

¹⁴⁷ Sección 18662 del Código Fiscal y de Rentas de California (R&TC)

¹⁴⁸ *Id.*



transmisiones o ventas de bienes inmuebles. En California, por ejemplo, la Constitución de California y el código fiscal establecen que toda la propiedad en California que no se encuentre exenta de impuestos por la legislación federal o de California, es sujeta de impuestos “en proporción a su valor”.¹⁴⁹ La tasa máxima *ad valorem* aplicable en California es uno por ciento del “valor en efectivo total”.¹⁵⁰ Finalmente, los condados y ciudades de California también pueden aplicar un impuesto local sobre la transmisión de títulos de la propiedad transmitida.¹⁵¹

B. Reglas Especiales del Impuesto sobre la Renta Aplicables a Inversionistas Extranjeros que Invierten en Bienes Inmuebles de los E.U.A.

Existen varias reglas especiales aplicables a ciudadanos extranjeros, personas no-residentes¹⁵² y compañías extranjeras que adquieren bienes inmuebles en los E.U.A. El Congreso (de los E.U.A.) aprobó la mayoría de esta legislación alrededor de hace 20 años, conocida como la Ley Fiscal sobre Inversiones Extranjeras en Bienes Inmuebles (*Foreign Investment in Real Property Tax Act* o “FIRPTA”).

Generalmente, un ciudadano extranjero (e.g., un mexicano que reside en México o fuera de los E.U.A.) que no tenga (1) ingresos con fuente de riqueza en los E.U.A. o ingresos de los E.U.A. derivado de un “establecimiento permanente”¹⁵³, y (2) que no permanezca en los E.U.A.

¹⁴⁹ La Constitución de California, Art XIII, §1, establece en la parte relativa que:

- (a) Cualquier propiedad es gravable y deberá ser valorada en el mismo porcentaje que el valor de mercado ...
- (b) Cualquier propiedad valorada será gravada en proporción a su valor total.

La Sección 201 del R&TC establece: “Cualquier propiedad en este Estado, que no se encuentre exenta bajo las leyes de los Estados Unidos o de este Estado, está sujeta a tributación conforme a este código.

¹⁵⁰ Constitución de California Art XIII A, §1(a) y R&TC Secciones 93 y 95-100.

¹⁵¹ La cantidad del impuesto está basado en la compensación o valor del inmueble transmitido. La tasa del condado es cincuenta y cinco centavos (\$0.55) por cada quinientos dólares (\$500) del valor, y la tasa de ciudades “noncharter” es de la mitad de la tasa del condado y es acreditada en contra de la deuda al condado. R&TC § 11911(c). Las ciudades “charter” pueden establecer impuestos sobre transferencias a una tasa más alta que los condados. Constitución de California Art. XI, § 5.

¹⁵² Existen reglas especiales de “residencia” para personas físicas que aplican para efectos de impuesto sobre la renta. Puede ser que un residente de los EUA para efectos fiscales, no sea un residente de los EUA para efectos migratorios o legales. Cuando la palabra “residente” o “no-residente” o “inversionista extranjero” es utilizada en esta presentación, solamente se está refiriendo a la aplicación de las leyes fiscales de los EUA – y no a las leyes migratorias u otras. Las legislaciones fiscales de los EUA definen a un residente de los EUA en base al número de días que pasa en los EUA, la residencia legal permanente de la persona física (vgr., si tienen una “green card” o no), o en base a la elección hecha por el contribuyente.

¹⁵³ Las reglas fiscales relativas a fuente de riqueza y a ingreso efectivamente conectado a un “establecimiento permanente” (U.S. trade or business) son modificadas significativamente por los tratados fiscales celebrados entre los EUA y otros países. Por ejemplo, el tratado entre México/EUA establece que un residente en México generalmente tiene un “establecimiento permanente” en los EUA antes de que sea gravado en los EUA por sus actividades empresariales. El convenio entre México/EUA, sin embargo, no modifica significativamente la manera en que los mexicanos son gravados por sus ganancias de la venta de bienes inmuebles ubicados en los EUA (además



por el periodo de “183” días por año (“183” *days test per year*), no tiene que pagar impuestos al gobierno de los E.U.A. Por consecuencia, antes de la adopción de FIRPTA, un inversionista extranjero podía adquirir bienes inmuebles en los E.U.A. (e.g., lotes con potencial de desarrollo) por USD \$100,000 y venderla por USD \$300,000. Los E.U.A. generalmente no gravarían a la persona mexicana por la ganancia de USD \$200,000. Si un ciudadano de los E.U.A. obtuviera la misma ganancia de USD \$200,000, tendría que pagar impuesto sobre la renta sobre la ganancia. El Congreso (de los E.U.A.) aprobó FIRPTA considerando que los inversionistas extranjeros estaban recibiendo fiscalmente un trato más favorable en algunas de sus inversiones inmobiliarias que los residentes de los E.U.A.

FIRPTA creó un método fiscal completamente diferente, por el cual las personas no-residentes de los E.U.A. son gravadas sobre sus ganancias derivadas por la propiedad de bienes inmuebles en los E.U.A. FIRPTA también establece un mecanismo de retención obligatorio por el que parte del impuesto debe ser retenido por el comprador (o retenedor autorizado) inmediatamente en la venta o disposición del derecho sobre el inmueble de los E.U.A.

1. Impuestos Bajo FIRPTA

Un impuesto no puede establecerse al menos que exista una venta u otra disposición de un derecho sobre bienes inmuebles de los E.U.A. (*U.S. Real Property Interest* o “USRPI”). Cualquier derecho de propiedad en bienes inmuebles ubicados en los E.U.A. o en las Islas Vírgenes de los E.U.A. (así como ciertos derechos de propiedad en corporaciones,¹⁵⁴ asociaciones o *partnerships*¹⁵⁵ y sucesiones que sean propietarias de bienes inmuebles ubicados en los E.U.A. o en las Islas Vírgenes de los E.U.A.)¹⁵⁶ es considerado un USRPI. “Bien Inmueble” se define por las Regulaciones del IRS (y no por las leyes locales, como lo son las de California o Nueva York) y terrenos, plantas y minerales que no son explotados o extraídos del suelo, estructuras permanentes como mejoras o construcciones que están adheridos permanentemente¹⁵⁷ y ciertos bienes muebles que están asociados particularmente con bienes inmuebles.¹⁵⁸

de la aplicación del impuesto sobre ganancias de sucursales de los EUA). No todos los tratados celebrados por los EUA son iguales, por lo que cada inversionista extranjero debe determinar si existe o no un tratado fiscal aplicable entre su país y los EUA.

¹⁵⁴ Un USRPI también incluye cualquier derecho en una “sociedad tenedora de inmuebles en los EUA” (“U.S. real property holding corporation” o “USRPHC”). Una USRPHC es cualquier sociedad de los EUA que, si en cualquier momento durante los cinco años anteriores en los que una persona extranjera tuvo acciones de la sociedad, el valor de Mercado de sus USRPI fue de 50 por ciento o más de el valor agregado de los bienes de la empresa consistentes en: (i) USRPIs; (ii) los bienes inmuebles localizados fuera de los EUA, y (iii) sus demás bienes o activos empresariales.

¹⁵⁵ Si el 50 por ciento de los bienes de un *partnership* son bienes inmuebles ubicados en los EUA, o 90 por ciento o más de sus activos se componen de USRPIs, efectivo, o asimilables a efectivo, entonces un derecho en el *partnership* atribuible a sus USRPIs será sujeto a FIRPTA con ciertos límites.

¹⁵⁶ I.R.C. § 897(c).

¹⁵⁷ Treas. Reg. § 1.897-(b)(3).

¹⁵⁸ Treas. Reg. § 1.897-(b)(4).



A pesar de que la definición de “bienes muebles” para efectos de un USRPI es extensiva, un llamado “simple derecho de acreedor” no es considerado un USRPI. Un simple derecho de deuda en un bien inmueble en los E.U.A. como una hipoteca (que es un ejemplo de un derecho de deuda) no constituye un USRPI. Al contrario, el prestamista extranjero que adquiere una hipoteca en contra de un inmueble de los E.U.A. será sujeto a una retención por el ingreso recibido, salvo que dicho ingreso sea estructurado como una inversión.¹⁵⁹ Por lo tanto, las “inversiones” de deuda en bienes inmuebles comúnmente proporcionan un medio más deseable a través del cual un inversionista extranjero puede “invertir” en un bien inmueble de los E.U.A. evitando la aplicación de FIRPTA.

Debe planearse cuidadosamente el acuerdo exacto de la inversión. Si un inversionista extranjero fuera a adquirir simulado derecho de propiedad en acciones (al contrario de un simple derecho de acreedor u otro no-USRPI), entonces el IRS podría considerar que las ganancias obtenidas por el inversionista extranjero están sujetas al impuesto de FIRPTA. Por ejemplo, asumamos que MEXICOMPANY, S.A., presta al Sr. Martínez USD\$ 500,000 de conformidad con un pagaré para adquirir un terreno en San Diego, y MEXICOMPANY, S.A. adquiere una garantía en el bien inmueble (vgr., una hipoteca). Asumamos ahora, que los términos del pagaré obligan al Sr. Martínez a pagar a MEXICOMPANY, S.A. el 50 por ciento de apreciación del avalúo del bien inmueble. Este tipo de acuerdos de préstamos sería considerado como un detonador de “equity”, y por lo tanto MEXICOMPANY, S.A. tendría que pagar el impuesto de FIRPTA al momento de la venta o intercambio del pagaré.

2. Tasa del Impuesto por Transmisión de un USRPI

Si una persona física residente en México transmite un USPI, probablemente sería sujeto a la tasa máxima de ganancias de capital del 20 por ciento (asumiendo que la propiedad era un “capital asset” para el residente en México). Si el bien inmueble no era un “capital asset”, entonces la tasa podría variar entre el 12 y el 38.6¹⁶⁰ por ciento.¹⁶¹ Una “USRPHC” o una

¹⁵⁹ Un “qualifying portfolio interest” no está sujeto a retención en los EUA.

¹⁶⁰ Esta tasa del 38.6 por ciento aplica a los socios extranjeros no-corporativos. Los socios extranjeros “corporativos” están sujetos a una tasa del 35 por ciento. Asimismo, la ley “Economic Growth and Tax Relief Reconciliation Act of 2001” (“2001 Tax Act”) reduce el porcentaje de retención de 38.6 de conformidad con lo siguiente:

<i>Año</i>	<i>Marginal Tax Rates</i>	<i>Marginal Tax Rates</i>	<i>Marginal Tax Rates</i>	<i>Marginal Tax Rates</i>	<i>Marginal Tax Rates</i>	<i>Highest Marginal Tax Rates</i>
2000	N/A	15%	28%	31%	36%	39.6%
2001	Rebate	Unchanged	27.5%	30.5%	35.5%	39.1%
2002-2003	10%	Unchanged	27%	30%	35%	38.6%
2004-2005	10%	Unchanged	26%	29%	34%	37.6%
2006-2010	10%	Unchanged	25%	28%	33%	35%



sociedad extranjera que tiene un USRPI estará sujeta a tasas progresivas hasta la transmisión, que puede incluir las tasas corporativas máximas del 35 por ciento al alcanzar los USD \$10 millones de ingresos gravables.

Existen otras formas de negocios que deberían considerarse antes de adquirir bienes inmuebles en los E.U.A. Por ejemplo, existen otros beneficios que pueden obtenerse si una sociedad de responsabilidad limitada (*limited liability company*) adquiere bienes inmuebles, dependiendo del tipo de bienes inmuebles, los objetivos de los inversionistas y si existe un crédito fiscal extranjero disponible en el país de origen del inversionista.

Adicionalmente, un inversionista extranjero puede valerse de ciertas transmisiones libres de impuestos de USRPI para evitar o diferir el pago de cualquier impuesto FIRPTA de la siguiente manera, dependiendo de las circunstancias reales de cada inversión:

- Intercambio de bienes (*Like kind exchanges*)¹⁶²;
- Intercambios de acciones de la misma empresa¹⁶³;
- Liquidaciones de una subsidiaria en una sociedad matriz¹⁶⁴;
- Transmisiones a una empresa controlada¹⁶⁵;
- Intercambios de acciones en ciertas reestructuras, fusiones y escisiones;¹⁶⁶ y
- Ciertas distribuciones de propiedad por una asociación (*partnership*).¹⁶⁷

Desafortunadamente, la aplicación de las disposiciones libres de impuestos antes mencionadas están estrictamente limitadas a su expresa aplicación de USRPIs e inversionistas extranjeros, tal y como lo establecen las regulaciones de FIRPTA.¹⁶⁸

¹⁶¹ Adicionalmente, una persona física extranjera puede ser sujeta de llamado impuesto mínimo alternative (“alternative minimum tax” o “AMT”) al momento de disponer de USRPI.

¹⁶² I.R.C. § 1031.

¹⁶³ I.R.C. § 354.

¹⁶⁴ I.R.C. § 332.

¹⁶⁵ I.R.C. § 351.

¹⁶⁶ I.R.C. §§ 354 and 361.

¹⁶⁷ I.R.C. §§ 721 and 731.

¹⁶⁸ Treas. Reg. § 1.897-6T(a)(2).

3. Opción de una Sociedad Extranjera de ser tratada como una Sociedad Doméstica

Una sociedad extranjera calificada, puede elegir ser tratada como una sociedad doméstica respecto a cualquier disposición o venta de un USRPI. Sólo ciertas sociedades extranjeras (e.g., Sociedad Anónima de Capital Variable) son elegibles para hacer esta elección.¹⁶⁹ La sociedad extranjera debe obtener el consentimiento de sus accionistas para ejercer dicha opción. Esta opción puede proporcionar gran número de oportunidades de planeación fiscal (especialmente respecto a la aplicación del impuesto sobre sucesiones de los E.U.A.), dependiendo del uso y futura transmisión del inmueble de los E.U.A.

Un mexicano que invierte en bienes inmuebles en los E.U.A. debe ser cuidadoso respecto a la potencial aplicación del impuesto sobre sucesiones de los E.U.A. en relación con la propiedad de bienes inmuebles de los E.U.A., al momento de la muerte del propietario persona física. Un ciudadano mexicano que adquiere bienes inmuebles directamente como persona física, será sujeta al impuesto sobre sucesiones de los E.U.A. al momento de su muerte. La tasa actual aplicable oscila entre el 18 y el 50 por ciento.¹⁷⁰ Estas tasas máximas se redujeron modestamente del 55 por ciento empezando el 2002. La “sucesión gravable” de no-residentes que no están domiciliados en los E.U.A. incluye propiedad situada dentro de los Estados Unidos. Se considera como “propiedad situada en los E.U.A.”, entre otras cosas, bienes inmuebles en los E.U.A., bienes muebles ubicados físicamente en los E.U.A., ciertas obligaciones de deuda, y acciones en una sociedad (*corporation*) de los E.U.A.¹⁷¹

¹⁶⁹ La sociedad extranjera debe (1) ser una USRPHC, (2) tener un USRPI, y (3) poder solicitar un trato no-discriminatorio bajo cualquier tratado celebrado por los EUA. El tratado entre México/EUA clasifica a una sociedad mexicana (e.g., a Sociedad Anónima de Capital Variable o una Sociedad Anónima) como una entidad calificada para efectos de la opción.

¹⁷⁰ I.R.C. § 2001(c).

¹⁷¹ I.R.C. § 2104. La ley no solamente reduce la tasa más alta, sino que también modifica ligeramente las tasas de la siguiente manera:

Death in Year	Estate Tax Life Time Exemption Equivalent for Non-U.S. Citizens with Foreign Domicile	Estate Tax Exemption Equivalent For U.S. Citizens or U.S. Domicile	Highest estate and gift tax Rate
2002	US\$ 60,000	US\$ 1 million	50%
2003	US\$ 60,000	US\$ 1 million	49%
2004	US\$ 60,000	US\$ 1.5 million	48%
2005	US\$ 60,000	US\$ 1.5 million	47%
2006	US\$ 60,000	US\$ 2 million	46%
2007	US\$ 60,000	US\$ 2 million	45%
2008	US\$ 60,000	US\$ 2 million	45%
2009	US\$ 60,000	US\$ 3.5 million	45%
2010	Estate Tax – Repealed Gift Tax Rate	Estate Tax – Repealed Gift Tax Rate – Maximum Rate	N/A 35%



4. Obligaciones de Retención según FIRPTA

Al momento de la venta u otra transmisión de un USRPI por un extranjero, el adquirente (e.g., el comprador) generalmente debe retener el 10 por ciento del total de la cantidad obtenida¹⁷² por la venta y no sólo de la ganancia gravable. Asimismo, si hay una venta a plazos, la obligación de retención del 10 por ciento es establece sobre la cantidad total obtenida al momento de la venta (no solo sobre el periodo de los pagos).¹⁷³ Un *partnership*, sucesión o fideicomiso de los E.UA., que transmite un USRPI es generalmente sujeto a una retención de 38.6 por ciento en la medida en que dicha ganancia sea atribuible a un socio o beneficiario extranjero.¹⁷⁴

Esta tasa de 38.6 por ciento aplica a socios extranjeros no-corporativos. Socios extranjeros corporativos están sujetos a una tasa del 35 por ciento. Vea las tasas máximas referidas anteriormente de conformidad con el *2001 Tax Act* que va reduciendo la tasa de las personas físicas hasta el año de 2006.

2011	US\$ 60,000	US\$ 1 million	55% + 5% (surtax in higher estates)
------	-------------	----------------	-------------------------------------

¹⁷² “Obtenido” (*realized*) es un término técnico-fiscal, que generalmetne se refiere a toda la contraprestación pagada o recibida en una operación. Asumamos que un residente en México es propietario de un terreno en California con un valor de mrcado de \$2 millones. Asumamos, asimismo, que el inmueble tiene una hipoteca pendiente de \$1.75 millones. Si un comprador está dispuesto a pagar al propietario mexicano \$100,000 en efectivo, se oblige a pagar \$150,000 mediante un pagaré, y adquiere la obligación pendiente de la hipoteca de \$1.75 millones, la cantidad total “obtenida” es de \$2 millones (y no \$100,000, la cantidad recibida en efectivo). El residente mexicano que haya vendido el inmueble se vuelve \$2 millones más rico, porque recibió (1) \$100,000 en efectivo, (2) un pagaré por un valor de \$150,000, y (3) se liberá de una obligación pendiente de \$1.75 millones. Asumiendo que la base del residente mexicano sobre la propiedad era de \$1.8 millones, tendría una ganancia grabable bajo FIRPTA de \$200,000 (la cantidad obtenida de \$2 millones menos la base fiscal de \$1.8 millones).

¹⁷³ El comprador de un USRPI debe ser precavido en una venta a plazos en el que el 10 por ciento de retención exceda de la cantidad de pago inicial al momento del cierre de la operación. El comprador podría encontrarse en una posición de pagar una cantidad mayor al gobierno de la que reciba realmente el vendedor extranjero.

¹⁷⁴ Treas. Reg. § 1.1445-5(c)(1).



Las sociedades extranjeras deben retener el 35 por ciento de la ganancia acumulada en relación con cualquier distribución de USPI a sus accionistas.¹⁷⁵ Una sociedad extranjera calificada puede ejercer la opción bajo la Sección 897(i) para ser gravada como una USRPHC y no estar sujeta a retención alguna y, por el contrario, ser gravada como una sociedad doméstica.¹⁷⁶ Esto puede proporcionar un número especial de oportunidades de planeación, dependiendo en el tipo de propiedad inmobiliaria y su uso.

La mayoría de los Estados dentro de los Estados Unidos tienen también sus propios mecanismos de retención de impuestos al momento de la venta de bienes inmuebles localizados dentro de los límites de los Estados. Por ejemplo, California impone una tasa de retención de 3 1/3 por ciento sobre el precio bruto de la venta.¹⁷⁷

C. Disposiciones Especiales en los Tratados Fiscales (e.g., Tratado México/E.U.A.)

La mayoría de los tratados fiscales tienen disposiciones especiales relacionadas con la adquisición de “propiedad inmobiliaria” en los E.U.A. por un residente de el otro Estado contratante (y viceversa). Por ejemplo, el Tratado entre México/E.U.A. permite a los E.U.A. gravar a los residentes en México sobre el ingreso, utilidades y ganancias de bienes inmuebles en los E.U.A. (y viceversa). Usualmente, no existe una tasa máxima establecida en el tratado en relación con los impuestos de FIRPTA y los residentes comprendidos en el tratado serán sujetos de impuestos normalmente por las ganancias obtenidas por la enajenación de derechos sobre bienes inmuebles de los E.U.A. de conformida con FIRPTA, de las misma manera que las personas que no utilizan un tratado fiscal. Por lo tanto, los tratados fiscales generalmente tienen poco impacto respecto a la aplicación de FIRPTA, además de definir “bienes inmuebles” lo que normalmente no entra en conflicto con la definición de bienes inmuebles proporcionada por las reglas de FIRPTA.

¹⁷⁵ I.R.C. § 1445(e)(2).

¹⁷⁶ El Artículo 6 del convenio entre México/EUA define a los “bienes inmuebles” ampliamente y en referencia a las leyes del país en el que el bien inmueble está ubicado. Por lo tanto, las leyes de los EUA deben consultarse para determinar exactamente que constituye un bien inmueble conforme lo establece la regla Treas. Reg. 1.897-1(b). Como lo explicamos anteriormente, las regulaciones fiscales federales definen a los “bienes inmuebles” para efectos de FIRPTA y no las leyes locales, como la legislación estatal de California. Sin importar lo establecido en las leyes locales, “bienes inmuebles” es definido por el tratado fiscal para incluir la propiedad agrícola y silvícolas situadas en México o en los EUA, y los accesorios de los bienes inmuebles, incluyendo el equipo utilizado en la agricultura y silvicultura, y las concesiones de depósitos minerales y otros recursos naturales.

¹⁷⁷ California Revenue & Taxation Code §§ 18662, 18668 y 19183.



Sin embargo, para propietarios corporativos extranjeros, los tratados fiscales (así como la opción de trato no discriminatorio establecido en al Sección 897(i) explicado anteriormente) a veces impacta en el impuesto sobre sucursales de los E.U.A. (*Branco profit tax*) o en la aplicación de la retención federal por la enajenación de bienes inmuebles. Por ejemplo, el tratado fiscal entre México/E.U.A. limita la cantidad del impuesto sobre sucursales que puede imponerse por el gobierno de los E.U.A. en las ganancias derivadas de los E.U.A. por una sociedad mexicana (e.g., de sus empresas de inversión inmobiliaria en los E.U.A.) a un impuesto de 10 por ciento (y a veces hasta el 5 por ciento) sobre la “cantidad equivalente a un dividendo”. Esta tasa del tratado fiscal México/E.U.A. es significativamente menor que la tasa general del impuesto sobre sucursales igual al 30 por ciento de la cantidad equivalente a un dividendo de la sociedad extranjera por el ejercicio fiscal.

Por lo tanto, los tratados fiscales pueden proporcionar oportunidades únicas de planeación para extranjeros propietarios de bienes inmuebles, considerando que un tratado fiscal celebrado con los E.U.A. es aplicable.

En resumen, todos los inversionistas extranjeros que estén contemplando invertir en bienes inmuebles en los E.U.A. deben considerar y planear cuidadosamente la estructura legal utilizada para su inversión en los E.U.A., en razón a la legislación particular aplicable de los E.U.A. Si no se planea cuidadosamente, un inversionista extranjero puede inadvertidamente exponerse a un impuesto (sobre la renta, sobre sucesiones o donaciones) innecesario, especialmente a la luz del complicado régimen de tributación de los inmuebles bajo FIRPTA.

**ANEXO II****POLIZA CLTA ESTANDAR DE CALIFORNIA**



ANEXO III

POLIZA CLA ESTANDAR DE CALIFORNIA

POLIZA DE TITLE INSURANCE DEL PROPIETARIO



ANEXO IV

SOLICITUD DE TITLE INSURANCE EN INMUEBLES EN MEXICO

**ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LAS OPERACIONES COMERCIALES
INMOBILIARIAS DE MÉXICO Y LOS EUA
(CON COMENTARIOS ACERCA DE SUS EFECTOS FISCALES)**

INDICE

Página

I.	INTRODUCCIÓN	1
A.	Principios Generales y Restricciones a la Propiedad Inmobiliaria de la Constitución Mexicana	3
B.	Clasificación de los Bienes Inmuebles en México	5
1.	Escrituras Públicas	6
2.	Escrituras, <i>Title insurance</i> , Evicción y Registro.....	7
3.	Tipo de Escrituras Públicas.....	7
4.	“ <i>Title Insurance</i> ” y “ <i>Escrow</i> ”	8
C.	El Papel de los Notarios Públicos en las Operaciones Inmobiliarias en México	11
1.	Principales Diferencias con la Función de los Notarios Públicos en los E.U.A.	12
D.	Consideraciones Fiscales para Inversiones Inmobiliarias en México.....	13
1.	Impuesto sobre la Renta.....	13
2.	Impuesto al Activo.....	14
3.	Impuesto al Valor Agregado.....	14
4.	Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles (ISAI).....	15
5.	Impuesto Predial	15
6.	Derechos Registrales o de Inscripción.....	15
E.	El Papel de las Garantías en el Financiamiento de Operaciones Inmobiliarias en México y en los E.U.A.....	15
2.	Formas Tradicionales de Garantías en México.....	17
3.	Puntos a Considerar en la Garantía de Pago (Atendiendo a la Ley de los E.U.A./California)	19
4.	Elección de Jurisdicción	20
F.	Propiedad Inmobiliaria como Garantía en México.....	20
1.	Hipoteca	20
2.	Derechos Adquiridos por el Acreedor	21

INDICE
(continuación)

	<u>Página</u>
G. Reformas a la Legislación de Operaciones de Crédito	22
1. Garantía Sin Posesión	22
2. Fideicomiso en Garantía	23
H. Bienes Inmuebles como Garantía en los E.U.A.....	24
1. Hipoteca (<i>mortgage</i>) y Contrato de Fideicomiso (<i>deeds of trust</i>)	24
2. Facultad de Vender y Venta Judicial	26
II. CONCLUSION.....	27
III. IMPLICACIONES FISCALES EN LOS E.U.A. DE INVERSIONES EXTRANJERAS EN INMUEBLES DE LOS E.U.A.	28
A. Impuestos Estatales y Locales Aplicables a Inversionistas Extranjeros que Inviertan en Bienes Inmuebles en los E.U.A.	29
B. Reglas Especiales del Impuesto sobre la Renta Aplicables a Inversionistas Extranjeros que Invierten en Bienes Inmuebles de los E.U.A.....	30
1. Impuestos Bajo FIRPTA.....	31
2. Tasa del Impuesto por Transmisión de un USRPI.....	32
3. Opción de una Sociedad Extranjera de ser tratada como una Sociedad Doméstica	34
4. Obligaciones de Retención según FIRPTA	35
C. Disposiciones Especiales en los Tratados Fiscales (e.g., Tratado México/E.U.A.).....	36
POLIZA DE TITLE INSURANCE DEL PROPIETARIO	39
<u>ANEXO iv</u>	40
SOLICITUD DE Title Insurance EN INMUEBLES EN MEXICO.....	40