

CAMBIOS AL SISTEMA DE REPORTE FISCAL DE CUENTAS FINANCIERAS DE EXTRANJEROS EN LOS EUA; MITOS Y REALIDADES

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

INTRODUCCIÓN

En fechas recientes hemos recibida en la oficina constantes preguntas de clientes, colegas y profesionales del sector financiero sobre un posible cambia regulatorio mediante el cual las instituciones financieras de los Estados Unidos de América (“EUA”) estarían obligadas a reportar a la autoridad fiscal de este país (el *Internal Revenue Service* o “IRS” por sus siglas), el interés que paguen respecto de cuentas propiedad de extranjeros no residentes.

El presente artículo pretende explicar brevemente en que consiste dicho cambia potencial y como afectaría a extranjeros que mantienen cuentas con instituciones financieras en los EUA. Así mismo, trataremos de dar un panorama general del sistema de reporte de información fiscal que existe en los EUA para ingresos derivados de inversiones en el sistema financiero de los EUA por parte de extranjeros no residentes.

Este articulo no pretende ni debe de ser considerado como asesoría fiscal de ningún tipo. Es recomendable que cada persona que pueda tener un asunto en particular consulte con asesores debidamente calificados.

RÉGIMEN ACTUAL

La ley fiscal de los EUA prevé un sistema de retención de impuestos respecto de ciertos tipos de ingresos de fuente en los EUA que perciben los extranjeros no residentes. Dentro de los ingresos que generalmente se encuentran sujetos a este sistema de retención de impuestos se incluyen a los dividendos, intereses y ganancias de capital que regularmente son propios de inversiones pasivas o financieras.¹

En ciertos casos la ley fiscal de los EUA otorga un régimen de exención para algunos de estos tipos de ingresos percibidos por extranjeros no residentes, incluyendo las ganancias de capital que no derivan de inmuebles en los EUA y los intereses pagados por instrumentos de deuda de “portafolio.”²

En otros casos, la tasa de retención general que se ubica en un 30% se puede reducir por la aplicación de un Tratado fiscal vigente entre los EUA y el país de residencia del receptor de/ pago correspondiente. Este es el caso por ejemplo de dividendos pagadas por emisoras de los EUA a individuos que son residentes fiscales de Mexico donde es posible reducir la tasa de retención a un 10%.³

Este sistema de retención de impuestos de los EUA tiene como uno de sus elementos principales las obligaciones que se imponen a los Agentes Retenedores. términos generales un Agente Retenedor es la persona que recibe, tiene control y/o custodia de alguna cantidad sujeta a retención de impuestos de los EUA o que puede distribuir cantidades sujetas a retención.⁴ En el caso de inversiones que se mantienen a través de entidades financieras de los EUA, generalmente es la propia entidad financiera el Agente Retenedor; sin embargo, si las cuentas se operan a través de un “broker” o asesor financiero independiente, ya sea domestico extranjero, dicha persona o entidad puede ser también considerado un Agente Retenedor.⁵

¹ Ver Sección 1441 del “*Internal Revenue Code*” (IRC) para el caso de personas físicas extranjeras no residentes y la Sección 1442 para el caso de corporaciones extranjeras.

² Ver Secciones 1441, 1442, 871(h)(3) y 163(f)(2)(B) del IRC.

³ Ver Artículo 10.2. b) del Tratado Fiscal vigente entre los EUA y México.

⁴ Ver Sección 1473 (4) del IRC

⁵ Ver Treas. Reg. Sec. 1.1441-7(a).

Dentro de las obligaciones que la ley impone a un Agente Retenedor esta la de reportar al IRS los pagos que haga a extranjeros no residentes y que sean sujetos de retención.⁶ Esta obligación se cumple mediante las formas IRS 1042-S e IRS 1042.⁷ La primera se debe presentar por cada persona a la que se hagan pagos sujetos de retención aún y cuando no se realice retención en base a la aplicación de un Tratado fiscal, de alguna exención prevista en el Código o inclusive si se reembolsó el impuesto retenido al receptor del pago. La segunda es una forma consolidada por cada Agente Retenedor.

¿QUIEN ES EL DUEÑO DE LOS INGRESOS?

Una parte elemental del sistema de retenciones y sus obligaciones informativas es el poder determinar quien es el dueño (“*beneficial owner*”) de los pagos sujetos de retención y que electivamente se trata de un extranjero no residente. De manera general la ley fiscal de los EUA reconoce a cuatro posibles dueños de un pago sujeto de retención: una persona física, una corporación, una sucesión y a ciertos tipos de fideicomisos.⁸ La determinación de extranjero no residente o domestico de cada uno se determina en base a reglas particulares para cada caso.⁹

Cuando los pagos se realizan a entidades, figuras o fideicomisos que son fiscalmente ignoradas o transparentes, dicha entidad, figura o fideicomiso no se considera el dueño del pago sino la persona, corporación, sucesión o fideicomiso hacia el cual finalmente fluye fiscalmente el pago.¹⁰ La certificación de la identidad del dueño (“*beneficial owner*”), de su jurisdicción de residencia y de in aplicación de un Tratado fiscal se realizan mediante las forma W-8BEN.¹¹ En el caso de que el receptor del pago sea una entidad, fideicomiso o figura extranjera fiscalmente transparente y que actúa como intermediario entre el dueño (“*beneficial owner*”) y la fuente de pago, se debe de certificar dichas circunstancias mediante el formato W-81MY.¹²

Es importante mencionar que para el caso de entidades, figuras o fideicomisos, la transparencia fiscal o in ausencia de esta, debe determinarse desde la perspectiva fiscal de los EUA y no conforme al tratamiento fiscal que la entidad, figura o fideicomiso tenga en su país de formación o residencia. Para estos efectos es importante atender a las reglas de clasificación fiscal de los EUA conocidas como “check-the-box regulations.”¹³

Baja las reglas mencionadas, ciertos tipos de entidades extranjeras son consideradas como corporaciones (*per se*) para efectos fiscales de los EUA y en consecuencia no pueden elegir un tratamiento fiscal distinto; dichas entidades están incluidas en un listado.¹⁴ De manera general si una entidad no esta incluida en la lista de corporaciones (*per se*) es considerada como una “entidad elegible” de hacer una elección de tratamiento fiscal; sin embargo, en tanto no se realice dicha elección, su tratamiento inicial generalmente dependerá de un análisis respecto del grado de responsabilidad que sus socios o miembros tienen respecto de los negocios y actividades de la entidad. Este análisis es importante para poder determinar quien es el dueño (“*beneficial owner*”) de un pago determinado y como se reporta el mismo tanto en las forma W-88EN como en las faunas 1042-S y 1042.

Como un ejemplo de lo anterior, observamos en nuestra practica que con la finalidad de minimizar la exposición al impuesto sobre sucesiones de los EUA (estate tax) respecto de inversiones en acciones y otros valores de emisoras

⁶ Ver Sección 1441 y 1442 del IRC

⁷ Ver un ejemplar de estas formas en: <http://www.irs.gov/irapp/picklist/list/formsInstructions.html?value=1042&criteria=formNumber>

⁸ Ver Treas. Reg. Sec. 1.1441-1(c)(6).

⁹ Generalmente la residencia para fines del impuesto sobre la renta de un individuo se determina en base a los días de permanencia física en los EUA bajo la prueba que se conoce como de “presencia substancial”. En el caso de fideicomiso la determinación de doméstico o de extranjero se establece en base a las denominadas pruebas de “jurisdicción” y de “control”. En el caso de una corporación generalmente se considera su residencia en base a la jurisdicción donde se constituyó u organizó y en el caso de sucesiones en base a la residencia o ciudadanía del creador de la sucesión.

¹⁰ Ver Treas. Reg. Sec. 1.1441-1(b)(3)

¹¹ Ver un ejemplar de esta forma en: <http://www.irs.gov/irapp/picklist/list/formsInstructions.html?value=W88EN&criteria=formNumber>

¹² Ver un ejemplar de estas forma en: <http://www.irs.gov/irapp/picklist/list/formsInstructions.html?value=W81MY&criteria=formNumber>

¹³ Ver Treas. Reg. Sec. 301.7701-3

¹⁴ Ver Treas. Reg. Sec. 301.7701-2

de los EUA, algunos inversionistas extranjeros utilizan estructuras que incluyen a entidades extranjeras que son consideradas corporaciones (per se) o bien que son entidades elegibles y que han realizado una elección para ser consideradas como corporaciones. Estas entidades, en la mayoría de las veces son formadas o se consideran residentes de jurisdicciones que les otorgan un tratamiento fiscal benéfico (muchas veces a partir de un tratamiento de transparencia fiscal en dicha jurisdicción). En estos casos y para efectos de determinar quien es el dueño ("beneficial owner") de los pagos derivados de la inversión en las acciones y valores de emisoras de los EUA se debe de considerar a la entidad (i.e., in corporación) extranjera y no a las personas que a su vez sean dueñas de dicha entidad. En consecuencia In W-8BEN que se proporcione a la institución financiera de los EUA en que se mantenga in cuenta de inversión deberá certificar que el dueño ("beneficial owner") es in entidad y como jurisdicción de residencia In que le corresponda. A su vez, la entidad financiera de los EUA reportará mediante las formas 1042-S y 1042 los pagos correspondientes identificando a la entidad como su dueño ("beneficial owner").

En el caso de que el dueño ("beneficial owner") sea una persona física (directamente o a través de una entidad, figura o fideicomiso fiscalmente transparente) dicha persona será reportada como el dueño ("beneficial owner") y conforme a su país de residencia.

Existen pocas exenciones aplicables al régimen de reporte mediante las formas 1042-S y 1042 al que están obligados los Agentes Retenedores. Uno de estos limitados casos de excepción es hasta ahora el interés pagado sobre depósitos que se mantienen con una institución financiera de los EUA a dueños ("beneficial owners") que son individuos extranjeros no residentes. Esta exención es materia de las regulaciones propuestas que discutimos a continuación.

REGULACIONES PROPUESTAS

Como se desprende del apartado anterior, existe actualmente en los EUA un régimen de retención y reporte sobre pagos realizados por instituciones financieras de los EUA a extranjeros no residentes. Los cambios propuestos a los reglamentos al Código Fiscal de los EUA (Internal Revenue Code o IRC) que discutimos a continuación no modifican este régimen en lo general.

La propuesta de cambios a los Reglamentos del IRC (en específico la Sección 1.6049-8) fue publicada en la gaceta oficial de los EUA (Federal Register) el 7 de enero de 2011.¹⁵ El preámbulo de la propuesta señala que estos cambios fueron originalmente propuestos en enero de 2001, sin embargo en Agosto de 2002 se retire In propuesta y en su lugar se propusieron cambios mas limitados y que fueron los que finalmente se adoptaron y que están vigentes.

Bajo las regulaciones vigentes una institución financiera de los EUA (e.g., un banco) que hace pagos a una persona física extranjera no residente (que es el dueño ("beneficial owner") de dicho pago) solo estará obligada a reportarla a dicha persona y los pagos que le realice mediante las forma 1042-S y 1042 si dicha persona es de residencia canadiense.¹⁶ Esto sin perjuicio de que dichos pagos de interés no estén sujetos de retención. En el caso de que el dueño ("beneficial owner") del pago sea un individuo extranjero no residente y cuya residencia sea de cualquier otra jurisdicción distinta a Canadá, actualmente no existe la obligación de incluir dichos pagos en los reportes conforme a las formas 1042-S y 1042. En el caso de que el dueño ("beneficial owner") de dichos pagos de interés sea una corporación extranjera, cierto tipo de fideicomisos o una sucesión, si se tendrá que reportar el pago mediante las formas mencionadas.

La propuesta de cambio a los Reglamentos publicada este año amplía la obligación de reporte respectó de intereses pagados a individuos extranjeros no residentes de cualquier jurisdicción. La propuesta de volverse definitiva, aplicaría para los pagos que se realicen a partir del 1 de enero de 2012 y sobre montos anuales mayores a los \$10 dólares. Una cuenta que no produzca intereses o que produzca menos de \$10 Mares al alto, continuaría exenta de reporte.

CONCLUSIONES Y COMENTARIOS

Como se desprende de lo anterior, la propuesta de cambios a los Reglamentos del IRC que se publicaron en este ano amplia solo marginalmente las obligaciones de reporte de información (y que existen desde hace varios altos) que las instituciones financieras de los EUA ya tienen bajo el régimen actual respectó de cuentas de extranjeros no

¹⁵ Ver la propuesta en: www.irs.gov/pub/irs-reg/12610000.pdf 16 Ver Sección 6049 del IRC y las Treas. Reg. § 1.6049-8(a).

¹⁶ Ver Sección 6049 del IRC y las Treas. Reg. § 1.6049-8(a).

residentes. En particular, solo afectarán a los ingresos por intereses que perciben personas físicas extranjeras no residentes derivados de depósitos en instituciones financieras de los EUA, Los ingresos generados a partir de cuentas de inversión que mantienen los extranjeros no residentes continuarán sujetas al sistema de reporta vigente y que hemos explicado anteriormente de manera general.

Se ha especulado que el cambio propuesto deriva de una petición particular de las autoridades fiscales mexicanas; sin embargo, consideramos que esta propuesta debe de entenderse, como lo señala el propio documento, desde la perspectiva de la creciente cooperación, transparencia e intercambio de información fiscal internacional y de los propios esfuerzos de los EUA en este sentido (e.g., FATCA, nuevas regulaciones sobre Reportes de Cuentas Financieras en el Extranjero, etc.).

En el caso de México es importante tener en cuenta que estos cambios solo amplián marginalmente la información a que las autoridades mexicanas ya tienen acceso mediante los mecanismos de intercambio de información fiscal vigentes entre los EUA y México. Estos cambios no modifican dichos mecanismos de intercambio de información como también se ha especulado.

Si bien la propuesta esta sujeta a los comentarios del público (que de acuerdo a la propia propuesta son con el fin limitado de hacer sus términos más claros y mas fácil su aplicación), al resultado de una audiencia pública recientemente llevada a cabo y por supuesto a los esfuerzos de cabildeo de las distintas partes afectadas, consideramos que existe un alto grado de probabilidad que las mismas se vuelvan permanentes y obligatorias a partir del próximo año. Creemos que posiblemente veremos mas y frecuentes iniciativas en este mismo sentido a nivel global en la medida de que los distintos países requieren reforzar sus sistemas recaudatorios para elevar sus niveles de ingresos fiscales internos. Sin duda el avance tecnológico facilitará estos esfuerzos de fiscalización internacional.

Finalmente creemos que este esfuerzo es solo una parte de una política internacional que es congruente con la globalización de las economías y el avance en las tecnologías y que en la medida de que los distintos países requieren reforzar sus sistemas recaudatorios para elevar sus niveles de ingresos fiscales internos veremos más y frecuentes iniciativas en este mismo sentido a nivel global. Es importante no calificar estas iniciativas como un ataque a las inversiones internacionales sino como esfuerzos legítimos por hacer cumplir la ley de cada país.

Lic. Enrique Hernández-Pulido, Socio de la firma Procopio, Cory, Hargreaves & Savitch (Procopio) en San Diego, Ca. El Sr. Hernández es el coordinador del grupo de la práctica internacional de la firma. La práctica del Sr. Hernández incluye la representación de clientes de los E.U. y extranjeros en la planeación de impuestos internacionales y asuntos de derecho internacional relacionados, particularmente cuestiones y operaciones entre México y los Estados Unidos. Entre sus clientes cuenta con personas extranjeras, familias multinacionales, compañías, atletas internacionales, artistas y grupos de entretenimiento asesorándolos en el desarrollo de operaciones comerciales; inversiones a nivel mundial y estructuras de financiamiento, estrategias de planeación fiscal en base a tratados internacionales y planeación fiscal sobre ingresos mundiales, sucesiones y herencias. El Sr. Hernández puede ser contactado directamente al 6195153240 o al correo electrónico enrique.hernandez@procopio.com.