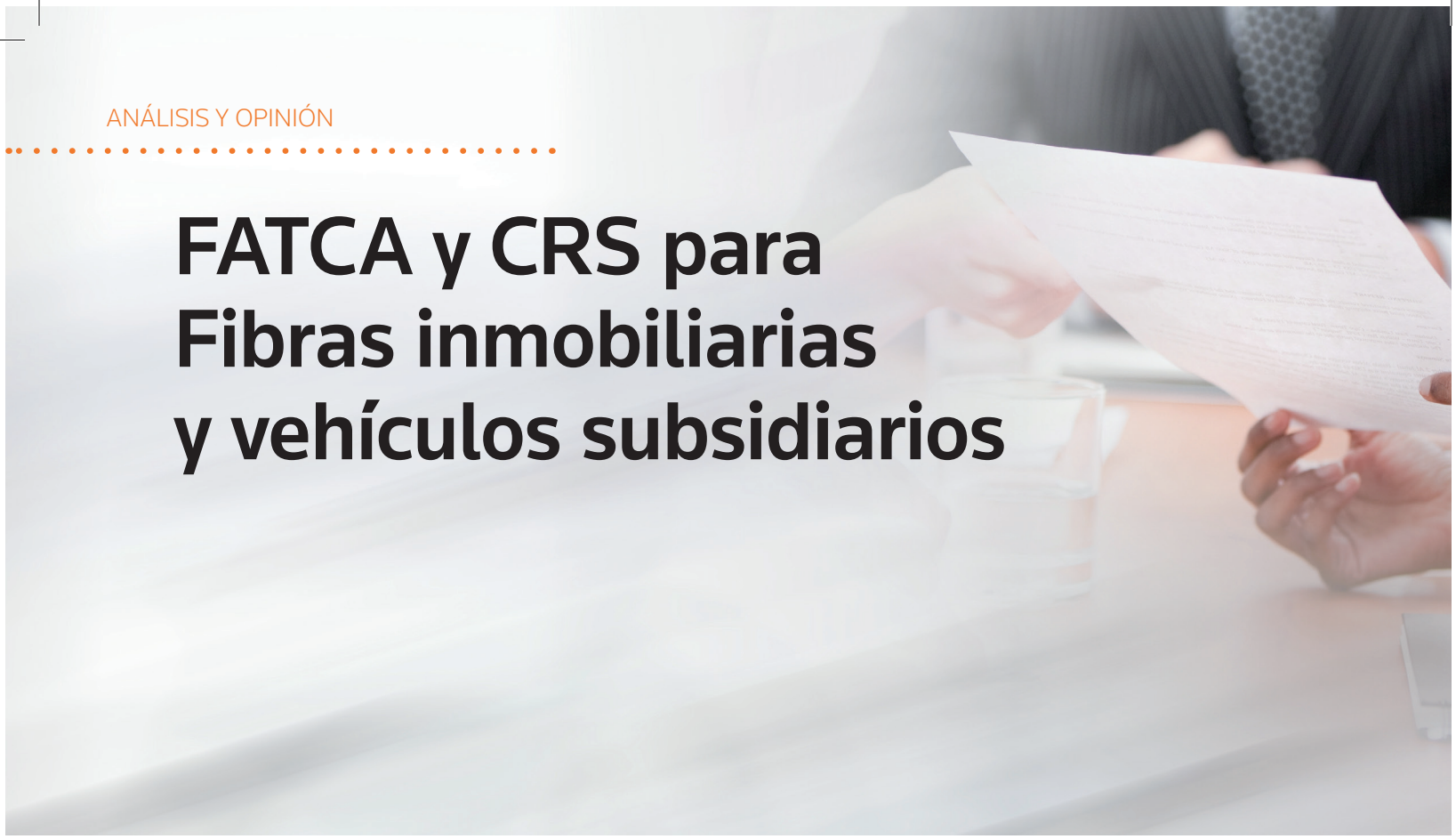


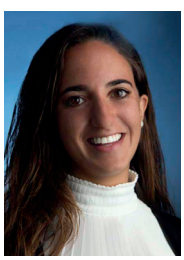
FATCA y CRS para Fibras inmobiliarias y vehículos subsidiarios

La *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) y el Estándar para el Intercambio Automático de Información sobre Cuentas Financieras en Materia Fiscal (CRS) son herramientas que buscan combatir la evasión fiscal a nivel internacional mediante la cooperación e intercambio de información entre jurisdicciones. Como regulaciones relativamente nuevas en el sistema fiscal mexicano, empiezan a surgir cuestiones y dudas respecto de éstas, particularmente sobre el tratamiento que en materia de FATCA y CRS deberían aplicar los fideicomisos de inversión en bienes raíces y sus vehículos subsidiarios

CREEL GARCÍA-CUÉLLAR AIZA Y ENRÍQUEZ



Mtro. Jorge Eduardo Correa Cervera, Socio de Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez



Lic. Norma Chayo Dichi, Asociada de Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez



INTRODUCCIÓN

"La era del secreto fiscal ya llegó a su fin" declararon los líderes del Grupo de los 20 (G20) a principios de 2009.[1] Con la implementación de la FATCA, primero, y el CRS, después, diversas jurisdicciones se comprometieron a trabajar de manera conjunta con la finalidad de establecer un mecanismo efectivo de intercambio de información, instaurando un régimen para que las instituciones financieras reporten, específicamente, información relacionada con ciertas cuentas financieras.

La FATCA y el CRS son acuerdos independientes que comparten objetivos y metodologías comunes. Esto es así, en gran medida, debido a que el CRS está inspirado en el planteamiento intergubernamental por el que se rige la FATCA. Pese a sus similitudes, esos acuerdos mantienen ciertas diferencias que radican principalmente en los fines específicos de la política pública que persiguen sus creadores, particularmente, el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América (EUA), tratándose de la FATCA, y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) tratándose del CRS.

Cabe mencionar que los acuerdos FATCA y CRS se incorporaron al sistema fiscal mexicano a través del artículo 32-B-Bis del Código Fiscal de la Federación (CFF) y los anexos 25 y 25-Bis, respectivamente, de la Resolución Miscelánea Fiscal (RM).[2]

La metodología tanto de la FATCA como del CRS consiste, principalmente, en que las "Instituciones Financieras Sujetas a Reportar"[3] revisen sus "Cuentas Financieras" a efecto de identificar "Cuentas Reportables"[4] mediante la aplicación de los procedimientos de debida diligencia previstos en los anexos 25 y 25-Bis, y, finalmente, reporten la información correspondiente.

En ese sentido, la clasificación bajo la cual cada entidad debe ser catalogada se vuelve una actividad medular para el cumplimiento de las normatividades referidas, pues las obligaciones que cada entidad debe de cumplir se determinarán en función de su clasificación.

PLANTEAMIENTO

Una vez expuestos los fines y la metodología de la FATCA y el CRS, lo siguiente será analizar de manera muy general cuál debería ser la clasificación de los Fideicomisos de inversión en bienes raíces (Fibras) que cumplan los requisitos a que se refiere el artículo 187 de la Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR) –es decir, Fibras inmobiliarias– para los efectos de esos acuerdos.

[1] *Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes. A Background Information Brief.* Enero 19, 2010. Revisado: 7 de marzo de 2019. Sitio *web* de la OCDE: http://www.oecd.org/newsroom/44431965.pdf

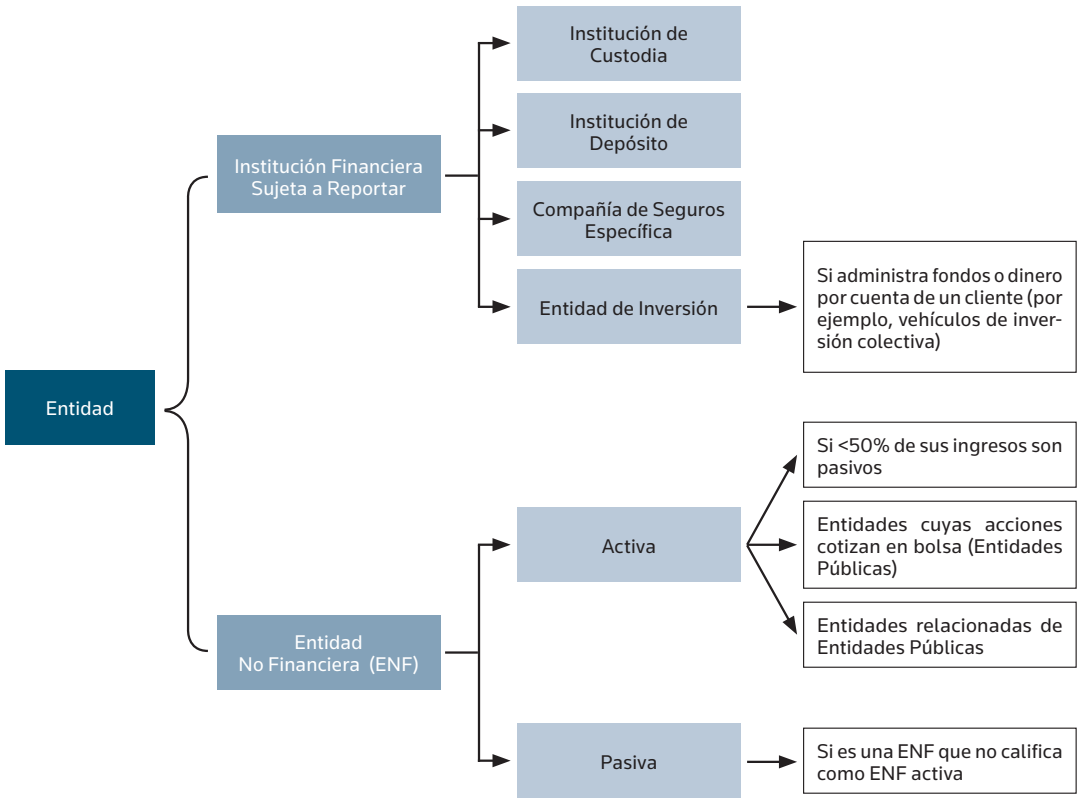
[2] Los términos utilizados con mayúscula y entre comillas, no definidos expresamente en el presente artículo, tendrán el significado previsto en los anexos 25 y 25-Bis de la RM, según corresponda

[3] "Instituciones Financieras de México Sujetas a Reportar" para los efectos del anexo 25 de la RM

[4] "Cuentas Reportables a EE. UU.", para los efectos del anexo 25 de la RM

Clasificaciones para la FATCA y el CRS

En resumen, para los efectos de la FATCA y el CRS, las entidades deben calificar bajo alguna de las siguientes categorías:[5]



Es importante señalar que las "ENF"[6] no están obligadas a reportar información ante las autoridades fiscales, pero sí deben de proporcionar determinados datos ante las instituciones financieras en las que mantengan cuentas.

Ahora bien, la principal diferencia entre las "ENF Activas" y las "ENF Pasivas" consiste en que, a las primeras, las instituciones financieras sólo les requieren que señalen su clasificación para los efectos de la FATCA y el CRS; mientras que, a las segundas, además de solicitarles tal clasificación, también les piden que especifiquen quiénes son las personas que ejercen control sobre ellas, así como la residencia fiscal de esas personas.

Fibras inmobiliarias para la FATCA y el CRS

A grandes rasgos, las Fibras inmobiliarias son vehículos de inversión que tienen como principal objetivo captar recursos de terceros, por lo general del gran público inversionista,[7] con el objetivo de invertirlos, directa o indirectamente, a través de uno o varios vehículos de inversión, en bienes inmuebles que sean destinados al arrendamiento.[8]

FATCA. En principio, al administrar fondos o dinero por cuenta de terceros, las Fibras inmobiliarias deberían calificar como "Entidad de Inversión" y, consecuentemente, como "Institución Financiera de México Sujeta a Reportar" en los términos del anexo 25 de la RM. Sin embargo, ese anexo prevé que el término "Entidad de

[5] El diagrama se limita a ejemplificar los supuestos relevantes para el presente artículo
[6] El término ENF significa "Entidad Extranjera No Financiera" para los efectos del anexo 25 y "Entidad No Financiera" para los efectos del anexo 25-Bis, ambos de la RM
[7] Salvo, tratándose de Fibras inmobiliarias privadas
[8] Artículo 187 de la LISR

Inversión" no incluye a las Fibras inmobiliarias[9] (exclusión de la FATCA), por lo que éstas no deberían de calificar como "Institución Financiera de México Sujeta a Reportar" para los efectos de la FATCA.

CRS. Por su parte, la primera versión del anexo 25-Bis preveía un supuesto similar a la exclusión de la FATCA. Sin embargo, como resultado de las diversas modificaciones que ha tenido ese anexo se eliminó la exclusión referida.[10] En ese sentido, y considerando que actualmente el anexo 25-Bis no prevé un supuesto similar a la exclusión de la FATCA, las Fibras inmobiliarias sí deberían calificar como "Entidad de Inversión" y, consecuentemente, como "Institución Financiera Sujeta a Reportar" para los efectos del CRS.

Considerando que los anexos 25 y 25-Bis de la RM están sustentados en principios y fines comunes, las diferencias entre éstos deberían de ser mínimas y justificadas en función del objetivo de política pública que persiguen las autoridades fiscales mexicanas a través de esos anexos. A la fecha, no quedan muy claros los motivos por los cuales las autoridades fiscales mexicanas eliminaron del anexo 25-Bis de la RM el supuesto de exclusión relativo a las fibras inmobiliarias.

Vehículos subsidiarios de Fibras inmobiliarias para la FATCA y el CRS

Ahora bien, como ya se mencionó, las Fibras inmobiliarias tienen la opción de realizar sus inversiones de manera directa o indirecta. Por lo general, las Fibras inmobiliarias invierten esos recursos a través de fideicomisos subsidiarios (por ejemplo, de forma indirecta), resultando que el patrimonio de la Fibra inmobiliaria queda invertido en tales fideicomisos los cuales, a su vez, mantienen en su patrimonio los bienes inmuebles destinados al arrendamiento.

En este sentido, cuando los fideicomisos subsidiarios solicitan la apertura de cuentas bancarias, la institución financiera correspondiente, en cumplimiento con sus obligaciones en materia de la FATCA y el CRS, les requiere que proporcionen –a través de una autocertificación– su clasificación en materia de la FATCA y el CRS.

Para que los fideicomisos subsidiarios se encuentren en posibilidad de proporcionar a las instituciones financieras tal clasificación, éstos deben de realizar un análisis que les permita determinarla.

Como se puede observar del diagrama anterior, las clasificaciones de la FATCA y el CRS están construidas en función del tipo de actividades realizadas o ingresos obtenidos por las entidades correspondientes.

Dicho lo anterior y considerando que los fideicomisos subsidiarios de las Fibras inmobiliarias no son vehículos de inversión colectiva –debido a que únicamente administran fondos por cuenta de la Fibra inmobiliaria–, éstos no deberían actualizar el supuesto de "Entidad de Inversión" ni, consecuentemente, el de "Institución Financiera Sujeta a Reportar", sino que deberían calificar como "ENF". En ese sentido, sólo restaría analizar si califican como "ENF Activa" o "ENF Pasiva".

Como se señala en el diagrama, son "ENF Activas", entre otras, cuando menos del 50% de sus ingresos califiquen como ingresos pasivos,[11] dentro de los cuales se contemplan los ingresos por el otorgamiento del uso o goce temporal de bienes inmuebles.

Por su parte, los fideicomisos subsidiarios reciben principalmente ingresos por el otorgamiento del uso o goce temporal de bienes inmuebles, pues mantienen los inmuebles destinados al arrendamiento (por ejemplo, ingresos pasivos).

Dicho lo anterior y en función de que más del 50% de los ingresos que reciben los fideicomisos subsidiarios califican como ingresos pasivos, esos fideicomisos no deberían de actualizar el supuesto de "ENF Activa". En ese sentido, por exclusión, los fideicomisos subsidiarios deberían calificar como "ENF Pasivas" (por ejemplo, son "ENF Pasivas" las que no sean "ENF Activas").

No obstante, surge la inquietud respecto a si los fideicomisos subsidiarios pudieran calificar como "ENF Activas" bajo el supuesto de ser entidades relacionadas de una entidad pública, atendiendo al siguiente razonamiento:

1. Se considera "ENF Activa", entre otras, la "ENF" que sea una entidad relacionada de una cuyas

[9] Esa exclusión aplica siempre que al menos un 70% de su patrimonio esté invertido en los bienes inmuebles a que se refiere el artículo 187, fracción II de la LISR

[10] Esto se realizó el 1 de diciembre de 2016 a través de la Quinta Resolución de modificaciones a la RM para 2016

[11] Según se define por la regla 3.1.15., fracción I de la RM

acciones se comercializan en un mercado de valores establecido ("Supuesto de Entidad Pública").

2. Se entiende que una entidad es una relacionada de otra entidad, entre otros, cuando cualquiera de ellas controla a la otra. Para estos efectos, el control incluye la propiedad directa o indirecta de más del 50% del valor de una entidad.

3. Las Fibras inmobiliarias: **(i)** son entidades cuyos Certificados Bursátiles Fiduciarios Inmobiliarios (CBFI) (por ejemplo, título de crédito con características similares a acciones) se comercializan en un mercado de valores establecido, y **(ii)** controlan a sus fideicomisos subsidiarios.

4. Por lo anterior, los fideicomisos subsidiarios deberían considerarse como entidades relacionadas de una entidad pública (por ejemplo, la Fibra inmobiliaria) y, en consecuencia, deberían calificar como "ENF Activas".

En nuestra opinión, consideramos que existen argumentos razonables para señalar que los fideicomisos subsidiarios sí deberían calificar como "ENF Activas", pues el "Supuesto de Entidad Pública" debería de incluir a cualquier valor colocado en mercados de valores establecidos (tal como los CBFI) y no limitarse a acciones. Lo anterior, considerando principalmente que:

1. La razón por la cual la FATCA y el CRS clasifican como "ENF Activas" a entidades relacionadas con entidades públicas consiste en que éstas se encuentran indirectamente revisadas por las autoridades encargadas de supervisar y monitorear los mercados bursátiles. Como fue mencionado, no se solicita a las "ENF Activas" que revelen información sobre las personas que ejercen control, sino únicamente su clasificación para la FATCA y el CRS.

2. Por lo anterior, se vuelve irrelevante y poco práctico que las entidades que operan en mercados bursátiles –ya sean personas morales o figuras jurídicas– tengan que estar revelando información sobre las personas que ejercen control (por ejemplo, la persona física que mantenga un puesto de alta dirección), dado que se presupone que se encuentran bajo fiscalización.

3. En ese sentido, las Fibras inmobiliarias que emiten CBFI, también se encuentran bajo la supervisión de autoridades competentes –por ejemplo, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV)– como lo están las entidades que emiten acciones; razón por la cual, no sería coherente que las entidades relacionadas de las fibras inmobiliarias (por ejemplo, los fideicomisos subsidiarios) sí tuviesen que revelar información sobre las personas que ejercen control; mientras que las entidades relacionadas de las sociedades anónimas bursátiles, no.

Sin embargo, no dejamos de advertir que pudieran existir argumentos en sentido contrario, los cuales señalen que el "Supuesto de Entidad Pública" debería encontrarse limitado a "acciones" considerando que éste debería de interpretarse literalmente. Esta postura se fortalece con una pregunta frecuente publicada por la OCDE –no el Servicio de Administración Tributaria (SAT)– en marzo de 2017, la cual señala que el término "acciones" a que se refiere la expresión "ENF Activa" está limitado a *acciones de una sociedad*.

CONCLUSIONES

La FATCA y el CRS son regulaciones universales; sin embargo, deben incorporarse a los sistemas tributarios de cada jurisdicción respetando las particularidades que cada uno de éstos pudiese tener, sin dejar de observar los objetivos y elementos esenciales de esos acuerdos.

Así, la implementación de la FATCA y el CRS no solamente debería perseguir fines de política pública a nivel internacional sino que, con su debida adaptación a los sistemas domésticos, también se podrían alcanzar fines de política pública interna, volviéndose trascendental que, al momento de adaptarlos, las autoridades fiscales tengan claro: **(i)** el sistema FATCA y CRS a nivel internacional, y **(ii)** el objetivo de política pública que les gustaría perseguir, a nivel jurisdicción, con su adaptación.

Si bien es cierto que el Departamento del Tesoro de los EUA y la OCDE han logrado promover el intercambio de información tributaria a nivel internacional, ahora le correspondería a cada jurisdicción adaptar, o bien, mejorar la implementación de los acuerdos FATCA y CRS en sus legislaciones, para aprovechar los esfuerzos de ambas instituciones y así alcanzar sus fines propios. •