



# LOS REFUGIOS FISCALES EN LOS ESTADOS UNIDOS

Sergio A. Ramírez Martínez, Socio Bufete Ostos

Si el contribuyente está deseando participar en una transacción, entonces ese contribuyente deberá querer revelar esa transacción en su declaración.

Pamela Olson

Departamento del Tesoro

## 1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, se ha prestado una gran atención al uso de refugios fiscales (traducción libre de “tax shelters”). Una gran parte de esta atención se debe a que el Servicio de Rentas Internas (Internal Revenue Service, en adelante el IRS) del Tesoro de los Estados Unidos de América, ha dedicado un gran esfuerzo a combatir el uso abusivo de estas estrategias fiscales. Al mismo tiempo el Senado de este país ha venido denunciando abiertamente a corporaciones e individuos que están utilizando a estos “abrigos fiscales” para eludir su parte en los impuestos federales.

Esta actitud se debe a la percepción de que en los años recientes el abuso de las legítimas planeaciones fiscales ha alcanzado proporciones importantes. En sí, ha habido un cambio en la mentalidad del contribuyente influenciado por algunas firmas de abogados y contadores y de bancos. Así, en lugar de ayudar a las empresas o individuos a optimizar sus negocios y reducir su carga fiscal, los promotores de los refugios fiscales han empezado a vender estrategias fiscales, las cuales por una cuota importante, prometen el desvanecimiento de las obligaciones fiscales. De repente personas o compañías, que confiaban en sus asesores fiscales, se han visto forzados a pagar impuestos actualizados junto con sus recargos y multas.

La discusión se puede circunscribir a la eterna distinción entre la planeación fiscal o búsqueda de la “vía menos gravada” y la evasión fiscal. Tal vez la “prueba del olor” (smell test) sea la mejor forma de decidir la propiedad fiscal de una determinada transacción, o el preguntarse ¿Porqué estoy haciendo esto? ¿Cuál es la razón de negocios?

Finalmente, el IRS caracteriza a los refugios fiscales abusivos como “transacciones sumamente complicadas, que sofisticados asesores fiscales promueven entre corporaciones e individuos con importantes recursos económicos, con las que explotan lagunas en las leyes fiscales, y que permiten obtener importantes e inesperados beneficios fiscales.”

## **1.1. SELECCIÓN DEL TEMA**

La cercanía física y económica de los Estados Unidos con México, así como las estrechas relaciones entre los fiscos de ambos países, ocasiona que las experiencias de nuestro vecino del norte tengan un impacto importante en las medidas que el Fisco Mexicano implementa o intenta introducir nuestro Sistema Fiscal.

Así, por ejemplo, en la Circular No. 230 del IRS, en vigor a partir del 20 de junio de 2005, el IRS regula las prácticas de abogados, contadores certificados, actuarios y valuadores así como en general las obligaciones y restricciones de las personas que ejercen su práctica profesional ante el IRS<sup>1</sup>. En el Proyecto de Reformas al Código Fiscal de la Federación presentado ante la Cámara de Diputados en 2005 y 2006, estos temas fueron de los más debatidos.

## 1.2. ANTECEDENTES

A través de la historia, los tributos han sido impuestos por aquellos que tiene el poder de de recaudarlos y han sido evitados por aquéllos que han tenido la oportunidad de escapar a sus recolectores.

### 1.2.1. 1980's: Las perniciosas asociaciones (partnerships)

La industria de los refugios fiscales en los Estados Unidos se limitaba en un principio a ofrecer servicio especializado por parte de las firmas de contadores y abogados a un mercado pequeño de clientes ricos, que pasó a convertirse en un servicio masivo durante las décadas de los 70's y de los 80's y que tenían como forma "limited partnerships", y como industrias beneficiadas a las inmobiliarias, las petroleras y gaseras y a las productoras de películas.

Una "limited partnereship" se distingue de la "general partnership", en la cual todos los socios pueden participar en la administración de la misma y tienen responsabilidad por las deudas de la asociación, en que sólo uno o dos de los socios se encargan de administrarla y ser responsables de sus deudas y los demás asociantes solo contribuyen aportando capital.

Pero a partir de 1981, la leyes americanas se modificaron para permitir que las participaciones en las "limited partnerships", que se consideraban como "colocaciones privadas" y que estaban restringidas ciertos tipos de inversionistas, se abrieran a un número mucho mayor de grupos de inversionistas. Así durante los 80's, más de 150,000 millones de dólares de inversiones en "limited partnerships" fueron colocados entre los inversionistas, teniendo como objetivo el utilizar ciertas disposiciones en las leyes fiscales para generar grandes pérdidas en el papel, y que eran usadas para compensar contra ingresos acumulables. Los inversionistas no pensaban que iban a tener pérdidas reales pero muchos si las tuvieron, al presentarse notables escándalos como los siguientes:

Colonial Reality: Colonial recaudó más de 370 millones de dólares en ventas a cerca de 85 "partneships", declarándose posteriormente en quiebra.

Transpac Drilling: En este caso las cerca de 71 “partnerships” fueron meros engaños o “pantallas”.

Kinlaw Securities: La “Securities Exchange Commission” (en adelante la SEC) fincó cargos contra 20 personas que junto con Kinlaw hacían promesas irreales, de ganancias relativas a la operación y situación financiera de asociaciones petroleras y gaseras, que vendieron por más de 177 millones de dólares.

Prudential Bache: Reportó ventas por más de 6,000 millones de dólares en 650 “partnerships” para 350,000 inversionistas.

### **1.2.2. 1990's y 2000'2**

A partir de los 90's los promotores de refugios fiscales volvieron los ojos a los más lucrativos “tax shelters” para corporaciones y en especial para individuos ricos. Firmas de abogados y contadores empezaron a hacer equipo con bancos, en el diseño de refugios fiscales más sofisticados, que les permitieron ganancias por cientos de millones de pesos pero que en muchas ocasiones dejaron a sus clientes en problemas con el IRS.

Entre los casos más sonados está el de KPMG, por la venta masiva de refugios fiscales abusivos, operaciones descritas en el trabajo del Senado de los Estados Unidos: “U.S. Tax Shelter Industry. The role of accountants, lawyers and financial professionals”.<sup>2</sup>

Hacia 2002, el Senado inició una profunda investigación acerca del desarrollo, mercadotecnia e implementación de Refugios fiscales abusivos por parte de organizaciones de profesionales tales como firmas de contadores, bancos, asesores de inversiones y firmas de abogados. Del resultado de esta exhaustiva investigación, se encontró que este lucrativo negocio se había vuelto común en los Estados Unidos.

Los refugios fiscales consistían en complejas transacciones usadas por empresas y personas físicas para obtener significativos beneficios fiscales de una manera que nunca fue la concebida por el Código de Rentas Internas (Internal Revenue Code, en adelante el IRC).

Estas operaciones no tenían substancia económica o un propósito de negocios que no fuera otro que el reducir o eliminar la carga fiscal de la persona.

Estas planeaciones en lugar de ser diseñadas individualmente para las necesidades y circunstancias de cada contribuyente, se convirtieron en un "producto fiscal genérico" a la disposición de múltiples clientes. Otra vez, el dilema se ubicó en saber la diferencia entre vender refugios fiscales potencialmente abusivos o ilegales y el proveer los servicios rutinarios de planeación fiscal.

Considero que los aspectos éticos analizados en la Investigación del Senado, representan una mayor aportación para esta presentación:

#### **a) Honorarios Contingentes**

Tradicionalmente, las firmas de contabilidad cobraban una cuota plana o un honorario por hora por sus servicios fiscales. Hacia 1990, las firmas empezaron a cargar un valor agregado en el precio de los servicios proporcionados, abandonando el concepto de cuota por hora. Además lo más importante, las firmas comenzaron a cargar una "cuota contingente", la cual sería pagada por el cliente sólo si se obtenían los resultados especificados y, naturalmente, se obtenían los ahorros fiscales esperados.

A pesar de que muchos Estados de la Unión Americana, así como la SEC, el IRS y concretamente la Regla 302 de la AICPA (el American Institute of Certified Public Accountants) prohibían este tipo de honorarios, la creación de los incentivos que éstos creaban, originaron la práctica reiterada de "contingent fees" calculados sobre los ahorros fiscales proyectados, y facturados en Estados que no contemplaban esta prohibición en sus estatutos

Igualmente, los altos honorarios cubiertos a las firmas de abogados que emitían la opinión legal y/o fiscal, crearon un problema ético, ya que la American Bar Association, en su Regla Modelo 1.5 establece que "el abogado no debe hacer un acuerdo, para cobrar o recaudar una cuota no razonable" ya que los factores a considerar para la determinación de los honorarios, deberán ser el tiempo y el trabajo requeridos, la novedad y la dificultad de las

cuestiones del asunto, así como la destreza necesitada para proporcionar el servicio legal adecuadamente”<sup>3</sup>.

#### **b) Independencia del Auditor**

La firma de Contadores tuvo problemas en este tema, al celebrar alianzas con tres bancos que auditaba, para la promoción y venta de los refugios fiscales, a pesar de que su propio Manual de Servicios Fiscales lo prohibía. La SEC también considera que la independencia se ve deteriorada, cuando una firma de auditoría mantiene negocios directos o indirectos con sus clientes auditados.

También la independencia de KPMG se vio dañada al tomarse la decisión de promocionar y vender sus productos fiscales entre sus propios clientes auditados, de los cuales elaboraba listas de potenciales clientes.

#### **c) Conflictos de Interés con abogados que representaban a los clientes**

Al quedar bajo el escrutinio del IRS, los múltiples clientes de KPMG que adquirieron los refugios fiscales, requirieron el patrocinio de firmas de abogados para su defensa. La firma elaboró una lista de abogados y empezó a dirigir a sus clientes hacia ellos. Un problema que se presentó de inmediato, es que muchos de estos clientes querían demandar a la firma de contadores por venderle estos refugios fiscales ilegales.

La cuestión ética se dio cuando las firmas legales intentaron representar a los clientes al mismo que a KPMG, ya que el abogado no podía defender celosamente los intereses de ambos clientes debida al conflicto de lealtad.

## 2. DESARROLLO

### 2.1. CUESTIONES JURIDICAS

Las inversiones en los refugios fiscales son extremadamente complejas y frecuentemente sustentadas en aplicaciones técnicas de la legislación fiscal. El aspecto litigioso se basa en las diferentes doctrinas judiciales de interpretación que se han venido dando sobre la aplicación del IRC, y que posiblemente no se ajusten estrictamente a la intención del legislador.

La aplicación de las doctrinas del propósito de negocios y de la substancia económica, a ciertos hechos y circunstancias, es a menudo incierta. El IRS argumentará que la transacción es en algún sentido artificial y que fue diseñada y realizada de una manera que atendía a alcanzar un irrazonable beneficio fiscal, aun cuando argumentos económicos la pudieran hacer adecuada.

#### 2.1.1. Doctrinas Judiciales Clásicas

##### 2.1.1.1 Doctrina de las Transacciones Falsas (sham transactions<sup>4</sup>)

En este tipo de operaciones pueden presentarse dos supuestos:

a) **Una simulación de hecho:** la operación es ficticia y nunca llega a ocurrir. Los contribuyentes, por ejemplo, efectúan deducciones por transacciones creadas en papel, pero que nunca se realizaron.

b) **Una simulación sin substancia:** la operación se realiza; sin embargo, carece de substancia para la forma en que supuestamente fue presentada la transacción.

En México, se dice que hay simulación, cuando conscientemente se declara un contenido de voluntad que no es real y esa disconformidad entre lo declarado y lo querido se realiza de

acuerdo por los declarantes, con el propósito de engañar creando un negocio jurídico donde no existe ninguno, o es distinto de aquél que ocultamente las partes han celebrado.<sup>5</sup>

Es importante recordar que en la Legislación Mexicana, el único concepto que puede dirimir conflictos entre la forma y la substancia es la “simulación”. Sin embargo, a pesar de que se haya cometido una simulación contra la autoridad fiscal, ésta no puede por sí misma determinar que se ha dado esta figura sino que deberá acudir ante un juez competente para que la declare.<sup>6</sup>

#### **2.1.1.2. Doctrina de las Transacciones por Pasos - Step transactions**

Esta doctrina requiere que los pasos interrelacionados de una transacción, sean analizados como un “todo”; que cada paso, desde el inicio de las negociaciones hasta la consumación de la operación, es relevante.<sup>7</sup>

Ejemplo: Un padre tiene que pagar las colegiaturas de su hijo, y tiene que vender un activo para ello. En lugar de eso, el padre transfiere el bien al menor (quien goza de una tasa menor de impuesto), el cual lo vende inmediatamente para pagar su colegiatura. Esta transacción podrá ser recategorizada como una venta del padre y no del hijo y gravar al padre de conformidad con la ley.

#### **a) El Principio Ramsay<sup>8</sup>**

Antes de este principio, procedente del Derecho Inglés, las cortes rechazaban cualquier desvío a la interpretación estricta de la legislación fiscal; en numerosas ocasiones las cortes decidieron a favor de los intentos del contribuyente de minimizar su carga fiscal. El principio del Duque de Westminster<sup>9</sup> de 1936, se aplicaba ineluctablemente: “Cualquier hombre de este país puede ordenar sus negocios de tal manera que el impuesto vinculado a los actos apropiados sea el menor que de otra suerte pudiera resultar. Si él ordena los actos que le aseguren este resultado, entonces, sin importar que mal visto sea por el Fisco o por otros contribuyentes, él no puede ser obligado a pagar un mayor impuesto.”



Así, la Cámara de los Lores se negaba a desechar el carácter legal (la forma) de los hechos solamente por que el resultado (la substancia) pudiera ser alcanzado de otra manera.

El enfoque tomado en consideración en el caso Ramsay y en casos subsecuentes, tuvo consecuencias significativas para la planeación fiscal. Si bien la Cámara de los Lores aceptaba que en el esquema de evasión fiscal en estudio, ninguno de sus pasos representaba una simulación, considerando el esquema como un “todo”, sostuvo que debía ser declarado nulo para fines fiscales. Lord Wilberforce describió las características de los esquemas “circulares” de evasión fiscal:

1° Es clara la intención, de que el esquema opere a través de varios pasos hasta el final, el cual podrá ser una obligación contractual o una mera expectativa.

2° El contribuyente no tiene que usar sus propios recursos y al final del esquema, la posición financiera del contribuyente no presentará cambios en su posición financiera, excepto por el pago de honorarios y gastos al promotor del esquema.

3° El único propósito del esquema es evitar el pago de impuestos.

Hacia 1982, la lista de condiciones y circunstancias para que se diera el Principio Ramsay fue modificada por decisiones de la Cámara de los Lores, quedando como sigue:

- a) una serie de transacciones
- b) preordenadas hacia un resultado final
- c) en las cuales están insertos pasos, los cuales no tienen un propósito comercial salvo el de evitar impuestos.

#### **b) Macniven contra Westmoreland<sup>10</sup>**

De acuerdo con este juicio de la Cámara de los Lores de febrero de 2001, para la aplicación del enfoque Ramsay, sólo un concepto establecido en la ley fiscal permitiría a las cortes decidir si la transacción cae en ese concepto o no. Así, si lo establecido en la ley se refiere a un concepto comercial, entonces los pasos que no tengan un propósito comercial sino que

han sido incluidos artificialmente en el esquema, serán descartados a fin de aplicar el concepto fiscal relevante.

Por lo anterior, será necesario primero analizar el lenguaje legal y decidir si éste se refiere a un concepto al cual el Parlamento tuvo la intención de darle un significado "comercial", capaz de ir más allá del significado jurídico de cada uno de los componentes de la transacción. Sin embargo, existen muchos términos en la ley fiscal a los cuales no se les puede dar una connotación comercial sino que son puramente legales, y el principio Ramsay no puede tener aplicación.

Finalmente, debido a las primeras decisiones de los casos Ramsay, Burmah y Furniss, el Fisco inglés ("the Inland Revenue") pensó indebidamente haber encontrado una "antibiótico de amplio espectro" para eliminar cualquier esquema de evasión de impuestos, sin importar lo que dijeran las disposiciones relevantes de la ley.

#### **2.1.1.3. Doctrina de la Razón de Negocios – Business Purpose**

Significa que si lo dispuesto en la ley fiscal describe una transacción comercial o industrial, debemos entenderla como una operación en la cual se participa por propósitos comerciales o industriales, y que no se refiere a transacciones en las que se participa por ningún otro motivo que el de escapar al gravamen.<sup>11</sup>

En esta doctrina, las Cortes no reconocerán una transacción que carece de alguna razón de negocios y que sirve solamente para "driblar" al impuesto.

Ejemplo: No existe razón de negocios cuando un contribuyente pide prestado dinero al 10% (usualmente a una parte relacionada) para obtener una deducción por el pago del interés, y entonces invierte el préstamo en una cuenta de ahorros, que le produce el 3%. Al final del análisis, el contribuyente está generando una auto-pérdida fiscal del 7%.

#### **2.1.1.4. Doctrina de la Substancia sobre la Forma – Substance over Form<sup>12</sup>**

La doctrina de la substancia económica se refiere a un mayor y extenso examen del objetivo real de la transacción, del cual se espera produzca beneficios económicos a las partes, además de un efecto fiscal, como sería el de una deducción.

En esta doctrina los efectos fiscales deberán ser determinados analizando que fue lo que realmente hicieron las partes y no lo que “declararon” los participantes en la transacción y entonces aplicar lo dispuesto en las disposiciones fiscales.

#### **2.1.2. Corriente actual: el Textualismo y los Refugios Fiscales**

En la última década, un importante debate se ha venido dando acerca de los procedimientos que los tribunales deben utilizar para interpretar las leyes y los reglamentos. Algunas personas han argumentado que el significado y el propósito de la Ley deben buscarse en texto de la misma y que no se debe consultar el proceso de su creación. Por el contrario, otros arguyen que es muy difícil el determinar el significado de una disposición legal sin consultar su exposición de motivos y su historia legislativa.

La reciente proliferación de refugios fiscales ha sido sin duda favorecida por el ascenso del “Textualismo”. Los asesores fiscales se han vuelto más agresivos al estructurar transacciones que cumplen cabalmente con la forma establecida en las leyes fiscales aun cuando dichas operaciones sean sumamente cuestionables en cuanto al propósito real subyacente. El resultado ha sido el triunfo de la forma y no de la sustancia con el consecuente costo para el Fisco estadounidense.

Los asesores fiscales atraen inversionistas a partir de cartas conteniendo opiniones legales y/o fiscales, afirmando la probabilidad de que en caso de que los resultados de la operación fueran rebatidos por el Fisco, serían sostenidos por los Tribunales.

Bajo el enfoque textualista, resulta mucho más fácil para un abogado redactar una opinión legal favorable para la transacción de mérito, diseñada para cumplir perfectamente con la letra de la Ley, aunque no con el espíritu. Es decir, se le permite ignorar la historia legislativa

de la disposición que pudiese complicar o contradecir el resultado fiscal que la estrategia fiscal pretende alcanzar.

Algunos promotores piensan que entre más detallada y compleja sea una ley, será más fácil encontrar la interpretación “letrística” que valide que la transacción diseñada. Por ejemplo, el Supcapítulo K que contiene las disposiciones relativas a las sociedades (partnerships), contiene reglas especiales no contenidas en otros capítulos del Código Interno de Rentas (en adelante IRC), por lo que no resulta extraño que el Subcapítulo K ha sido un vehículo seleccionado para una amplia variedad de refugios fiscales. Así, la partnership es diseñada para tomar ventaja de esas reglas especiales en lo que se conoce como “transacciones en reversa” (reverse engineered transactions).

El IRS, en un intento por revertir esta corriente, adopta una regla general antiabuso, la cual requiere que las disposiciones del Subcapítulo K sean interpretadas de acuerdo a la intención legislativa, que subyace en dicho subcapítulo, y que establece que para que una transacción sea aceptable, las doctrinas originadas dentro del campo judicial, como las de la razón de negocios (business purpose), substancia económica (economic substance) y substancia sobre forma (substance over form), deben ser tomadas en cuenta. Además, que el subcapítulo sea interpretado de acuerdo con el método del propósito.

La medida anterior, causó severas críticas en las Barras de Abogados, en el mundo académico y entre los practicantes, siendo la principal que el IRS carece de facultades para promulgar este tipo de reglas, y que por lo tanto no son válidas, y que representan un ejemplo de extralimitación administrativa.

Otros autores sostienen que el Fisco americano actuó adecuadamente al regular la manera en que este tipo de transacciones deben ser atacadas, dentro y fuera del Subcapítulo K., y que las doctrinas judiciales, que están inmersas en el espíritu del subcapítulo, y que empezaron a ser aplicadas hacia 1954, debieron ser clarificadas dentro de la Ley por el Congreso americano; sin embargo, el Congreso escogió no hacerlo, dejando un hueco dentro de la Ley., por lo que de acuerdo con los principios legales administrativos, este silencio constituiría una delegación implícita de autoridad por parte del Congreso al Departamento del Tesoro, para subsanar este hueco.

## **2.2. EL IRS Y EL COMBATE A LOS TAX SHELTERS ABUSIVOS**

El IRS y el Departamento del Tesoro pretenden guiar al público a través de la publicación de anuncios, noticias y disposiciones, tan oportunas como sean posibles, acerca de las transacciones con que estos organismos consideran se buscan alcanzar beneficios fiscales de manera abusiva. El procedimiento pretende disuadir este tipo de inversiones en operaciones similares y facilitar la identificación de los inversionistas y promotores. Es una forma de “muerte por publicación”<sup>13</sup>, por la que el IRS espera que los contribuyentes “lo piensen dos veces” antes de participar en una transacción cuya validez ha sido atacada por el IRS a través de su publicación.

### **2.2.1. Tax Shelters Transparency Act<sup>14</sup>**

#### **2.2.1.1. Revelación de transacciones**

El Comité de Finanzas del Senado de los Estados Unidos emitió diversas propuestas relativas a la obligación de informar sobre ciertas transacciones, en el Acta de Transparencia sobre Refugios Fiscales.

Existen dos categorías de transacciones a reportar. La primera, es cualquier operación que sea igual o sustancialmente similar a una transacción declarada por el IRS como una operación para evadir impuestos, y cuyos beneficios serán desestimados por el Fisco; se le conoce también como una transacción listada (“listed transaction”). Una empresa deberá revelar cualquier transacción listada que se espera pueda reducir su impuesto sobre la renta por más de un millón de dólares en un ejercicio fiscal o en más de dos millones de dólares en cualquier suma de ejercicios.

La segunda categoría se refiere a las transacciones que pueden reducir la carga fiscal federal del contribuyente en más de 5 millones de dólares en un solo ejercicio fiscal o en más de 10 millones de dólares en cualquier combinación de ejercicios, y que además presenta alguna de las dos siguientes características:

- 1) El contribuyente ha participado en una transacción confidencial, en la cual el asesor fiscal recibe un honorario elevado e impone, al contribuyente limitaciones para proteger el secreto de las estrategias fiscales del asesor. Por otra parte, se presume que no existe confidencialidad, si el contribuyente recibe una autorización por escrito que le permita revelar el tratamiento y la estructura fiscales de la transacción.
- 2) El contribuyente ha obtenido o bien, le han dado un contrato que le brinda protección contra la posibilidad de que todos o una parte de los beneficios fiscales esperados no puedan ser sustentados ante el IRS.
- 3) Los promotores de la transacción han recibido o esperan recibir honorarios u otras contraprestaciones por un valor total mayor a 100,000 dólares, y tales honorarios dependen del beneficio para el contribuyente.
- 4) Los resultados de la transacción representan una diferencia fiscal en un ejercicio fiscal determinado de más de 5 millones de dólares.
- 5) La transacción incluye a una persona, el contribuyente conoce o se supone debe conocer, tiene una posición en relación con el impuesto federal (tal como una entidad exenta o una entidad extranjera) que permite estructurar la operación, de tal manera que le dé al contribuyente un tratamiento fiscal más favorable.

Se establecen sanciones para cualquier persona que no incluya en su declaración de impuestos una operación, la cual está obligada a reportar. Las multas pueden ser de 50,000 dólares e incrementarse hasta 100,000 dólares si la omisión es respecto a una “operación listada”. Las multas pueden incrementarse tratándose de cantidades elevadas y de personas físicas con mayores recursos económicos (aquellas que representan un valor neto mayor a dos millones de dólares, de acuerdo al valor de mercado de sus bienes y obligaciones, inmediatamente antes de haber entrado a la transacción de mérito.

La sanción no puede ser condonada respecto de transacciones listadas. Por lo que se refiere a transacciones reportables, la sanción sólo puede ser anulada en condiciones excepcionales por el Comisionado del IRS o de un alto funcionario de la Oficina de Análisis de Refugios Fiscales, previamente designado. El contribuyente no podrá recurrir la resolución que niegue el perdón de la sanción.

### **2.2.1.2. Eliminación del privilegio de confidencialidad en Tax Shelters**

Dentro de este ordenamiento, se establece la excepción al Privilegio de Confidencialidad en relación con las comunicaciones del Contribuyente. En general, en el derecho anglosajón, el privilegio de confidencialidad existe entre el abogado y el cliente respecto del consejo legal. El IRC establece, que, respecto de la asesoría fiscal, el mismo principio protege la confidencialidad que aplica a la comunicación entre el contribuyente y su abogado, aplica también a la comunicación entre el contribuyente y “practicantes”<sup>15</sup> autorizados por el IRS.

Sin embargo, este ordenamiento modifica la regla anterior, por lo que cualquier comunicación respecto de refugios fiscales, no está sujeta a la confidencialidad, entre un practicante y empresas, personas físicas, “partnerships”, entidades exentas y cualquier otra entidad.

Así, el IRS ha respondido a las reclamaciones de privilegios hechas por promotores fiscales, enviando numerosos requerimientos para que entreguen información de refugios fiscales relativa a: identificación de las partes, promotores, solicitantes, pago de honorarios y otras compensaciones, etc.<sup>16</sup>

### **2.2.1.3. Reporte de transacciones por los Asesores materiales**

Un asesor material es aquel que provee de ayuda material, asistencia o consejo, con respecto a la promoción, venta o manejo de cualquier transacción, y que obtiene un ingreso bruto por más de 250,000 dólares.

El organizador de un refugio fiscal deberá registrarlo, a más tardar el día en que el refugio es ofrecido para su venta. Otras promociones deberán ser tratadas como “tax shelters”, para fines de su inscripción, si:

- 1) Un significativo propósito de la transacción es la evasión del impuesto sobre la renta federal, si:
  - a. La operación es la misma o substancialmente similar a una “listada”
  - b. Está estructurada de tal forma que la producción de los beneficios fiscales constituye una parte importante de los resultados de la transacción.

#### **2.2.1.4. Listas de inversionistas**

El promotor de refugios fiscales deberá mantener por un período de siete años, una lista donde se identifique a cada persona a la cual le fue vendido algún interés en un tax shelter.

Se requerirá además, del nombre del “tax shelter”, el número de identificación del refugio y demás información que el promotor deba incluir sobre el refugio.

#### **2.2.1.5. Obligación de reportar intereses en cuentas financieras en el extranjero**

Se requiere que los ciudadanos, residentes o personas haciendo negocios en los Estados Unidos, lleven archivos y llenen reportes, cuando cualquiera de estas personas haga una transacción o mantenga una cuenta en una entidad financiera extranjera.

#### **2.2.1.6. Penas por presentar declaraciones de impuestos frívolas.**

El IRC prevé que un individuo que presente una declaración de impuestos “frívola” está sujeto a una multa de 500 dólares, y el mismo Código autoriza a la Corte Fiscal a imponer una pena de hasta 25,000 dólares si la posición del contribuyente dentro de un proceso es frívola o sin fundamento.

### **2.3. Oficina de Análisis de Refugios Fiscales**

Esta Oficina (Office of Tax Shelters Analysis-OTSA) es la encargada de planear, coordinar y dar asistencia a los agentes asignados para realizar las auditorías a los refugios fiscales. Recibe información de contribuyentes, promotores, informantes<sup>17</sup> y agentes, a través de declaraciones informativas, registros, encuestas sobre refugios fiscales,

Los agentes son instruidos para buscar las características y los actores<sup>18</sup> de los tax shelters, incluyendo la falta de sustancia económica en las operaciones, inconsistencias en las cuentas financieras y en los tratamientos fiscales, complejidad, pasos innecesarios, nuevas inversiones, etc.



## **2.4. Medidas contra refugios fiscales en Legislación Mexicana**

En el proyecto de Reformas al Código Fiscal de la Federación (en adelante el CFF) para 2006, se incluyeron muchas propuestas relacionados con los Refugios Fiscales, y en especial, con las experiencias tenidas por el Fisco de los Estados Unidos durante los últimos años. Se enlistarán algunas propuestas que fueron desechadas, otras que fueron modificadas y otras que, finalmente fueron aprobados por el Pleno de la Cámara de Diputados, el pasado martes 18 de abril de 2006, y que se espera sean aprobadas también por el Senado de la República.

### **2.4.1. Preeminencia del Fondo sobre la Forma.**

Así se propuso originalmente la siguiente a adición al artículo 5° de CFF:

#### **Artículo 5o.**

Cuando se realicen actos que, en lo individual o en su conjunto, sean artificiosos o impropios para la obtención del resultado conseguido, las consecuencias fiscales aplicables a las partes que en dichos actos hayan intervenido, serán las que correspondan a los actos idóneos o apropiados para la obtención del resultado que se haya alcanzado.

Para aplicar lo dispuesto en el párrafo anterior, los actos artificiosos o impropios deberán producir los efectos siguientes:

- I. Que dichos actos produzcan efectos económicos iguales o similares a los que se hubieran obtenido con los actos idóneos o apropiados. Se considera que se producen efectos iguales o similares cuando los efectos económicos, distintos de los fiscales, no tengan diferencias relevantes.
- II. Que los efectos fiscales que se produzcan como consecuencia de los actos artificiosos o impropios, consistan en cualquiera de los siguientes:
  - a) La disminución de la base o del pago de una contribución.
  - b) La determinación de una pérdida fiscal o de un crédito fiscal, en cantidad mayor a la que legalmente corresponda.
  - c) La obtención de un estímulo o de cualquier otro beneficio fiscal, presente, pasado o futuro.

También se aplicará lo dispuesto en el tercer párrafo de este artículo a los actos artificiosos o impropios que, en lo individual o en su conjunto, sólo tengan como efecto un beneficio fiscal sin que se produzca otro tipo de beneficios económicos.

Posteriormente se modificó la redacción del artículo 5°

#### **Artículo 5o.**

En la aplicación de las disposiciones fiscales deberá prevalecer el fondo sobre la forma, salvo que este principio lleve a una interpretación extensiva contraria a lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo. No se considerará que existe interpretación extensiva cuando la ley se aplique a hechos en los que se adopten formas jurídicas inadecuadas que únicamente tengan como efecto la eliminación o disminución de obligaciones fiscales, en cuyo caso, la obligación fiscal nacerá con arreglo a la configuración jurídica adecuada a los hechos económicos. El contribuyente podrá demostrar que la forma jurídica adoptada fue elegida por motivos distintos a los meramente fiscales, en cuyo supuesto no se aplicará la consecuencia mencionada.

Entre otros casos, conforme al principio de preeminencia del fondo sobre la forma, no se privará de efectos fiscales a las operaciones que realicen los contribuyentes, siempre que las mismas estén debidamente registradas en su contabilidad, en su caso, el pago se haya realizado de conformidad con las disposiciones fiscales y en los comprobantes respectivos se contenga el monto de los impuestos que deban trasladarse, así como los datos que permitan identificar y localizar a su emisor. Lo dispuesto en este párrafo no libera a las personas que expidan el comprobante de las sanciones que correspondan por las infracciones a que haya lugar.

#### **Artículo 5º.-A.**

Cuando se realicen actos o contratos simulados, las consecuencias fiscales aplicables a las partes que en ellos hayan intervenido, serán las que correspondan a los actos o contratos realmente realizados.

Finalmente se desecharon las reformas a estos dos artículos.

## **2.4.2. Emisión de criterios sobre prácticas fiscales indebidas**

La redacción original era:

#### **Artículo 33.**

I. ....

h) Dar a conocer en forma periódica, mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación, los criterios de interpretación de las disposiciones fiscales y aduaneras que resultan lesivos a los intereses del fisco federal con el fin de alertar a los contribuyentes sobre prácticas elusivas que se han detectado o que han sido observadas y sancionadas por el Servicio de Administración Tributaria.

La redacción aprobada por el Pleno de la Cámara de Diputados:

#### **Artículo 33**

I. ...

h) Dar a conocer en forma periódica, mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación, los criterios generales de interpretación no vinculativos de las disposiciones fiscales y aduaneras.

#### **Artículo 52**

III. ....

Adicionalmente, en dicho informe el contador público deberá señalar si el contribuyente incorporó en el dictamen la información relacionada con la aplicación de algún criterio de interpretación lesivo a que se refiere el inciso h) de la fracción primera del artículo 33 de este Código.

### **2.4.3. Independencia de los Contadores**

La redacción aprobada por el Pleno de la Cámara de Diputados:

#### **Artículo 52-B**

Se considerará que no existe independencia cuando el contador público o la persona moral de la que sea socio o integrante, se ubique en alguno de los supuestos siguientes:

I. Sea parte relacionada de la persona a la que se elabore el dictamen o declaratoria.

II. Los ingresos que perciba por la prestación de los servicios profesionales al contribuyente o una parte relacionada de éste, distintos del dictamen o declaratoria, representen para quien obtuvo dichos ingresos el 10% o más de los ingresos obtenidos en el ejercicio por la prestación de servicios profesionales.

III. Haya sido cliente o proveedor importante del contribuyente o de una parte relacionada de éste, durante el año inmediato anterior a aquél en que se formule el dictamen o declaratoria durante el período al que corresponde el dictamen o declaratoria.

Se considera que un cliente o proveedor es importante, cuando las enajenaciones o adquisiciones representen en su conjunto el 20% o más de las enajenaciones totales del proveedor o de las adquisiciones totales del cliente.

IV. Durante el año inmediato anterior a aquél en que se formule el dictamen o declaratoria, haya sido consejero o director general o empleado de confianza del contribuyente al que se deba formular el dictamen o declaratoria o de una parte relacionado de éste.

V. Tenga inversiones en acciones, instrumentos de deuda, instrumentos derivados sobre acciones de la persona moral respecto de la que se formule el dictamen o declaratoria o de una parte relacionada de ésta. Este supuesto incluye al cónyuge o algún dependiente económico del contador público.

VI. Tenga con el contribuyente o parte relacionada con éste, deudas por préstamos o créditos concedidos en condiciones distintas a las que se someten la mayoría de los préstamos o créditos que hubiera concedido la persona de que se trate.

VII. Lleve a cabo funciones de administración, asesoría en materia fiscal o representación legal, valuaciones o servicios actuariales, respecto de la persona por la que se formule el dictamen o declaratoria o de una parte relacionada de ésta.

VIII. La contraprestación que vaya a percibir por la elaboración del dictamen o declaratoria, quede condicionada al resultado de los mismos, o al éxito de cualquier gestión que tenga como sustento dicho dictamen o declaratoria.

#### **2.4.4. Responsabilidad de los Asesores**

En la propuesta original se incluía la responsabilidad solidaria de los asesores fiscales.

#### **Artículo 26**

XVI. Los contadores, abogados o cualquier otro profesionista, que emitan opinión que conduzca a los contribuyentes a la realización de los actos artificiosos o impropios a que se refieren los tres últimos párrafos del artículo 5o. de este Código, por las contribuciones que sean determinadas por la aplicación de dichas disposiciones.

La redacción aprobada por el Pleno de la Cámara de Diputados:

**Artículo 91-C.**

Es infracción de los contadores, abogados o cualquier otro asesor en materia fiscal, no advertir a los destinatarios de la opinión que otorgue por escrito, si el criterio contenido en la misma se considera un criterio de interpretación lesivo a que se refiere el inciso h) de la fracción I, del artículo 33 de este Código.

**Artículo 91-D.**

Los contadores, abogados o cualquier otro asesor en materia fiscal que cometan la infracción a que se refiere el artículo anterior serán sancionados con una multa de \$20,000.00 a \$30,000.00.

### **3. CONCLUSIONES**

Sin lugar a dudas, las legislaciones fiscales nacionales se han venido globalizando desde hace tiempo. Muchos de los conceptos tradicionales del derecho anglosajón han sido adoptados por legislaciones cuyo origen había sido el derecho romano o derecho civil. Los Fiscos Nacionales buscan permanentemente luchar contra la evasión fiscal y para esto, intercambian ideas y experiencias entre ellos.

Por otra parte, los asesores fiscales deberán ser cautelosos cuando analicen y proporcionen consejo fiscal, a partir o en relación con las transacciones que el IRS ha identificado en sus publicaciones como nocivas.

Las decisiones judiciales se basarán en interpretaciones que difieran de aquéllas que el IRS publique o haya publicado en sus Guías, ya que éstas son sólo eso, interpretaciones no vinculativas.

Por otra parte, la ética profesional e independencia, en los diversos actores fiscales será cada vez más apreciada por los contribuyentes, quienes se sentirán más seguros en el futuro, recibiendo la asesoría adecuada para el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y en especial, en materia de planeaciones fiscales, debidamente soportadas por la opinión de verdaderos expertos y con el suficiente sustento en cada operación.

#### 4. BIBLIOGRAFIA

<sup>1</sup> Treasury Department. Regulations Governing the Practice of Attorneys, Certified Public Accountants, Enrolled Agents, Enrolled Actuaries and Appraisers before the internal Revenue Service. Circular NO. 230. June 20, 2005

<sup>2</sup> U.S. Tax Shelter Industry. The role of accountants, lawyers and financial professionals. Four KPGM cases studies. Senado de los Estados Unidos de América, 2003.

<sup>3</sup> ABA Regla Modelo 5.4 "A lawyer or law firm shall not share legal fees with non-lawyers."

<sup>4</sup> Sham: Falsa. En materia impositiva, una transacción sin substancia que no será considerada para fines fiscales. Black's Law Dictionary , Centennial Edition, Página 1,375.Saint Paul 1990.

<sup>5</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 1994.

<sup>6</sup> Moreno Gómez de Parada, Fernando. Form and substance in tax law from Mexico. International Fiscal Association, 2002.

<sup>7</sup> Commissioner v. Court Holding Co., 324 U.S. 331, 334 (1945); Palmer v. Commissioner, 62 T.C.1984

<sup>8</sup> Establecido por la Cámara de los Lores en W. T. Ramsay Ltd v IRC ([1981] STC 174) y desarrollado en casos posteriores como: IRC v Burmah Oil Co Ltd ([1982] STC 30 y Furniss v Dawson ([1984] STC 153).

<sup>9</sup> IRC v Duke of Westminster [1936] AC 1

<sup>10</sup> Judgments - Macniven (Her Majesty's Inspector of Taxes) v. Westmoreland Investments Limited. House of Lords, 8 de febrero de 2001. Proporcionado por Luis Gerardo del Valle

<sup>11</sup> Gregory v. Helvering, 293 U.S. 465 (1935); Commissioner v. Transport Trading & Termina Corp., 176 F.2d 570, 572 (2nd Cir. 1949), cert. denied 339 U.S. 916 (1949).

<sup>12</sup> Weiss v. Stearn, 265 U.S. 242, 254 (1924)

<sup>13</sup> Rettig, Charles P. and Salkin, Avrm. Technical Tax Shelters: From Trenches-Enhanced IRS Enforcement and the Uncertainties of Litigation.2003.

<sup>14</sup> Description of proposal in S. 2498. The TaxShelter Transparency Act. Senate Committee on Finance. June 13, 2002

<sup>15</sup> Practitioner: Aquel que ejerce cualquier arte o profesión en contraste con quien lo enseña. Black's Law Dictionary , Centennial Edition, Página 1,172.Saint Paul 1990

<sup>16</sup> Tax Shelters under attack. Meyer Alexander, Raquel , Hanson, Tandall, K. and Smith. James, K. The CPA Journal. Nueva York 2003.

<sup>17</sup> Referral Form for Reporting Abusive Tax promotions and/or Promoters. [www.irs.gov](http://www.irs.gov)

<sup>18</sup> Glossary of Offshore Terms: beneficial owner, nominee, custodian services, letter of wishes, etc. [www.irs.gov](http://www.irs.gov)