

ASPECTOS FISCALES DE LAS OPERACIONES INMOBILIARIAS REALIZADAS MEDIANTE FIDEICOMISOS

C.P.C JOSÉ PAUL HERNÁNDEZ COTA
Integrante de la Comisión Fiscal del IMCP

DIRECTORIO

C.P.C. José Besil Bardawil
PRESIDENTE

C.P.C. Florentino Bautista Hernández
VICEPRESIDENTE GENERAL

C.P.C. Diamantina Perales Flores
VICEPRESIDENTA DE RELACIONES Y DIFUSIÓN

C.P.C. Mario Enrique Morales López
VICEPRESIDENTE FISCAL

C.P.C. Mario Jorge Ríos Peñaranda
PRESIDENTE DE LA COMISIÓN FISCAL

C.P.C. Víctor M. Pérez Ruiz
RESPONSABLE DE ESTE BOLETÍN

LOS COMENTARIOS PROFESIONALES DE ESTE ARTÍCULO SON
RESPONSABILIDAD DEL AUTOR, SU INTERPRETACIÓN SOBRE LAS
DISPOSICIONES FISCALES PUEDE DIFERIR DE LA EMITIDA POR LA
AUTORIDAD FISCAL.

INTEGRANTES DE LA COMISIÓN FISCAL DEL IMCP

Aguilar Millán, Federico
Alvarado Nieto, Gerardo Jesús
Amezcuza Gutiérrez, Gustavo
Arellano Godínez, Ricardo
Cámara Flores, Víctor Manuel
Cavazos Ortiz, Marcial A.
De Anda Turati, José Antonio
De los Santos Valero, Javier
Erreguerena Albaitero, José Miguel
Eseverri Ahuja, José Ángel
Esquivel Boeta, Alfredo
Franco Gallardo, Juan Manuel
Gallegos Barraza, José Luis
Gómez Espiñeira, Antonio C.
Hernández Cota, José Paul
Lomelín Martínez, Arturo

Manzano García, Ernesto †
Mena Rodríguez, Ricardo Javier
Mendoza Soto, Marco Antonio
Moguel Gloria, Francisco Javier
Navarro Becerra, Raúl
Ortiz Molina, Óscar
Pérez Ruiz, Víctor Manuel
Pérez Sánchez, Armando
Puga Vértiz, Pablo
Ríos Peñaranda, Mario Jorge
Sainz Orantes, Manuel
Sánchez Gutiérrez, Luis Ignacio
Uribe Guerrero, Edson
Villalobos González, Héctor
Wilson Loaiza, Francisco Miguel
Zavala Aguilar, Gustavo

ASPECTOS FISCALES DE LAS OPERACIONES INMOBILIARIAS REALIZADAS MEDIANTE FIDEICOMISOS

C.P.C JOSÉ PAUL HERNÁNDEZ COTA
Integrante de la Comisión Fiscal del IMCP

INTRODUCCIÓN

Actualmente, el sector inmobiliario representa 14.1% del Producto Interno Bruto (PIB) del país, lo cual hace de este la segunda fuerza económica de México, al ser una industria en la que 98.7% de sus productos y de los insumos son de producción nacional, que genera tres millones de empleos y tiene impacto en 78 ramos de la economía.

El crecimiento proyectado para 2018 es prácticamente del mismo nivel que el registrado en el 2017, lo cual se logró muy a pesar de las adversidades económicas, principalmente el incremento en el costo de materiales de construcción.

Esa tendencia al alza continuará este año, impulsada por el dinamismo de zonas como el Bajío y el corredor industrial que abarca desde Querétaro, hasta Monterrey, pasando por Guanajuato, San Luis Potosí y Zacatecas. Dicho proyecto, implica desde parques industriales, logística, proveeduría, hasta aspectos de homologación de permisos que sean aplicables en todos los estados participantes, lo cual está ya detonando inversiones importantes en toda la región y que le permitiría crecer a esos Estados por arriba de 6% que se proyecta a nivel nacional en el sector inmobiliario. La otra región que despuntará por encima de las demás es la Riviera Maya, impulsada principalmente por la coyuntura de la depreciación del peso frente al dólar, ya que lo que hace sumamente atractivo para los extranjeros es la adquisición de propiedades en zonas costeras como Playa del Carmen, Tulum, Puerto Morelos o Punta Allen.

De igual forma, la región que tendrá un crecimiento por arriba de 6% durante 2018 es la frontera norte del país, donde el turismo médico y las zonas de descanso para pensionados estadounidenses tienen importantes inversiones en puerta, así como el crecimiento vertical de ciudades como Tijuana. La figura del fideicomiso ha sido un factor importante en el crecimiento del sector inmobiliario, debido a la seguridad que ofrece a los inversionistas que aportan los recursos para llevar a cabo los proyectos, también es un vehículo adecuado para otorgar las garantías necesarias a los fondos de inversión o bancos que participan en el financiamiento del proyecto, y aseguran se obtenga el debido beneficio a los fideicomisarios que se designen en el fideicomiso.

En materia fiscal la Ley del Impuesto Sobre la Renta (LISR) otorga al fideicomiso transparencia fiscal, es decir, serán los fideicomitentes o fideicomisarios según corresponda, los sujetos del pago del ISR. En este artículo me enfocaré a comentar los principales aspectos fiscales a considerar en la realización de las operaciones inmobiliarias, por medio de fideicomisos tanto empresariales y no empresariales, sin abordar de manera específica a los Fideicomisos Inmobiliarios de Bienes Raíces (FIBRAS), ya que esta figura requiere de un amplio análisis en particular.

ASPECTOS LEGALES DEL FIDEICOMISO

El artículo 46, fracción XV de la Ley de Instituciones de Crédito (LIC), establece las actividades que las instituciones de crédito se encuentran facultadas para llevar a cabo, entre las cuales se encuentran comprendidas la celebración de contratos de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC).

La LGTOC regula la figura del fideicomiso en sus artículos 381 al 391, de los cuales se destaca lo siguiente:

- En virtud del contrato de fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria, misma que deberá ser una de las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la LIC.
- Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica, asimismo el fideicomisario podrá ser designado por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en un acto posterior.
- La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitados, y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales.
- Por su parte, el fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo ciertos casos.
- Solo pueden ser fideicomitentes, las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para transmitir la propiedad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso, según sea el caso.
- Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular.
- Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan, y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo, o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros. La institución fiduciaria deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad.

De lo comentado anteriormente, se desprende que el fideicomiso es una figura jurídica mediante la cual una persona (fideicomitente) aporta ciertos bienes o derechos a una institución de crédito

constituida de conformidad con la LIC (institución fiduciaria), con objeto de que ésta realice el fin lícito para el cual fue constituido. Posteriormente, una vez que dicho fin sea cumplido por la institución fiduciaria, los frutos o provechos del fideicomiso deberán ser asignados a otra persona (fideicomisario), la cual podrá ser el propio fideicomitente o un tercero distinto del mismo.

El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento, pero su constitución deberá constar siempre por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.

La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto al constituirse el mismo, por lo que estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo.

La razón principal por la que es creado un fideicomiso es para cumplir con un fin determinado, podría decirse que el fin de un fideicomiso es el objeto o motivo para el que fue creado. Esto es, el fin es la actividad jurídica que realiza el fiduciario por instrucciones del fideicomitente, por medio del ejercicio obligatorio de los derechos que le transmite dicho fideicomitente.

En consecuencia, de lo comentados anteriormente se puede colegir que mediante la aportación del fideicomitente, la fiduciaria adquiere la propiedad o titularidad de los bienes o derechos afectos al fideicomiso, pero esta propiedad no es de manea absoluta, ya que no puede disponer unilateralmente de dichos bienes o derechos, el fiduciario únicamente puede actuar en el marco previsto en los fines del fideicomiso y bajo las instrucciones de los fideicomitentes o fideicomisarios, según sea el caso.

Es importante destacar que, de acuerdo a lo establecido por la LGTOC el fideicomiso no tiene personalidad jurídica propia, debido a que el fiduciario es quien ejerce los derechos y las acciones relativas a los bienes fideicomitados que se requieran para darle cumplimiento al fin lícito determinado por el fideicomiso.

FIDEICOMISOS INMOBILIARIOS.

De acuerdo a las definiciones y disposiciones de la LGTOC relativas al fideicomiso, podemos decir que un fideicomiso, por medio del cual se realizan operaciones inmobiliarias es aquel por medio del cual se transfieren bienes y recursos a una institución fiduciaria para que los administre con la finalidad de desarrollar un proyecto inmobiliario ya sea comercial, industrial, de vivienda, etc. De acuerdo con las instrucciones señaladas en el propio fideicomiso, transfiriendo al final del proceso los bienes inmuebles construidos al fideicomisario o compradores o, en su caso, destinar dichos inmuebles al arrendamiento.

Mediante el fideicomiso inmobiliario se puede generar la transparencia necesaria y la independencia suficiente que desde su constitución y durante la construcción del desarrollo inmobiliario, se incorporen nuevos inversionistas o beneficiarios.

Algunos fines que puede incluir un fideicomiso inmobiliario son:

- Recibe o adquiere inmuebles.
- Recibe recursos, licencias, permisos, proyecto inmobiliario.
- Construye el desarrollo inmobiliario.
- Paga a proveedores, constructora, asesores, etcétera.
- Constituye régimen de propiedad en condominio.
- Concluido el proyecto transmite la propiedad de los inmuebles a los compradores o fideicomisarios.
- Vende o arrienda inmuebles.
- Recibe el producto de la venta o aportaciones de los fideicomitentes.
- Al extinguirse el fideicomiso se transmite o reinvierte el patrimonio del fideicomiso a los fideicomisarios.

ENAJENACIÓN PARA EFECTOS FISCALES POR MEDIO DE FIDEICOMISO

La fracción V, del artículo 14 del Código Fiscal de la Federación (CFF), establece que se entenderá por enajenación de bienes la que se realiza, por medio del fideicomiso, en los siguientes casos:

- En el acto en el que el fideicomitente designa o se obliga a designar fideicomisario diverso de él y siempre que no tenga derecho a readquirir del fiduciario los bienes.
- En el acto en que el fideicomitente pierda el derecho a readquirir los bienes del fiduciario, si se hubiera reservado tal derecho.

Para que exista enajenación de bienes para efectos fiscales, por medio de un fideicomiso, se requiere que el fideicomitente designe o se obligue a designar fideicomisario diverso de él y además, que no tenga derecho a readquirir del fiduciario los bienes fideicomitados o lo pierda posteriormente, en caso de tener ese derecho.

A contrario sensu, no habrá enajenación en los fideicomisos en los cuales el fideicomitente mantenga el derecho a readquirir los bienes aportados al fideicomiso.

Cuando el fideicomitente reciba certificados de participación por los bienes que afecte en fideicomiso, se considerarán enajenados esos bienes al momento en que el fideicomitente reciba los certificados, salvo que se trate de acciones.

La cesión de los derechos que se tengan sobre los bienes afectos al fideicomiso, en cualquiera de los siguientes momentos:

- En el acto en el que el fideicomisario designado ceda sus derechos o dé instrucciones al fiduciario para que transmita la propiedad de los bienes a un tercero. En estos casos se considerará que el fideicomisario adquiere los bienes en el acto de su designación y que los enajena en el momento de ceder sus derechos o de dar dichas instrucciones.
- En el acto en el que el fideicomitente ceda sus derechos si entre éstos se incluye el de que los bienes se transmitan a su favor.

Cuando se emitan certificados de participación por los bienes afectos al fideicomiso y se coloquen entre el gran público inversionista, no se considerarán enajenados dichos bienes al enajenarse esos certificados, salvo que estos les den a sus tenedores derechos de aprovechamiento directo de esos bienes, o se trate de acciones. La enajenación de los certificados de participación se considerará como una enajenación de títulos de crédito que no representan la propiedad de bienes y tendrán las consecuencias fiscales que establecen las Leyes fiscales para la enajenación de tales títulos.

Como se puede observar, existe una diferencia notable entre la enajenación que se presentar para efectos legales por la transmisión de bienes que realiza el fideicomisario al fiduciario con motivo de su aportación al fideicomiso en los términos previstos por la LGTOC, y la enajenación de bienes para efectos fiscales en los términos del CFF.

Resulta razonable que exista esta divergencia entre ambas Leyes, ya que mientras la LGTOC se refiere a la transmisión de los bienes del fideicomitente al fiduciario, el CFF prevé la transmisión de propiedad entre el fideicomitente y fideicomisario, lo que conduciría a una operación de compra venta llevada a cabo, por medio de un contrato de fideicomiso y, por consiguiente, la generación de un ingreso acumulable para efectos fiscales para la parte enajenante por el monto de la contraprestación recibida.

Es claro que un tema relevante en el análisis del CFF respecto de las operaciones, por medio del fideicomiso, es el hecho de mantener la cláusula de readquisición, ya que resulta que no genera una enajenación para efectos fiscales cuando el fideicomitente se reserva el derecho a readquirir los bienes de la institución fiduciaria, al no haber enajenación el fideicomitente continúa siendo el propietario para efectos fiscales de dichos bienes.

Este hecho resulta conveniente cuando existes diferentes fideicomitentes que aportan bienes y recursos para llevar a cabo desarrollos inmobiliarios destinados al arrendamiento, debido a que en lugar de constituir una empresa con la aportación de dichos bienes tales como; terrenos y otros inmuebles en donde se genera claramente una enajenación con efectos fiscales para los aportantes, por medio del fideicomiso se podría evitar la enajenación y sus efectos fiscales consecuentes, toda vez que la vocación de este fideicomiso será el arrendamiento de los bienes inmuebles y no la venta a terceros.

FIDEICOMISOS EMPRESARIALES Y NO EMPRESARIALES

Un tema importante en las operaciones inmobiliarias que se llevan a cabo por medio de un fideicomiso es el hecho de determinar si dichas operaciones tienen naturaleza empresarial o no empresarial, esta situación cobra mayor relevancia al determinar el tratamiento fiscal del fideicomiso y de los fideicomitentes y fideicomisarios.

La LISR, en el artículo 13, establece el tratamiento fiscal para las operaciones que se realizan, por medio del fideicomiso cuando estas son de naturaleza empresarial, sin embargo, en él no define que debe entenderse por actividades empresariales.

Para tratar de acercarnos a una posible definición de cuando se está o no ante una actividad empresarial, debemos remitirnos a algunas disposiciones fiscales, en este sentido, el artículo 100 fracción I de la LISR, al referirse a los ingresos de personas físicas residentes en México, señala que se consideran ingresos por actividades empresariales, los provenientes de la realización de actividades comerciales, industriales, agrícolas, ganaderas, de pesca o silvícolas.

En este mismo tenor, el artículo 175, fracción VI de la referida ley, define a los ingresos provenientes de actividades empresariales para el caso de personas físicas residentes en México, a los derivados de las actividades a que se refiere el artículo 16 del CFF, dentro de esta misma definición también se precisa que los ingresos previstos dentro del capítulo de personas físicas, como los son; salarios, actividades profesionales, enajenación de inmuebles, arrendamiento de inmuebles, intereses, regalías, etc., no se consideran derivados de una actividad empresarial.

Por su parte, el artículo 16 del CFF establece lo que debe entenderse como actividades empresariales, considerando como tales a las actividades comerciales, industriales, agrícolas, ganaderas, silvícolas y las de pesca, sin embargo, este artículo no define el concepto de actividades comerciales. Para tal efecto nos remitimos al artículo 75 del Código de Comercio (CC), el cual señala que se reputan actos de comercio a una serie actividades entre ellas la compraventa, alquiler, etc. Las cuales para que se considere que son actividades comerciales se requiere que se realicen de manera continua y constante con el propósito de una especulación comercial.

Con base en lo anterior podemos deducir que son actividades empresariales, las mencionadas en el artículo 16 del CFF, entre ellas las comerciales, estas últimas comprenden entre otras a la enajenación de bienes inmuebles siempre y cuando se lleven a cabo de manera continua y con ánimo de especulación comercial.

Sin embargo, si la enajenación de bienes inmuebles no se realiza de manera continua y con propósito de especulación comercial, evidentemente no tendrá la naturaleza empresarial.

En el caso particular del otorgamiento del uso o goce temporal de bienes inmuebles (arrendamientos), por definición del propio CC, es un acto civil que no puede ser catalogado en ningún momento como una actividad empresarial.

Ahora bien, la LISR reconoce el hecho de que existen ingresos tanto de naturaleza empresarial como no empresariales, tratándose de personas físicas, el Título IV de la LISR prevé tratamientos fiscales en particular para ingresos provenientes de uso o goce temporal de bienes inmuebles, para enajenación de bienes inmuebles y para los ingresos provenientes de actividades empresariales, los cuales serán aplicables dependiendo de la naturaleza de los ingresos obtenidos.

Para residentes en el extranjero, el Título V de la citada Ley también contempla tratamientos específicos para ingreso con fuente de riqueza en el país por concepto de arrendamiento y enajenación de bienes inmuebles, para el caso de ingresos provenientes de actividades empresariales, estos ubican el extranjero en un Establecimiento Permanente en el país.

Es decir, en el caso de personas físicas y extranjeros, la LISR establece tratamientos particulares tanto para cuando un contribuyente obtiene ingresos derivados de actividades empresariales y no empresariales, como es el caso de la enajenación de bienes inmuebles, si esta se realiza de manera continua y con ánimo de lucro, se convertiría un acto de comercio y, por lo tanto, una actividad empresarial y en lugar de aplicar la disposición relativa a ingresos por enajenación de bienes inmuebles se tendría que aplicar la de ingresos por actividad empresarial, por lo que respecta a los ingresos por otorgamiento de uso o goce temporal de bienes inmuebles, deberán de ubicarse en la disposición particular para este tipo de ingreso, ya que por ser una acto de carácter civil no se consideran de naturaleza empresarial.

FIDECOMISOS EN LOS QUE SE REALIZAN ACTIVIDADES EMPRESARIALES

Tratándose de operaciones inmobiliarias que califiquen como actividades empresariales que se realicen, por medio de fideicomisos, el tratamiento fiscal aplicable está previsto en el artículo 13 de la LISR, en términos generales es el siguiente:

La fiduciaria determinará el resultado o la pérdida fiscal de dichas actividades en cada ejercicio y cumplirá por cuenta del conjunto de los fideicomisarios las obligaciones, incluso la de efectuar pagos provisionales.

Asimismo, la fiduciaria deberá expedir a los fideicomisarios o fideicomitentes, en su caso, comprobante fiscal en que consten los ingresos y retenciones derivados de las actividades empresariales realizadas, mediante el fideicomiso de que se trate.

Los fideicomisarios acumularán a sus demás ingresos del ejercicio, la parte del resultado fiscal de dicho ejercicio derivada de las actividades empresariales realizadas, por medio del fideicomiso que les corresponda, de acuerdo con lo estipulado en el contrato de fideicomiso y acreditarán en esa proporción el monto de los pagos provisionales efectuados por el fiduciario. La pérdida fiscal derivada de las actividades empresariales realizadas, mediante fideicomiso solo podrá ser disminuida de las utilidades fiscales de ejercicios posteriores derivadas de las actividades realizadas, por medio de ese mismo fideicomiso.

Cuando haya pérdidas fiscales pendientes de disminuir al extinguirse el fideicomiso, el saldo actualizado de dichas pérdidas se distribuirá entre los fideicomisarios en la proporción que les corresponda conforme a lo pactado en el contrato de fideicomiso y podrán deducirlo en el ejercicio en que se extinga el fideicomiso hasta por el monto actualizado de sus aportaciones al fideicomiso que no recupere cada uno de los fideicomisarios en lo individual.

La fiduciaria deberá llevar una Cuenta de Capital de Aportación (CUCA) por cada uno de los fideicomisarios, en la que se registrarán las aportaciones en efectivo y en bienes que haga al fideicomiso cada uno de ellos.

Las entregas de efectivo o bienes provenientes del fideicomiso que la fiduciaria haga a los fideicomisarios se considerarán reembolsos de capital aportado hasta que se recupere dicho capital y disminuirán el saldo de cada una de las cuentas individuales de capital de aportación que lleve la fiduciaria por cada uno de los fideicomisarios hasta que se agote el saldo de cada una de dichas cuentas.

Para los efectos de determinar la utilidad o pérdida fiscal del ejercicio derivada de las actividades empresariales realizadas por medio del fideicomiso, dentro de las deducciones se incluirá la que corresponda a los bienes aportados al fideicomiso por el fideicomitente cuando sea a su vez fideicomisario y no reciba contraprestación alguna en efectivo u otros bienes por ellos, considerando como costo de adquisición de los mismos el monto original de la inversión actualizado aún no deducido o el costo promedio por acción, según el bien de que se trate, que tenga el fideicomitente al momento de su aportación al fideicomiso y ese mismo costo de adquisición deberá registrarse en la contabilidad del fideicomiso y en la cuenta de capital de aportación de quien corresponda. El fideicomitente que aporte los bienes no podrá efectuar la deducción de dichos bienes en la determinación de sus utilidades o pérdidas fiscales derivadas de sus demás actividades.

Cuando los bienes aportados al fideicomiso se regresen a los fideicomitentes que los aportaron, los mismos se considerarán reintegrados al valor fiscal que tengan en la contabilidad del fideicomiso al momento en que sean regresados y en ese mismo valor se considerarán readquiridos por las personas que los aportaron.

En el supuesto de que alguno de los fideicomisarios sea persona física residente en México, se considerará como ingresos por actividades empresariales la parte del resultado o la utilidad fiscal derivada de las actividades empresariales realizadas, por medio del fideicomiso que le corresponda, de acuerdo con lo pactado en el contrato.

En el caso de residentes en el extranjero que sean fideicomisarios se consideran que tienen EP en México por las actividades empresariales realizadas en el país, mediante el fideicomiso y deberán presentar su declaración anual del impuesto sobre la renta por la parte que les corresponda del resultado o la utilidad fiscal del ejercicio derivada de dichas actividades.

Del tratamiento fiscal que establece al artículo 13 del al LISR, estaca el hecho de que el fideicomiso es un vehículo, por medio del cual se realizan actividades empresariales ente ellas operaciones inmobiliarias con naturaleza empresarial, las personas que participan en el mismo como los

fideicomisarios, a los cuales se les atribuyen el resultado fiscal determinado por el fiduciario en proporción de su participación en los términos del contrato de fideicomiso, dicha proporción del resultado fiscal se acumulará a los ingresos del fideicomisario ya sea persona moral, persona física o residente en el extranjero.

En el caso de la persona física, deberá de considerar este ingreso derivado de sus actividades empresariales, y por lo que respecta al residente en el extranjero, el ingreso se considera atribuible a un EP en el país.

Cabe señalar, que no existe una disposición o metodología para determinar las participaciones de los fideicomisarios en el fideicomiso, por lo que dicha proporción se determinará en función de lo que negocien o acuerden las partes.

Cuando por las actividades que se realicen se obtenga una pérdida fiscal, a diferencia de resultado fiscal, esta no se atribuye a los fideicomisarios excepto en el caso de extinción del fideicomiso, ya que solamente se pueden deducir de las utilidades fiscales de ejercicios posteriores generadas por medio del mismo fideicomiso.

En el caso de entregas de efectivo o bienes provenientes del fideicomiso que lleven a cabo las fiduciarias a los fideicomisarios con cargo a la CUCA, es claro que no se genera efectos fiscales, sin embargo, la disposición no contempla que sucede cuando dichas entregas exceden a la CUCA, desde mi punto de vista, tampoco se genera un impuesto debido a que dicha cantidad excedente proviene de utilidades fiscales que ya pagaron impuesto por los fideicomitentes.

En la aportación de bienes por parte del fideicomitente al fideicomiso, cuando este actúa a la vez como fideicomisario y no recibe contraprestación, se considerará como costo de adquisición de dichos bienes el monto original de la inversión actualizado aún no deducido al momento de efectuar su aportación, este valor se utilizara para efectos de determinar su deducción para efectos fiscales, así como el valor de a su aportación para determinar la CUCA, adicionalmente dichas aportaciones al fideicomiso no causan ISR para el fideicomitente.

FIDECOMISOS SIN ACTIVIDADES EMPRESARIALES

En el caso de personas físicas y de residentes en el extranjero sin EP, la LISR hace una clara diferenciación entre los ingresos provenientes de actividades empresariales y los ingresos que no tienen naturaleza empresarial, como es el caso de los ingresos por arrendamiento de bienes inmuebles y por la enajenación de bienes inmuebles.

Considerando lo anterior, los ingresos provenientes de arrendamiento de bienes inmuebles o de enajenación de bienes inmuebles que no tengan naturaleza empresarial que se lleven a cabo por medio de un fideicomiso, se apartan del tratamiento previsto por el artículo 13 de la LISR, debido a que dicho artículo solamente es aplicable a las operaciones de carácter empresarial que se realicen por medio del fideicomiso.

RESIDENTES EN EL EXTRANJERO

En el caso de residentes en el extranjero que obtengan ingresos con fuente de riquezas en México sin en EP en el país, están obligados a pagar el impuesto por los ingresos que perciban provenientes de los ingresos de fuente de riqueza en territorio nacional.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 153 de la LISR, cuando los residentes en el extranjero obtengan ingresos provenientes de fuente de riqueza situados en el territorio nacional en calidad de fideicomitentes o fideicomisarios, por concepto de arrendamiento o enajenación, de bienes inmuebles por medio del fideicomiso constituidos de conformidad con las Leyes mexicanas, la fiduciaria determinará el monto gravable de dichos ingresos de cada residente en el extranjero y deberá de efectuar la retención del ISR que hubiese procedido de haber obtenido ellos directamente el ingreso.

Derivado de lo anterior, se aprecia que los ingresos por arredramiento y enajenación de bienes inmuebles por medio del fideicomiso tienen un tratamiento transparente ya que son atribuibles directamente al residente en el extranjero en su calidad de fideicomitente o fideicomisarios según sea el caso, por su parte la fiduciaria se encargará de efectuar la retención del ISR correspondiente.

Para efectos de lo anterior, la tasa de retención aplicable a los ingresos por fuente de riqueza en México, prevista por la LISR para el caso de arrendamiento y de enajenación de bienes inmuebles, es de 25%.

En efecto, en el caso de que el extranjero que reciba el ingreso resida en un país con el que México tenga celebrado un tratado para evitar la doble tributación, se podría efectuar una retención menor de ISR, siempre que se cumplan con los requisitos previstos por la LISR y por el propio tratado en materia de aplicación de beneficios.

PERSONAS FÍSICAS RESIDENTES EN MÉXICO

En lo referente a las personas físicas que obtengan ingresos por medio de fideicomisos provenientes de actividades que no se consideren empresariales, no existe una disposición que en general aplique a todos los ingresos del Título de personas físicas cuando se realicen operaciones por medio de fideicomisos, tal como si se establece en el Título de residentes en el extranjeros con fuente de riqueza en México, sin embargo en particular el artículo 117 prevé el tratamiento aplicable a los ingresos de personas físicas provenientes de arrendamiento de bienes inmuebles percibidos por medio de fideicomisos.

El referido artículo establece, que en las operaciones de fideicomiso por el que se otorgue el uso o goce temporal de bienes inmuebles, se considera que los rendimientos son ingresos del fideicomitente aun cuando el fideicomisario sea una persona distinta, a excepción de un fideicomiso irrevocable en los cuales el fideicomitente no tenga el derecho a readquirir el bien inmueble, en cuyo caso se considera que los rendimientos son ingresos del fideicomisario desde el momento en el que el fideicomitente pierda el derecho a readquirir el bien inmueble.

Esta disposición es congruente con lo que establece el CFF, ya que, si el fideicomitente conserva el derecho a readquirir los bienes aportados al fiduciario, no se ha materializado la enajenación para efectos fiscales y fideicomitente sigue siendo el propietario para efectos fiscales de dichos bienes y, por lo tanto, en el caso de arrendamiento de bienes inmuebles, por medio del fideicomiso los ingresos le serán atribuibles al fideicomitente.

En este caso, la fiduciaria efectuará pagos provisionales por cuenta de aquel que corresponda el rendimiento, en los meses de mayo, septiembre y enero del siguiente año, dicho pago será por el monto que resulte de aplicar la tasa del 10% sobre los ingresos del cuatrimestre, sin deducción alguna.

El ingreso que perciban las personas físicas derivado del arrendamiento de bienes inmuebles realizado por medio del fideicomiso, ya sea en su calidad de fideicomitente o fideicomisario, según sea el caso, tendrá el tratamiento que establece el capítulo III del Título IV, de los ingresos por arrendamiento y en general por el otorgar el uso o goce temporal de bienes inmuebles, para efectos de terminar su impuesto en el ejercicio, con la opción de aplicar una deducción sin comprobación (Deducción Ciega), en sustitución de las deducciones que establece el mencionado capítulo.

En el caso enajenación de bienes inmuebles por parte de personas físicas, como quedó de manifiesto en párrafos anteriores, cuando no tenga naturaleza empresarial deberán de determinar el ISR y cumplir con sus obligaciones fiscales, de conformidad con lo que establece el capítulo IV del Título IV de los ingresos por enajenación de bienes obtenidos por personas físicas.

Sin embargo, en el capítulo referente a los ingresos por enajenación de bienes inmuebles no prevé una disposición que contemple el tratamiento que se le debe dar a las operaciones que se realicen través de fideicomisos, a diferencia de lo previsto en el caso de arrendamiento.

No obstante que no exista una disposición específica para personas físicas que enajenen bienes inmuebles por medio de un fideicomiso no empresarial, tampoco existe disposición para ingresos derivados de operaciones realizadas por personas morales, en virtud de que el artículo 13 de LISR es aplicables genéricamente a la realización de actividades empresariales ya sea por personas físicas o por personas morales, otorgando una tratamiento transparente en el pago del impuesto a cargo del fideicomitente o fideicomisario, según sea el caso.

El que no haya una disposición específica en la LISR para la enajenación de bienes inmuebles por medio del fideicomiso, no quiere decir que la persona que obtengan el ingreso derivado de dichas operaciones no esté sujeta al pago del impuesto, como ya lo comenté el CFF prevé cuando se considera que hay enajenación para efectos fiscales en operaciones que se realicen por medio del fideicomiso, por su parte, la LISR en el capítulo aplicable a la enajenación de bienes inmuebles de personas físicas señala el tratamiento para quien obtenga ingresos de estas operaciones, evidentemente en este caso no será el fiduciario quien efectúe la retención del impuesto por concepto de pago provisional, sin embargo, la disposición contempla que en las operaciones que se consignan en escritura pública, como es el caso de la enajenación de inmuebles, será el fedatario público ante el cual se consigne la operación quien deberá de efectuar el cálculo y enterar el pago provisional bajo su responsabilidad.

Resulta conveniente que se incorpore en la LISR una disposición con aplicación general a personas físicas cuando obtengan ingresos no empresariales derivado de operaciones realizadas por medio del fideicomiso, de la misma forma que está previsto para los ingresos de extranjeros con fuente de riqueza en México sin EP, cuando realicen operaciones por medio de fideicomisos.

OPCIÓN DE REGLA MISCELÁNEA PARA INGRESOS PASIVOS

Por otra parte, la Regla Miscelánea (RM) 3.1.15 vigente para el ejercicio 2018, prevé la opción para las personas que perciban ingresos por medio de fideicomisos de considerar estos ingresos no provienen de actividades empresariales en ciertos supuestos, entre los cuales está que al menos el 90% de los ingresos percibidos por medio de fideicomiso sean ingresos pasivos.

Para estos efectos, se consideran ingresos pasivos los intereses, la ganancia cambiaria, la ganancia proveniente de operaciones financieras derivadas de deuda, las ganancias por la enajenación de certificados de participación o bursátiles, los dividendos, la ganancia por la enajenación de acciones, la ganancia proveniente de operaciones financieras derivadas de capital, el ajuste anual por inflación acumulable, los ingresos provenientes de arrendamiento o sub arrendamiento y, en general, por otorgar a título oneroso el uso o goce temporal de bienes inmuebles, en cualquier forma.

Al amparo de esta RM, cuando se determine pérdida fiscal por las actividades pasivas por medio del fideicomiso, se tendrán que aplicar contra las utilidades de actividades pasivas que se determinen dentro del fideicomiso que obtengan en ejercicios posteriores, o de sus propios ingresos cuando se liquide el fideicomiso, tal como lo prevé el artículo 13 de la LISR, para actividades empresariales.

Esta regla, también dispone que, una vez ejercida la opción, los fideicomisarios o, en su defecto, los fideicomitentes deben tributar en conforme al tratamiento fiscal que le correspondan a cada uno de ellos, respecto de todos los ingresos acumulables y deducciones autorizadas que obtengan por medio del fideicomiso, para lo cual la fiduciaria debe proporcionarles la información necesaria y cumplir con emitir constancias de retención e información de pagos realizados.

Como se puede observar, mediante esta RM se reconoce que no son actividades empresariales las que se realicen para obtener ingresos pasivos que se definen en dicha regla, pero desafortunadamente no requieren que sea la fiduciaria la que retenga el ISR a las personas físicas residentes en México que perciban los ingresos, cuando proceda la retención de dicho impuesto, como deben hacerlos en el caso de que sean residentes en el extranjero quienes lo perciban.

En adición a lo comentado anteriormente, es importante destacar que dicha RM tiene aplicación para efectos del artículo 2 y 13 de la LISR, es decir para efectos de atribuir un EP a las actividades empresariales realizadas por extranjeros en el país, y para efectos de la

aplicación del tratamiento fiscal para fideicomisos, por medio de los cuales se realizan actividades empresariales.

Como consecuencia de lo anterior, por una parte, cuando se obtengan ingresos pasivos derivados de operaciones realizadas por medio de fideicomisos, no se constituye un EP en el país para los extranjeros que participan en él y, por otra parte, las personas físicas que obtengan ingresos, por medio de fideicomisos con operaciones pasivas se acumularán en función del tipo de ingreso de que se trate, como podría ser ingresos por arrendamiento o enajenación, de bienes inmuebles. Según sea el caso, ambas supuestos reiteran lo previsto por las disposiciones fiscales relativas a personas física y residente en el extranjero, como se analizó anteriormente.

Sin embargo, la aplicación de esta regla es opcional, por lo cual habría que evaluar su posible beneficio contra la aplicación de las disposiciones de Ley, en particular el hecho de que la regla implica determinar el resultado fiscal a cargo del fiduciario y asignarlo a los beneficiarios en la proporción establecida en el contrato de fideicomiso para que lo acumulen a sus demás ingresos, y en el caso de las pérdidas solo reducirlas contra los resultados fiscales determinados dentro del fideicomiso, lo que limita su aplicación.

EFFECTOS EN LA LEY DEL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO

La Ley del Impuesto al Valor Agregado (LIVA) no contempla disposición alguna que precise el tratamiento fiscal de las operaciones realizadas por medio de fideicomisos.

De acuerdo con el artículo 1 de la LIVA, están obligadas al pago del impuesto, las personas físicas y morales que en territorio nacional realicen los actos o actividades, previstos por la Ley, tales como; enajenación de bienes, prestación de servicios, otorgamiento por el uso o goce temporal de bienes y la importación de bienes o servicios.

A través de un fideicomiso inmobiliario se realizan actos o actividades gravadas como la enajenación o el otorgamiento del uso o goce temporal, de bienes inmuebles.

En este contexto, surge una primera cuestión, ¿quién es el sujeto del impuesto que realiza el acto gravado?, ¿el fiduciario quien detenta la propiedad o titularidad del bien? o ¿el fideicomitente o fideicomisario que obtendrán los ingresos derivados de la operación?

En materia de enajenación de bienes, el artículo 8 de la LIVA, establece que se entiende por enajenación además de lo señalado por el CFF, el faltante de bienes en los inventarios de la empresa.

Es decir, la LIVA considera como un acto o actividad gravada a la enajenación de bienes, y por su parte el CFF establece los diferentes puestos que se entienden como enajenación, tal como se comentó en un apartado anterior.

Respecto de operaciones por medio de fideicomisos, el CFF prevé que existe enajenación para efectos fiscales cuando el fideicomitente designa o se obliga a designar a fideicomisario diverso de él y siempre que no tenga el derecho a readquirir del fiduciario los bienes.

Además, es importante subrayar que el último párrafo del mencionado artículo 14 del CFF señala que cuando de conformidad con el referido artículo, se entiende que hay enajenación el adquirente se considera propietario de los bienes para efectos fiscales.

Con base en lo comentado en los párrafos anteriores, podemos arribar a la conclusión de que, en las operaciones de enajenación realizadas por medio de un fideicomiso, para efectos fiscales es el fideicomisario que aporta los bienes al fideicomiso el enajenante, y por otra parte el fideicomisario el adquirente de los bienes.

En adición a lo comentado en el párrafo anterior, el artículo 74 del Reglamento de la LIVA (RIVA), prevé la opción para que la fiduciaria traslade el impuesto y emitan los comprobantes fiscales por cuenta de las personas que realizan los actos o actividades por medio de un fideicomiso.

Además, la disposición anterior obliga a que el fideicomiso sea registrado ante el Registro Federal de Contribuyentes (RFC), y a la institución fiduciaria a asumir la responsabilidad solidaria del pago del IVA que se cause por las actividades realizadas mediante el fideicomiso.

CONCLUSIÓN

El fideicomiso es un vehículo que por sus atributos legales y fiscales permite de manera adecuada desarrollar y administrar proyectos inmobiliarios de diferentes magnitudes, otorga certeza jurídica a sus participantes, y para efectos fiscalmente se logra una transparencia en el pago del impuesto.

Es innegable el hecho de que existen varios temas que desde el punto de vista fiscal deben de precisarse en las disposiciones fiscales para evitar conflictos de interpretación y dar mayor certeza jurídica a esta figura.

En adición a los comentados expresados en este artículo, es recomendable analizar los fideicomisos emisores de CKD, los fideicomisos con estímulo fiscal, como es el caso de los FIBRAS y los fideicomisos de capital de riesgo FICAPS, así como los fideicomisos de inversión en energía e infraestructura FIBRA E, que ofrecen diversos beneficios fiscales.