Marco fiscal del fideicomiso

Lic. Alejandro Moreno Pérez

La denominación que le dí a mi trabajo, es "MARCO FISCAL DEL FIDEICOMISO". Quiero hacer una breve aclaración de la razón de esta denominación.

La normatividad fiscal del fideicomiso en nuestras leyes, aparece como una respuesta del legislador a estrategias fiscales que mediante la utilización del fideicomiso se han venido implementando por los particulares. Ello ha traído como consecuencia que las diversas normas no se encuentren ordenadas ni compiladas en nuestra legislación fiscal, y que incluso, algunas de ellas aparezcan como contradictorias.

Lo anterior hace complejo el conocimiento del régimen fiscal del fideicomiso, y un estudio profundo del mismo llevaría mucho tiempo. La naturaleza de esta sesión-comida, hace necesario, según lo hemos visto en pasadas exposiciones, que las ponencias sean desarrolladas en un corto espacio de tiempo.

De lo dicho, surgió la idea de presentar a ustedes un trabajo cuyo único objetivo es ensayar la ordenación de las disposiciones fiscales que regulan las operaciones en las que interviene un fideicomiso, clasificando esta figura jurídica con base en tales disposiciones. Esto es, delineando tan solo el "Marco Legal".

Antes de entrar de lleno al tema, quiero hacer otra aclaración previa. Si bien estoy consciente de que en la actividad notarial,

el aspecto más importante relativo al régimen fiscal del fideicomiso, se presenta en el otorgamiento de actos constitutivos de fideicomiso sobre inmuebles, he querido abordar toda la normatividad fiscal alrededor de esta figura, y por tanto, hablaré de contratos de fideicomiso para cuya celebración no se requiere de la formalidad notarial, siendo, en consecuencia, poco común que nos enfrentemos a ellos. Sin embargo, mi opinión es que la calidad de asesor y profesional del Derecho por excelencia del Notario Público, en un entorno de negocios que ha incrementado la utilización del fideicomiso, hacen conveniente, por no decir necesario, que el Notario conozca la regulación fiscal de este contrato mercantil.

Un ejemplo confirmará lo anterior: el fideocomiso a través del cual se realicen actividades empresariales, trae como consecuencia que las personas físicas que tengan el carácter de fideocomisarios queden sujetas al régimen fiscal de las actividades empresariales. Ello implica que el Notario no debe retener el pago provisional por la enajenación de bienes inmuebles realizada a través de esta clase de fideicomiso. He conocido casos en donde el Notario ha pretendido hacer esa retención por desconocer el régimen fiscal de los fideicomisos llamados "de actividades empresariales".

En este orden de ideas, me he atrevido a clasificar los fideicomisos según su regulación fiscal, en cinco tipos que son:

I. FIDEICOMISOS A TRAVES DE LOS CUALES SE REALICEN ACTIVIDADES EMPRESARIALES.

II. FIDEICOMISOS A TRAVES DE LOS CUALES SE PERCIBAN INGRESOS POR EL SERVICIO DE HOSPEDAJE.

III. FIDEICOMISOS A TRAVES DE LOS CUALES SE CONCEDA EL USO O GOCE DE BIENES.

IV. FIDEICOMISOS A TRAVES DE LOS CUALES SE ENAJENEN BIENES.

V. FIDEICOMISOS QUE SON UN ELEMENTO INDISPENSABLE PARA OBTENER DEDUCCIONES DE IMPUESTOS.

Me referiré a ellos por su orden:

I. FIDEICOMISOS A TRAVES DE LOS CUALES SE REALICEN ACTIVIDADES EMPRESARIALES.

La disposición básica a este respecto, se encuentra en el artículo 9o. De la Ley del Impuesto Sobre la Renta, que a la letra dice:

"Artículo 9o. Actividad Empresarial a través de Fideicomiso. Cuando a través de un fideicomiso se realicen actividades empresariales, la fiduciaria determinará en los términos del Título II de esta Ley, la utilidad o la pérdida fiscal de dichas actividades y cumplirá por cuenta del conjunto de los fideicomisarios las obligaciones señaladas en esta Ley, incluso la de efectuar pagos provisionales. Los fideicomisarios acumularán a sus ingresos en el ejercicio, la parte de la utilidad fiscal que les corresponda en la operación del fideicomiso, o en su caso, deducirán la pérdida fiscal y pagarán individualmente el impuesto del ejercicio y acreditarán proporcionalmente el monto de los pagos provisionales, incluyendo su ajuste, efectuados por el fiduciario.

Cuando alguno de los fideicomisarios sea persona física, considerará esas utilidades como ingresos por actividades empresariales. En los casos en que no se hayan designado fideicomisarios, o cuando éstos no puedan individualizarse, se entenderá que la actividad empresarial la realiza el fideicomitente.

Para determinar la participación en la utilidad o pérdida fiscal, se atenderá a la fecha de terminación del ejercicio fiscal que para el efecto manifiesta la fiduciaria.

Cálculo de pagos provisionales

Los pagos provisionales a que se refiere este artículo se calcularán de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 12 de esta Ley aplicado a las actividades del fideicomiso. En el primer año de calendario de operaciones del fideicomiso o cuando no resulte coeficiente de utilidad conforme a lo anterior, se considerará

como coeficiente de utilidad para los efectos de pagos provisionales, el que corresponda en los términos del artículo 62 de esta Ley, a la actividad preponderante que se realice mediante el fideicomiso. Para tales efectos, la fiduciaria presentará una declaración por sus propias actividades y otra por cada uno de los fideicomisos.

Los fideicomisarios o, en su caso, el fideicomitente, responderán por el incumplimiento de las obligaciones que por su cuenta deba cumplir la fiduciaria".

De la lectura del artículo 9o. se debe extraer una primera conclusión, que como veremos es válida para el tratamiento que todas las leyes fiscales vigentes dan al fideicomiso. Esta consiste en que el fideicomiso es sólo un intrumento fiscal totalmente transparente para las personas físicas o morales que lo celebran, ya que las consecuencias jurídico-fiscales que del mismo se derivan, recaen en los otorgantes de dicho fideicomiso. No es pues el fideicomiso ni el fiduciario actuando en ejecución del mismo, quienes son sujetos directos de una obligación fiscal.

En efecto, el primer párrafo de la disposición en comento, establece que cuando a través del fideicomiso se realicen actividades empresariales, corresponderá a la fiduciaria determinar la utilidad o la pérdida fiscal que arrojen dichas actividades por cuenta del conjunto de los fideicomisarios. Agrega que los fideicomisarios acumularán a sus ingresos la utilidad o deducirán la pérdida y pagarán individualmente el impuesto del ejercicio.

Son pues los fideicomisarios los sujetos pasivos de la obligación fiscal y no el fideicomiso mismo ni el fiduciario. Conviene aquí también observar que tampoco es el fideicomitente el sujeto pasivo de la obligación fiscal, salvo en el caso de que no existan fideicomisarios o éstos no puedan individualizarse. Finalmente, es conveniente destacar que si los fideicomisarios son personas físicas, deberán considerar sus ingresos como provenientes de

una actividad empresarial y por tanto sujetos al régimen que al efecto establece el capítulo VI del título IV de la Ley.

Ahora bien, es indudable que el artículo 9o. establece obligaciones a cargo de la fiduciaria, pero éstas son de diferente clase a la del sujeto pasivo de la obligación. Son obligaciones, que con ánimo de ser descriptivo y no porque exista este término jurídicamente, son "instrumentales". Así, es en el fiduciario en quien recae la obligación de realizar las operaciones aritméticas para determinar la utilidad o la pérdida fiscal a quien corresponde realizar físicamente los pagos provisionales; llevar contabilidad y en general aquellas que establece el Código Fiscal de la Federación, diversas a la obligación del pago de impuestos. Desde luego, como elemento de convencimiento para que el fiduciario cumpla fielmente estas obligaciones, el Código Fiscal de la Federación establece en la fracción II del artículo 26, que el fiduciario, como persona obligada a efectuar pagos provisionales por cuenta del contribuyente, es responsable solidario hasta por el monto de estos pagos.

Continuando con la revisión del artículo 9o., pero en otro orden de ideas, quiero hacer notar que el tercer párrafo del mismo dejó de tener aplicación a virtud de lo dispuesto por el artículo 11 del Código Fiscal de la Federación, que textualmente dispone que "cuando las leyes fiscales establezcan que las contribuciones se calcularán por ejercicios fiscales, éstos coincidirán con el año del calendario".

Respecto al cálculo de los pagos provisionales, el artículo 9o. expresamente remite a las bases contenidas en el artículo 12 de la ley, que regula el procedimiento establecido al efecto para las personas morales. Sin embargo, es importante tener en cuenta una diferencia en relación con el régimen de pagos provisionales para personas morales y del fideicomiso a través del cual se realicen actividades empresariales. Esta consiste en que las personas morales no tienen obligación de realizar pagos provisiona-

les en su primer ejercicio fiscal, en cambio sí se deben de realizar dichos pagos, desde el primer año en que se realicen las actividades empresariales a través del fideicomiso.

Otras normas de singular importancia para estos fideicomisos, se encuentran en la Ley del Impuesto al Activo, la cual en su artículo 1o. expresamente dispone:

"Artículo 1o. Sujetos del Impuesto. Las personas físicas que realicen actividades empresriales y las personas morales, residentes en México, están obligadas al pago del impuesto al activo, por el activo que tengan, cualquiera que sea su ubicación. Las residentes en el extranjero que tengan un establecimiento permanente en el país, están obligadas al pago del impuesto por el activo atribuible a dicho establecimiento. Las personas distintas a las señaladas en este párrafo, que otorguen el uso o goce temporal de bienes que se utilicen en la actividad de otro contribuyente de los mencionados en este párrafo, están obligadas al pago del impuesto, únicamente por esos bienes".

"Residentes en el Extranjero.

También están obligados al pago de este impuesto, los residentes en el extranjero por los inventarios que mantengan en territorio nacional para ser transformados o que ya hubieran sido transformados por algún contribuyente de este impuesto".

Como ya vimos, cuando los fideicomisos en los fideicomisarios a través de los cuales se realicen actividades empresariales sean personas físicas, estarán sujetos al régimen fiscal de las actividades empresariales, y por lo tanto serán sujetos del Impuesto al Activo.

Como ustedes saben, la base de este Impuesto, será el valor de los activos utilizados en la actividad empresarial en un ejercicio fiscal, y la tasa es el 2% sobre dicho valor.

El régimen de pagos provisionales para los fideicomisos a través de los cuales se realicen actividades empresariales (y también para la Asociación en Participación), se regula en el

párrafo décimo del artículo 7o. De la Ley del Impuesto del Activo, que expresamente dice:

"Artículo 7o. Pagos Provisionales Mensuales. Los contribuyentes efectuarán pagos provisionales mensuales, a cuenta del impuesto del ejercicio".

"Pagos por Fiduciarios y Asociantes.

Cuando a través de un fideicomiso o de una asociación en participación se realicen actividades empresariales, el fiduciario o el asociante efectuará por cuenta de los fideicomisarios o por cuenta propia y de los asociados, según sea el caso, los pagos provisionales a que se refiere este artículo, por el activo correspondiente a las actividades realizadas por el fideicomiso o asociación, considerando para tales efectos el activo que correspondió a dichas actividades en el último ejercicio del fiduciario o asociante".

A estas alturas de nuestra plática, se hace urgente responder dos preguntas, que son: ¿Cuáles son los ingresos provenientes de actividades empresariales? Y ¿cuáles son estas actividades empresariales?

La respuesta a la primer pregunta la encontramos en el artículo 107 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, que expresamente dice:

"Artículo 107. Concepto de Ingresos por Actividades Empresariales. Se consideran ingresos por actividades empresariales los provenientes de la realización de actividades comerciales, industriales, agrícolas, ganaderas, de pesca o silvícolas.

Sujeto.

Se entiende que el ingreso lo percibe la persona que realiza las actividades citadas en el párrafo anterior".

La respuesta a la segunda pregunta, la proporciona en principio, el artículo 16 del Código Fiscal de la Federación, que dispone:

"Artículo 16. Definición de Actividades Empresariales. Se entenderá por actividades empresariales las siguientes:

Comerciales.

I. Las comerciales que son las que de conformidad con las leyes federales tienen ese carácter y no están comprendidas en las fracciones siguientes.

Industriales.

II. Las industriales entendidas como la extracción, conservación o transformación de materias primas, acabado de productos y la elaboración de satisfactores.

Agrícolas.

III. Las agrícolas que comprenden las actividades de siembra, cultivo, cosecha y la primera enajenación de los productos obtenidos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.

Ganaderas.

IV. Las ganaderas que son las consistentes en la cría y engorda de ganado, aves de corral y animales, así como la primera enajenación de sus productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.

Pesqueras.

V. Las de pesca que incluyen la cría, cultivo, fomento y cuidado de la reproducción de toda clase de especies marinas y de agua dulce, incluida la acuacultura, así como la captura y extracción de las mismas y la primera enajenación de esos productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.

Silvícolas.

VI. Las silvícolas que son las de cultivo de los bosques o montes, así como la cría, conservación, restauración, fomento y aprovechamiento de la vegetación de los mismos y la primera enajenación de sus productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.

Concepto de empresa y de establecimiento.

Se considerará empresa la persona física o moral que realice

las actividades a que se refiere este artículo, y por establecimiento se entenderá cualquier lugar de negocio en el que se desarrollen, parcial o totalmente, las citadas actividades empresariales".

Creo que no hay ningún problema especial que comentar respecto a las definiciones de las actividades diversas a las comerciales que menciona el artículo 16 del Código Fiscal. Lo que en la práctica genera en muchos casos fuertes dudas para calificar si se realizan o no actividades empresariales a través de fideicomiso, son las denominadas actividades comerciales.

Esto es así, porque la remisión que hace la fracción I a las leyes federales, enfrenta al profesionista, y en especial al jurista, al concepto legal de acto de comercio, el cual es objeto de múltiples criterios doctrinales y judiciales. No es en este foro en donde se puede analizar esta problemática, por lo que me atrevo, sin entrar en profundas discusiones, a establecer las siguientes premisas:

1a. Las leyes federales a que nos remite la fracción I, son indudablemente las leyes mercantiles, destacándose a mi juicio el Código de Comercio, y más específicamente, su artículo 75 que contiene el catálogo básico del acto de comercio. Esto quiere decir, que para determinar si una actividad es comercial y por ende empresarial, se debe de analizar si estamos ante actos de naturaleza mercantil, ya que la realización de actos civiles no caerá en este rubro.

2a. Dentro de la amplia gama de actos de comercio o de naturaleza mercantil, sólo se refiere la norma fiscal a aquellos que obtienen dicho carácter del fin que se persigue con los mismos, que en los términos del artículo 75 del Código de Comercio, son los realizados "con propósito de especulación comercial", esto es, persiguiendo un fin de lucro. Así ingresan en este concepto:

(i) Adquisiciones, enajenaciones o concesión de uso o goce de bienes muebles cuyo fin primordial sea el obtener lucro (art. 75 Fr. I C.C.).

(ii) Compra-venta de bienes inmuebles con fin de lucro (art. 75 Fr. II C.C.).

(iii) Operaciones bancarias (art. 75 Fr. IV C.C.)

(iv) Creación, explotación, desarrollo, liquidación de empresas (art. 75 Frs. V a XI).

(v) Cualquier otro de naturaleza análoga a los mencionados, según reza la fracción XXIV del art. 75 del Código de Comercio, que a mi juicio son aquellos que se realizan mediante la organización de los factores de la producción con el fin de obtener un lucro a través de la realización habitual de dichos actos.

De lo dicho se desprende que, para determinar si un fideicomiso es o no "de actividades empresariales", por realizarse a través de él "actividades comerciales" se deben analizar los actos que a través del mismo se realizan. Nada importa la denominación que se le dé al fideicomiso; lo importante es la naturaleza de los actos que a través del mismo se realizan, a efecto de definir si son o no actos de comercio, y en caso afirmativo, si éstos se realizan habitualmente para obtener un lucro.

Menciono lo anterior, porque en la práctica es común escuchar que los fideicomisos de administración y los fideicomisos de garantía no caen dentro de lo previsto en el artículo 9o. de la Ley del Impuesto Sobre la Renta. En materia jurídica no importan los títulos o nombres que se les den a los actos; importa la naturaleza real de los derechos y obligaciones convenidos por las partes.

II. FIDEICOMISOS A TRAVES DE LOS CUALES SE PERCIBAN INGRESOS POR EL SERVICIO DE HOSPEDAJE.

En el capítulo X, Título IV de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, que regula los demás ingresos que obtengan las personas físicas, diversos a los otros ingresos que se encuentran previstos en el propio Título IV, se encuentran las siguientes disposiciones:

"Artículo 133. Ingresos que se gravan. Se entiende que, entre otros, son ingresos en los términos de este Capítulo los siguientes:

Condóminos y Fideicomisarios:

III. Las cantidades que correspondan al contribuyente en su carácter de condómino o fideicomisario de un inmueble destinado a hospedaje, otorgado en administración a un tercero a fin de que lo utilice para hospedar a personas distintas del contribuyente".

Por su parte el artículo 135 dispone que las personas que administren el inmueble de que se trate, deberán retener por los pagos que efectúen a los condóminos o fideicomisarios, el 35% sobre el monto de los mismos.

Respecto a fideicomisarios residentes en el extranjero, el artículo 148-A, también de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, establece que la fuente de riqueza está ubicada en Territorio Nacional, cuando en el país esté ubicado dicho inmueble, gravando al residente en el extranjero con una tasa del 35%.

Aún cuando los artículos mencionado se encuentran ubicados en la ley dentro del capítulo de personas físicas, estableciendo un régimen fiscal específico para los ingresos provenientes de las actividades ahí mencionadas, es interesante destacar que los fideicomisos que menciona, son fideicomisos a través de los cuales, indudablemente, se realizan actividades comerciales, y por ende, empresariales.

Efectivamente, si bien el contrato de hospedaje es un contrato nominado de tipo civil, regulado en los Códigos Civiles del Distrito Federal y de los Estados de la República, dentro del título "Del Contrato de Prestación de Servicios", cuando se celebra por una empresa en forma habitual y con propósitos de lucro, tiene el carácter de mercantil. A virtud de ello, configura una actividad comercial y por lo tanto una actividad empresrial de acuerdo a la definición fiscal de la misma, con base en lo dispuesto por el artículo 16 del Código Fiscal y por la fracción XXIV del artículo 75 del Código de Comercio a que ya me referí anteriormente.

Así pues, el legislador mediante la adición de estos artículos

en el año de 1989, sustrae a los fideicomisos en comento, del Régimen establecido para los fideicomisos a través de los cuales se realicen actividades empresariales.

Haciendo a un lado la referencia a los condóminos que mencionan estas disposiciones fiscales, nos encontramos que los elementos de la norma fiscal prevén un ingreso percibido por una persona física (no moral), a través de un fideicomiso que contenga los siguientes elementos:

1. El patrimonio del fideicomiso será un inmueble destinado a hospedaje.

2. Que el hospedaje se preste a personas diversas del fideicomisario persona física.

3. Que la administración del inmueble se confiera a un tercero.

En este supuesto, la tasa del Impuesto es del 35% considerando como base los pagos que efectivamente se efectúen a los fideicomisarios; pagos que obviamente en la práctica se realizarán después de deducir todos los gastos de operación y administración requeridos para la prestación del servicio de hospedaje.

La obligación de retener este impuesto recae en el tercero que administre la empresa turística, de forma tal que no es en el fiduciario en quien recae esta obligación como en el caso de los fideicomisos a través de los cuales se realicen actividades empresariales, salvo en el remoto caso de que el fiduciario sea quien administre directamente la empresa turística.

La actividad que regula estos artículos es conocida en el lenguaje turístico como "condohotel" y presupone, en la generalidad de las veces, el derecho del fideicomisario a ocupar una unidad hotelera en su propio beneficio y a recibir en ella los demás servicios típicos del hospedaje. En aquellos períodos en que no la utilice, la unidad hotelera se destinará al hospedaje de terceros, teniendo el fideicomisario el derecho a percibir el remanente de los ingresos después de deducir los gastos de operación y administración.

Se debe distinguir aquí la prestación del servicio de tiempo compartido del servicio de hospedaje. En México ya contamos con definiciones de tiempo compartido en el Reglamento de la Prestación del Servicio Turístico de Tiempo Compartido, la Ley Federal de Protección al Consumidor y la Norma Oficial Mexicana -Elementos del Servicio de Tiempo Compartido-. A estas definiciones habrá que adicionarle la que proporciona el nuevo Código Civil del Estado de Jalisco (que entrará en vigor el día 14 de septiembre del año en curso), que incorpora un título, regulando esta figura.

De acuerdo a las definiciones contenidas en los citados ordenamientos legales, se puede decir que el servicio de tiempo compartido es: "Todo acto jurídico por el cual se pone a disposición de una persona o grupo de personal, el uso, goce y demás derechos que se convengan sobre un bien o parte del mismo, en una unidad variable dentro de una clase determinada, por períodos previamente convenidos, sin que en ningún caso se transmita el dominio de los bienes muebles e inmueblels afectos al servicio".

El hospedaje, según lo definen los Códigos Civiles mexicanos, "tiene lugar cuando alguno presta a otro albergue, mediante la retribución convenida, comprendiéndose o no, según se estipule, los alimentos y demás gastos que origine el hospedaje". Por su parte, la Ley Federal de Turismo considera como servicio turístico de hospedaje, aquél que habitualmente se proporcione por una persona física o moral a través de hoteles, moteles, albergues, establecimientos de hospedaje, así como campamentos y paradores de casas rodantes que presten servicios a turistas.

La importancia práctica de esta distinción, radica en que si el servicio que se presta a terceros a través del fideicomiso es el de tiempo compartido y no el de hospedaje, el régimen que corresponderá a dicho fideicomiso es el que he titulado en el capítulo

anterior como fideicomisos a través de los cuales se realizan actividades empresariales.

Otra distinción de suma importancia habrá de hacerse cuando a través de fideicomiso se conceda simplemente el uso o goce de bienes, sin configurar hospedaje o tiempo compartido; fideicomisos que constituyen otro de los tipos que he clasificado.

III. FIDEICOMISOS A TRAVES DE LOS CUALES SE CONCEDA EL USO O GOCE DE BIENES.

En el Título IV de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, que como ya hemos dicho grava los ingresos percibidos por personas físicas, y más específicamente en el capítulo III que norma los ingresos por arrendamiento, y en general por otorgar el uso o goce temporal de inmuebles, se encuentran las siguientes disposiciones:

"Artículo 93. Contribuyentes en Operaciones de Fideicomiso. En las operaciones de fideicomiso por las que se otorgue el uso o goce temporal de inmueble, se considera que los rendimientos son ingreso del fideicomitente aun cuando el fideicomisario sea una persona distinta, a excepción de los fideicomisos irrevocables en los cuales el fideicomitente no tenga derecho a readquirir del fiduciario el inmueble, en cuyo caso se considera que los rendimientos son ingresos del fideicomisario desde el momento en que el fideicomitente pierde el derecho a readquirir el inmueble.

La institución fiduciaria efectuará pagos privisionales por cuenta de aquél a quien corresponda el rendimiento en los términos del párrafo anterior, durante los meses de mayo, septiembre y enero del siguiente año, mediante declaración que presentará ante las oficinas autorizadas. El pago provisional será el 10% de los ingresos del cuatrimestre anterior, sin deducción alguna.

La institución fiduciaria proporcionará a más tardar el 31 de enero de cada año a quienes correspondan los rendimientos, constancia de los rendimientos disponibles, de los pagos provi-

sionales efectuados y de las deducciones correspondientes al año de calendario anterior; asimismo presentará ante las oficinas autorizadas en el mes de febrero de cada año, declaración proporcionando información sobre el nombre, clave de registro federal de contribuyentes, rendimientos disponibles, pagos provisionales efectuados y deducciones, relacionados con cada una de las personas a las que correspondan los rendimientos, durante el mismo período.

"Artículo 94. Obligaciones de los Contribuyentes. Los contribuyentes que obtengan ingresos de los señalados en este Capítulo, además de efectuar los pagos de este impuesto, tendrán las siguientes obligaciones:

I. Solicitar su inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes.

II. Llevar contabilidad de conformidad con el Código Fiscal de la Federación, su reglamento y el reglamento de esta Ley cuando obtengan ingresos superiores a trescientos mil pesos por los conceptos a que se refiere este Capítulo, en el año de calendario anterior. No quedan comprendidos en lo dispuesto en esta fracción quienes opten por la deducción del 50% a que se refiere el artículo 90 de esta Ley.

III. Expedir comprobantes por las contraprestaciones recibidas.

IV. Presentar declaraciones provisionales y anual en los términos de esta Ley".

"Operaciones de Fideicomiso".

"Cuando los ingresos a que se refiere este Capítulo, sean percibidos a través de operaciones de fideicomiso, será la institución fiduciaria quien lleve los libros, expida los recibos y efectúe los pagos provisionales. Las personas a las que correspondan los rendimientos deberán solicitar a la institución fiduciaria la constancia a que se refiere el último párrafo del artículo anterior, la que deberán acompañar a su declaración anual".

Como dije al inicio de esta plática, la normatividad fiscal del

fideicomiso ha nacido en muchos casos como respuesta a las extrategias fiscales ideadas por los contribuyentes. Este es un claro ejemplo de ello.

En efecto, hasta antes de 1981, fecha en que entraron en vigor estas disposiciones, se venían celebrando contratos de fideicomiso cuyo patrimonio era el derecho al cobro de las rentas derivadas de un contrato de arrendamiento, y el fin del fideicomiso era que el fiduciario cobrara dichas rentas y las distribuyera entre varios fideicomisarios. Estos fideicomisos no comprendían la afectación fiduciaria del inmueble, sino tan solo el derecho al cobro de las rentas originadas por el o los contratos de arrendamiento celebrados con el mismo. Con ello se abatía el monto del Impuesto Sobre la Renta a pagar, ya que los ingresos por las rentas se distribuían entre varios fideicomisarios obteniéndose la aplicación de una tasa menor por cada uno de ellos. Al no haber enajenación del inmueble, no existía ningún tipo de impuesto que gravara estos actos jurídicos.

Al considerar el artículo 93 que los ingresos corresponden al fideicomitente, sin importar la existencia de uno o varios fideicomisarios diversos a él, se terminó la extrategia fiscal. La única excepción a esta norma, según reza el propio artículo 93, serán aquellos fideicomisos a través de los cuales se perciban estos ingresos, que reúnan los siguientes requisitos:

1. Que se transmita en fideicomiso el inmueble, y no sólo el derecho al cobro de las rentas.

2. Que el fideicomitente no se reserve el derecho de revocar el fideicomiso.

3. Que el fideicomitente no tenga derecho a readquirir el inmueble.

Como lo veremos en un momento más, al hablar de los fideicomisos a través de los cuales se enajenen bienes, la constitución de un fideicomiso con los requisitos mencionados, causa Impuesto Sobre la Renta e Impuesto Sobre Adquisición de Bienes

Inmuebles (en Jalisco, Impuesto Sobre Transmisiones Patrimoniales). En esta forma, además de que el costo fiscal de celebrar estos fideicomisos, generalmente es mayor que el beneficio obtenido al distribuir las rentas, la trascendencia del acto mismo que representa una enajenación del inmueble a favor de terceros, tiene otra dimensión que la de la simple transmisión de los derechos al cobro de la renta.

Como se desprende de los párrafos segundo y tercero del artículo 93, y del artículo 94, el fiduciario es el obligado a realizar los pagos provisionales por cuenta del fideicomitente o fideicomisarios personas físicas, a quienes en los términos del propio artículo se le atribuyan fiscalmente esos ingresos. Adicionalmente, corresponderá al fiduciario cumplir las restantes obligaciones que he llamado "instrumentales", y desde luego, en los términos de la fracción II del artículo 26 del Código Fiscal de la Federación, el fiduciario es responsable solidario por el monto del pago provisional.

Importante es observar que el artículo 93 exclusivamente habla de arrendamiento o concesión de uso o goce de bienes inmuebles. Por lo tanto, no tendrán aplicación estas disposiciones en el caso de que los bienes arrendados o sobre los cuales se conceda el uso o goce de bienes, sean bienes muebles.

Ahora bien, en otro orden de ideas, quiero hacer notar que ni la Ley del Impuesto Sobre la Renta, ni el Código Fiscal de la Federación, definen qué se debe entender por concesión de uso o goce temporal de bienes. Tan sólo en la Ley del Impuesto al Valor Agregado y aplicable exclusivamente para los efectos previstos en dicha Ley, se encuentra una definición legal al respecto.

Así, el artículo 19 de dicha ley, dice textualmente:

"Artículo 19. Concepto de Uso o Goce Temporal de Bienes. Para los efectos de esta Ley se entiende por uso o goce temporal de bienes, el arrendamiento, el usufructo y cualquier otro acto,

independientemente de la forma jurídica que al efecto se utilice, por el que una persona permita a otra usar o gozar temporalmente bienes tangibles, a cambio de una contraprestación".

La norma general en la Ley del Impuesto al Valor Agregado respecto a estos actos, se encuentra en la fracción III del artículo 1 que dispone que "están obligados al pago del Impuesto al Valor Agregado en esta Ley, las personas físicas y las morales que en Territorio Nacional" "otorguen el uso o goce temporal de bienes".

El impuesto en este caso grava la concesión del uso o goce, tratándose de bienes inmuebles y bienes muebles, a excepción de los expresamente exceptuados en el artículo 20 de la propia Ley, que tratándose de inmuebles, serán los destinados a casa habitación (no amueblados) y los destinados a fines agrícolas y ganaderos; y tratándose de bienes muebles los libros, periódicos y revistas y aquellos cuyo uso o goce sea otorgado por residentes en el extranjero sin establecimiento permanente en Territorio Nacional y que hayan pagado el I.V.A. por su importación.

Finalmente, en relación con este tema, es conveniente recordar lo dispuesto por la Ley del Impuesto al Activo, que en la parte final del primer párrafo del artículo 1, establece como sujetos de dicho impuesto a las personas físicas, que aún cuando no realicen actividades empresariales, concedan el uso o goce de bienes (muebles e inmuebles) que se utilicen por las personas morales y por las personas físicas que realicen actividades empresariales precisamente en dichas actividades empresariales.

IV. FIDEICOMISOS A TRAVES DE LOS CUALES SE ENAJENEN BIENES.

El concepto de enajenación a través de fideicomiso se encuentra definido en el artículo 14 del Código Fiscal de la Federación. Los diversos supuestos que prevén las diferentes fracciones de este artículo, se han venido incorporando por el legislador nuevamente como una respuesta a estrategias fiscales.

Por allá de los años 70's, si mal no recuerdo hasta 1973, se celebraban los fideicomisos malamente llamados traslativos de domino (ya que todos los fideicomisos lo son), sin pagar impuesto alguno por los mismos, substituyendo al contrato de compraventa que obviamente ya se encontraba gravado. Estos fideicomisos eran verdaderamente simples, ya que el fideicomitente (vendedor) transmitía el inmueble en fideicomiso, en favor de un fideicomisario diverso a él (comprador), por el pago de una contraprestación (precio). El fideicomitente no se reservaba ningún derecho o acción derivado del fideicomiso ni del inmueble mismo y el fideicomisario tenía el derecho de usar y gozar del inmueble, ordenar al fiduciario su transmisión a terceros o a él mismo. De esta forma, los derechos fiduciarios del fideicomisario eran idénticos al derecho de propiedad sobre el inmueble, mismos que adquiría sin pago de impuestos.

Como respuesta a esto, se gravan los actos constitutivos de fideicomisos en los que el fideicomitente designa a otro fideicomisario diverso de él. La flexibilidad del fideicomiso y la creatividad de los estrategas fiscales, da nacimiento a fideicomisos en cuyo acto constitutivo el fideicomitente no designa aún al fideicomisario, sino que lo designa posteriormente. Para terminar con lo anterior, se grava el acto, aún cuando no sea el constitutivo del fideicomiso, en el que el fideicomitente designa, o se obliga a designar fideicomisario diverso de él, perdiendo el derecho a readquirir del fiduciario los bienes.

Prácticamente, si analizáramos la historia del artículo 14 del Código Fiscal de la Federación por lo que ve al fideicomiso, seguramente nos encontraríamos con más ejemplos como los expresados, que constituyen la razón de ser de cada una de sus fracciones.

Sin embargo, con independencia de sus orígenes, opino que el artículo 14 del Código Fiscal de la Federación, ha logrado gravar las enajenaciones a través de fideicomiso, cuando verda-

deramente estos actos traen como consecuencia la circulación efectiva de la riqueza o valor económico de los bienes. Creo que ustedes estarán de acuerdo conmigo si revisamos dicha disposición, que a la letra dice:

"Artículo 14. Concepto de Enajenación de Bienes. Se entiende por enajenación de bienes:

V. La que se realiza a través del fideicomiso, en los siguientes casos:

a). 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.

b). En el acto en el que el fideicomitente pierda el derecho a readquirir los bienes del fiduciario, si se hubiere reservado el derecho.

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

a). En el acto en 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 adquire los bienes en el acto de su designación y que los enajena en el momento de ceder sus derechos o de dar dichas instrucciones; y

b). En el acto en que el fideicomitente ceda sus derechos, si entre éstos se incluye el de que los bienes se transmitan a su favor".

Mi sugerencia es que en cada caso en que se contemple la constitución de un fideicomiso, o actos derivados del mismo, se lea cuidadosamente cada una de estas fracciones. Y digo esto, porque en la práctica he visto operar fideicomisos inmobiliarios en los que, al momento en que un tercero paga el precio de los lotes o casas habitación, se le dan "instrucciones" dirigidas al fiduciario para que le transmita la propiedad del inmueble. En estos casos, se paga el impuesto correspondiente hasta que se

otorga la escritura pública traslativa de dominio y no al momento en que se gira la instrucción. Si leemos el inciso a) de la fracción VI, se considera enajenación de bienes en el acto en que el fideicomisario "dé instrucciones al fiduciario para que transmita la propiedad de los bienes a un tercero", sin importar cuándo se traslada efectivamente el dominio.

Es frecuente, en los fideicomisos inmobiliarios referidos, que quien dé las instrucciones para la transmisión de propiedad de los bienes, no sea el fiduciario sino el Comité Técnico de Fideicomiso. Habrá que analizar lo estipulado en cada fideicomiso, pero, aún cuando estoy consciente del principio de interpretación extricta de las normas fiscales, creo que en la generalidad de los casos se debe considerar enajenación a través del fideicomiso, cuando el Comité Técnico da esas instrucciones. Baso mi opinión en que muchas veces las pretendidas facultades al Comité Técnico del Fideicomiso no son más que una forma burda de que el fideicomisario ejerza los derechos que para el mismo se derivan del fideicomiso; es el fideicomisario el que a través de un Comité Técnico gira la instrucción y recibe la contraprestación.

Por otro lado, el concepto de enajenación de bienes a través de fideicomiso, abarca tanto a bienes inmuebles como a bienes muebles. La realización de estos actos se encuentra gravada por el Impuesto Sobre la Renta, trátese de personas morales o de personas físicas, de conformidad con lo que dispone en este último caso el capítulo IV del Título IV de la Ley del Impuesto Sobre la Renta. Igualmente se encuentra gravado por el Impuesto al Valor Agregado, que en la fracción I del artículo 1 establece la obligación del pago de este impuesto para las personas físicas y las morales que enajenen bienes, salvo las enajenaciones de bienes que se encuentran expresamente exentas del pago de dicho Impuesto por el artículo 9o. de la ley en cita.

Ahora bien, tratándose de enajenación de inmuebles a través de fideicomiso, se causa además el Impuesto Sobre Adquisición

de Bienes Inmuebles; impuesto que en Jalisco, a virtud del convenio de coordinación fiscal celebrado con la Federación, se encuentra suspendido, y en su lugar está vigente el impuesto municipal denominado Impuesto Sobre Transmisiones Patrimoniales.

A este respecto, la Ley de Hacienda Municipal regula la enajenación a través de fideicomiso, en términos exactamente iguales a los contenidos en el artículo 14 del Código Fiscal de la Federación, ya comentado. Por ello, no creo necesario dar lectura a la disposición fiscal relativa; baste decir que es la fracción X del artículo 112 de dicha Ley.

La base del Impuesto es la misma que para cualquier acto traslativo de dominio de inmuebles, que en los términos del artículo 114 de la Ley de Hacienda Municipal será el mayor entre el valor del avalúo, de la operación y el catastral o fiscal.

Como ustedes saben, la tasa del Impuesto es del 2% según se encuentra establecida en las diferentes Leyes de Ingresos Municipales.

No está de más recordar que los fideicomisos "traslativos de dominio", cuyo patrimonio son inmuebles ubicados en el Estado de Jalisco, causan derechos por su inscripción en el Registro Público de la Propiedad a la misma tarifa de cualquier otro acto traslativo de dominio de inmuebles.

Me referí exclusivamente a los fideicomisos "traslativos de dominio", ya que hoy por hoy, la Oficina Recaudadora adscrita al Registro Público de la Propiedad cobra los derechos de registro de los fideicomisos inmobiliarios denominados "de administración o de garantía", como si se tratara de registros "sin interés pecuniario", o registros "sin valor".

En realidad, ni la Ley de Hacienda ni la Ley de Ingresos Estatal establecen esta diferenciación para el cobro de los derechos de registro. El origen de este criterio es un oficio fechado el 21 de junio de 1989, dirigido por el Secretario de Finanzas del

Estado al Director de Catastro de la propia Secretaría de Finanzas, mediante el cual autoriza a dicha Dirección a tramitar los avisos a Catastro derivados de contratos de fideicomiso, sin requerir para ello que se acompañe el avalúo, deslinde y certificado de no adeudo fiscal; documentos éstos que son obligatorios para tramitar los avisos relativos a cualquier operación mediante la cual se traslade el dominio de bienes inmuebles. El fundamento textual de dicho acuerdo es: "con el objeto de simplificar el trámite administrativo de diversos avisos relativos a la constitución de fideicomisos de garantía, administración y testamentarios y cualquier otro en el que por no tipificarse ninguna de las hipótesis a que se refiere el artículo 112 de la Ley de Hacienda Municipal en el Estado..., esta Secretaría a mi cargo tiene a bien emitir el siguiente acuerdo..."

Creo que el criterio de la autoridad fiscal estatal, es coherente con la regulación fiscal del fideicomiso. Sin embargo, con el fin de dar una mayor seguridad jurídica a los otorgantes de fideicomisos, sería deseable que estas normas se incorporaran a la ley y dejaran de sustentarse, aunque sea de refilón, en la pretendida nomenclatura de los fideicomisos.

V. FIDEICOMISOS QUE SON UN ELEMENTO INDISPENSABLE PARA OBTENER DEDUCCIONES DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA.

No quise dejar de mencionar estos fideicomisos, que lejos de establecer obligaciones de pago de impuestos, se encuentran previstos como elementos indispensables para obtener la deducibilidad de ciertas aportaciones. Los veremos rápidamente leyendo las disposiciones legales que los regulan. Estas son las siguientes:

"Artículo 27. Fondos para Tecnología. Los contribuyentes podrán deducir las aportaciones para fondos destinados a investigación y desarrollo de tecnología, siempre que cumplan con las siguientes reglas:

I. Las aportaciones deberán entregarse en fideicomiso irrevocable, ante institución de crédito autorizada para operar en la República y no podrán exceder del 1% de los ingresos que obtenga el contribuyente en el ejercicio.

II. El fideicomiso deberá destinarse a la investigación y desarrollo de tecnología, pudiendo invertir en la adquisición de activos fijos sólo cuando estén directa y exclusivamente relacionados con la ejecución de los programas de investigación y desarrollo.

III. No podrán disponer para fines diversos, de las aportaciones entregadas en fideicomiso ni de sus rendimientos o de los bienes de activo fijo que en su caso adquieran. Si dispusieran de ellos para fines diversos, cubrirán sobre la cantidad respectiva impuesto a la tasa establecida en el artículo 10 de esta Ley.

IV. Deberán cumplir con los requisitos de información que señale el reglamento de esta Ley.

El porciento a que se refiere la fracción I de este artículo, podrá variarse cuando el contribuyente cumpla con los requisitos y condiciones que fije el reglamento de esta Ley.

Concepto de Tecnología.

Para los efectos de este artículo, se considera como tecnología, los bienes y derechos a que se refiere el artículo 156 de esta Ley, excepto derechos de autor, películas cinematográficas, grabaciones de radio y televisión y publicidad. Los programas de capacitación a personal y los de control de calidad, sólo se considerarán tecnología cuando tengan el carácter de complementarios de los conceptos que conforme a este párrafo también tengan dicho carácter".

"Artículo 28. Reservas para Fondos de Pensiones, Jubilaciones y Antigüedad. Las reservas para fondo de pensiones o jubilaciones de personal,complementarias a las que establece la Ley del Seguro Social y de primas de antigüedad, se ajustarán a las siguientes reglas:

I. Deberán crearse y calcularse en los términos y con los requisitos que fije el reglamento de esta Ley y repartirse uniformemente en varios ejercicios.

II. La reserva deberá invertirse cuando menos en un 30% en valores a cargo del Gobierno Federal inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios o en acciones de sociedades de inversión de renta fija. La diferencia deberá invertirse en valores aprobados por la Comisión Nacional de Valores, como objeto de inversión de las reservas técnicas de las instituciones de seguros, o bien en la adquisición o construcción de casas para trabajadores del contribuyente que tengan las características de vivienda de interés social, o en préstamos para los mismos fines, de acuerdo con las disposiciones reglamentarias.

III. Los bienes que formen el fondo así como los rendimientos que se obtengan con motivo de la inversión, deberán afectarse en fideicomiso irrevocable, en institución de crédito autorizada para operar en la República, o ser manejados por instituciones o por sociedades mutualistas de seguros o por casas de bolsa, con concesión o autorización para operar en el país, de conformidad con las reglas generales que dicte la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Los rendimientos que se obtengan con motivo de la inversión no serán ingresos acumulables.

IV. El contribuyente únicamente podrá disponer de los bienes y valores a que se refiere la fracción II de este artículo, para fines diversos, cubrirá sobre la cantidad respectiva impuesto a la tasa establecida en el artículo 10 de esta Ley".

Las deducciones previstas en estas disposiciones, sólo son aplicables para personas morales, y desde luego para personas físicas que perciban ingresos por actividades empresariales.

Con lo anterior, espero haber contribuido a delinear el marco jurídico-fiscal del fideicomiso, y no me queda más que agradecer nuevamente la invitación que me fue formulada para estar aquí y la paciencia de ustedes al escucharme.