

Fideicomisos empresariales en operaciones inmobiliarias

El contrato de fideicomiso es ampliamente utilizado en México, particularmente, en el sector inmobiliario. Cuando un fideicomiso califica como "empresarial", la fiduciaria está obligada a cumplir con ciertas obligaciones fiscales que, en algunos casos, pueden implicar complicaciones prácticas. Si bien las disposiciones fiscales prevén un *safe harbor,* resulta necesario efectuar un análisis caso por caso, para determinar si un fideicomiso debe calificar como "empresarial", dependiendo de las actividades que se realicen por medio del contrato

CREEL GARCÍA-CUÉLLAR AIZA Y ENRÍQUEZ

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





Lic. Luis Michel Sánchez O' Sullivan, Asociado de Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez

GENERALIDADES DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO

El contrato de fideicomiso se encuentra regulado por los artículos 381 al 394 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC). En ese sentido, el artículo 381 de la LGTOC establece que:

> ***Artículo 381.*** *En virtud del 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.*

Del artículo citado, resulta que el fideicomiso: **(i)** es un contrato; **(ii)** es traslativo de dominio (por ejemplo, para efectos legales, la propiedad se transmite al fiduciario), y **(iii)** puede tener como objeto cualquier fin lícito determinado en el contrato.

Por otra parte, el tratamiento fiscal del fideicomiso dependerá de las actividades que se deban efectuar por medio del contrato.

TRATAMIENTO FISCAL DEL FIDEICOMISO

Un fideicomiso mexicano, al ser un contrato sin personalidad jurídica, no debe considerarse contribuyente del impuesto sobre la renta (ISR). En este sentido, los fideicomitentes o fideicomisarios se consideran –para efectos fiscales– propietarios de los bienes aportados al fideicomiso (aun cuando, para efectos legales, el propietario sea el fiduciario) y deben reconocer los ingresos por las actividades efectuadas por medio del fideicomiso.

Existen dos principales clasificaciones de fideicomisos para los efectos del ISR: **(i)** empresariales y **(ii)** no empresariales. Aun cuando en ambos casos los fideicomitentes o fideicomisarios serán los contribuyentes, la diferencia fundamental radica en las obligaciones que debe cumplir la institución fiduciaria por cuenta de los fideicomitentes o fideicomisarios cuando el fideicomiso califica como "empresarial".

Al respecto, el numeral 13, párrafos primero y tercero, primera oración de la Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR) establece lo siguiente:

> ***Artículo 13.*** *Cuando se realicen* ***actividades empresariales*** *a través de un fideicomiso, la fiduciaria determinará en los términos del Título II de esta Ley, el resultado o la pérdida fiscal de dichas actividades en cada ejercicio 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 demás ingresos del ejercicio, la parte del resultado fiscal de dicho ejercicio derivada de las actividades empresariales realizadas a través 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. ...*
>
> *(Énfasis añadido.)*

Del fragmento citado puede destacarse que, cuando se realicen actividades empresariales por medio del fidecomiso, la fiduciaria deberá cumplir ciertas obligaciones fiscales, tales como determinar el resultado fiscal y presentar pagos provisionales conforme al Título II de la LISR.

Esas obligaciones se entienden cumplidas por cuenta de los fideicomisarios, siendo éstos quienes deben pagar el impuesto de manera definitiva al presentar su declaración anual,[1] en la cual deberán acumular su parte del resultado fiscal y podrán acreditar los pagos provisionales efectuados por la fiduciaria, proporcionalmente a su participación en el fideicomiso.

Por otra parte, es importante considerar la política pública subyacente en el artículo 13 de la LISR. En opinión de los autores, la imposición de obligaciones periódicas para la fiduciaria, como mecanismo para facilitar el entero del impuesto, tiene sentido partiendo de la premisa de que a través de un fideicomiso empresarial se desarrolla un negocio, con resultados

[1] Salvo tratándose de los no contribuyentes del impuesto sobre la renta (ISR) (por ejemplo, sociedades de inversión especializadas de fondos para el retiro), quienes podrán solicitar la devolución de los pagos provisionales efectuados por la fiduciaria

propios, cuya actividad se espera que continúe durante el futuro previsible.

En tal supuesto, se justifica la necesidad de determinar un resultado fiscal conforme al Título II de la LISR, así como de efectuar pagos provisionales, por parte del negocio independiente (por ejemplo, las actividades empresariales) realizado por medio del fideicomiso.

A contrario sensu, sería ocioso establecer obligaciones periódicas cuando las actividades efectuadas por medio de un fideicomiso no constituyen un negocio cuya actividad se prolonga en el tiempo.

CASOS EN LOS CUALES UN FIDEICOMISO SE CONSIDERA EMPRESARIAL

La LISR es omisa en señalar expresamente cuándo un fideicomiso debe considerarse empresarial. Sin embargo, la regla 3.1.15. de la Resolución Miscelánea Fiscal (RM) para 2018 señala lo siguiente:

> ***Supuestos en que no se realizan actividades empresariales a través de un fideicomiso***
>
> ***3.1.15.*** *Para los efectos de los artículos 2, tercer párrafo y 13 de la Ley del ISR, se podrá optar por considerar que no se realizan actividades empresariales a través de un fideicomiso,* ***entre otros****, en los supuestos siguientes:*
>
> ***I.*** *Cuando los ingresos pasivos[2] representen cuando menos el noventa por ciento de la totalidad de los ingresos que se obtengan a través del fideicomiso, durante el ejercicio fiscal de que se trate.*
>
> *...*
>
> ***II****. Tratándose de los fideicomisos siguientes:*
>
> ***a)*** *Aquéllos autorizados para operar cuentas de garantía del interés fiscal para depósito en dinero, en los términos del artículo 141-A del CFF y las reglas 2.15.5. y 2.15.8.*
>
> ***b)*** *Aquéllos autorizados para recibir donativos deducibles en los términos de la Ley del ISR y su Reglamento.*
>
> ***c)*** *Los fideicomisos que replican índices bursátiles, que cumplan con los requisitos a que se refiere la regla 3.2.13.*
>
> ***d)*** *Los fideicomisos de deuda, que cumplan con los requisitos a que se refiere la regla 3.2.16.*
>
> ***e)*** *Los fideicomisos de inversión en capital de riesgo, que cumplan con los requisitos a que se refiere el artículo 192 de la Ley del ISR.*
>
> ***f)*** *Los fideicomisos que cumplan con los requisitos a que se refiere la regla 3.1.12.*
>
> *(Énfasis añadido.)*

La regla citada, al utilizar la expresión "entre otros" en el primer párrafo, está diseñada como un *safe harbor*; es decir, como una lista enunciativa, mas no limitativa, de supuestos en los cuales se considera que no se realizan actividades empresariales por medio de un fideicomiso, pudiendo existir otros supuestos en los que un análisis de los hechos y circunstancias de cada caso sea necesario para determinar que, en efecto, no se realizan esas actividades.

De tal manera que, en opinión de los autores, un fideicomiso a través del cual no se realizan "actividades empresariales" debería calificar como un fideicomiso no empresarial –respecto del cual el fiduciario no debería cumplir con las obligaciones previstas en el artículo 13 de la LISR– con independencia de que, respecto de cierto periodo, no reúna los requisitos previstos en las fracciones I o II de la regla 3.1.15. de la RM para 2018.

Por consiguiente, de conformidad con la regla citada se podrá optar por considerar que no se realizan actividades empresariales por medio de un fideicomiso cuando:

[2] Para estos efectos, se entienden ingresos pasivos los ingresos por intereses, incluso la ganancia cambiaria y la ganancia proveniente de operaciones financieras derivadas de deuda; ganancia por la enajenación de certificados de participación o bursátiles fiduciarios emitidos al amparo de un fideicomiso de inversión en bienes raíces o en energía e infraestructura; dividendos; ganancia por la enajenación de acciones; ganancia proveniente de operaciones financieras derivadas de capital; ajuste anual por inflación acumulable; ingresos provenientes del arrendamiento o subarrendamiento y en general por otorgar a título oneroso el uso o goce temporal de bienes inmuebles, en cualquier otra forma

1. Los ingresos pasivos representen cuando menos el 90% de la totalidad de los ingresos obtenidos a través del fideicomiso, durante el ejercicio fiscal de que se trate (fracción I);

2. Se trate de alguno de los fideicomisos señalados expresamente en la fracción II; o

3. Se trate de otros supuestos no previstos en las fracciones I y II, en los que no se realicen actividades empresariales a través de un fideicomiso (párrafo primero).

CONCEPTO DE "ACTIVIDADES EMPRESARIALES"

El artículo 16 del Código Fiscal de la Federación (CFF) dispone que se entienden por actividades empresariales, entre otras, las comerciales, que son las que tienen ese carácter de conformidad con las leyes federales. Por su parte, el numeral 75 del Código de Comercio (Ccom) enumera lo que la ley reputa como actos de comercio.

Para estos efectos, es necesario precisar que un acto de comercio realizado de manera aislada no implica que una persona realice "actividades" comerciales. Si bien las disposiciones fiscales y las leyes federales en materia comercial son omisas en definir lo que debe entenderse por "actividad", conforme al *Diccionario de la Lengua Española* se entiende por ese concepto al conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad.

De esta manera, la noción de "actividad" implica la realización de un conjunto de operaciones o tareas por parte de una persona o entidad en forma habitual. Es decir, un acto realizado aisladamente no sería suficiente para constituir una "actividad".

En el mismo sentido, el artículo 3, fracción I del Ccom señala que, en Derecho, se reputan comerciantes las personas quienes, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria.

Así, ese artículo reconoce la necesidad de que una persona realice actos de comercio de manera habitual para que ésta se pueda considerar como un comerciante. *A contrario sensu*, una persona que efectúa un acto de comercio en forma aislada (y no ordinariamente) no se puede considerar como un comerciante.

> **"...los fideicomisos por medio de los cuales se realiza esporádicamente un acto de comercio deben tener el tratamiento fiscal de 'fideicomisos no empresariales', debido a que, al realizarse de manera aislada y no habitual, no debe entenderse que a través de ellos se efectúan 'actividades empresariales'."**

Por ello, un acto de comercio realizado de manera aislada no constituye una actividad comercial y, por tanto, no actualiza el supuesto previsto en el artículo 16, fracción I del CFF. En consecuencia, si tampoco actualiza alguno de los demás supuestos previstos en ese numeral, entonces el contribuyente no realiza actividades empresariales.

En esta tesitura, los autores somos de la opinión que los fideicomisos por medio de los cuales se realiza esporádicamente un acto de comercio deben tener el tratamiento fiscal de "fideicomisos no empresariales", debido a que, al realizarse de manera aislada y no habitual, no debe entenderse que a través de ellos se efectúan "actividades empresariales".

EL FIDEICOMISO INMOBILIARIO

El fideicomiso es un contrato ampliamente utilizado en la industria inmobiliaria. Debido a la flexibilidad de su objeto y la certidumbre que brinda, la participación de la fiduciaria para las partes puede emplearse para diversas actividades (por ejemplo, adquisición de inmuebles, mantener la propiedad durante la etapa de desarrollo, garantizar obligaciones de pago, otorgar bienes en arrendamiento e incluso enajenarlos a terceros).

Como ha sido señalado, el tratamiento fiscal de cada fideicomiso dependerá de las actividades que se realicen por medio del contrato. Para

fines de claridad, los autores planteamos el siguiente caso hipotético:

La sociedad "A" es una persona moral residente en México. En calidad de fideicomitente y fideicomisario celebra un contrato de fideicomiso con una institución de crédito, en calidad de fiduciario, y aporta ciertos bienes inmuebles. Entre los fines del fideicomiso, se prevé que el fiduciario podrá otorgar el uso o goce temporal, o bien, enajenar a favor de terceros los bienes que integran el patrimonio del fideicomiso, conforme lo instruya el fideicomisario.

Durante los primeros cuatro ejercicios fiscales, los bienes inmuebles exclusivamente se otorgan en arrendamiento. Los ingresos por arrendamiento son ingresos pasivos, por lo que, al representar más del 90% de la totalidad de los ingresos que se obtengan por medio del fideicomiso, se debería considerar que no se realizan actividades empresariales a través de éste, de conformidad con la fracción I de la regla 3.1.15. de la RM para 2018.

Eventualmente, el fideicomitente instruye al fiduciario para que enajene ciertos bienes inmuebles. Los ingresos por enajenación de bienes inmuebles no se consideran ingresos pasivos, por lo que, si exceden del 10% de la totalidad de los ingresos que se obtengan por medio del fideicomiso, se incumpliría la fracción I de la regla 3.1.15. de la RM para 2018.

No obstante, este hecho no implicaría necesariamente que el fideicomiso deba considerarse empresarial para efectos fiscales, sino que se requeriría un análisis de los hechos y circunstancias del caso.

A manera de referencia, a continuación, se plantean ciertos escenarios y el tratamiento fiscal aplicable al fideicomiso en cada caso:

Escenario	¿El fideicomiso debe considerarse como empresarial?
A través del fideicomiso se enajena un bien inmueble en un acto único	No
Por medio del fideicomiso se enajena un portafolios inmobiliario en un acto único	Discutible
Mediante el fideicomiso se enajena un portafolios inmobiliario en actos diversos	Sí

En opinión de los autores, el fideicomiso debe considerarse empresarial hasta que la enajenación de bienes inmuebles (por ejemplo, el acto de comercio) por medio del fideicomiso se efectúe con suficiente recurrencia como para considerarse una "actividad empresarial".

En este sentido, la enajenación de un bien inmueble en un acto único, al carecer de recurrencia y habitualidad, no debe considerarse una "actividad empresarial", por lo que no se justificaría la necesidad de imponer al fiduciario la obligación periódica de determinar un resultado fiscal y efectuar pagos provisionales, respecto de tales actividades, conforme al Título II de la LISR (por ejemplo, como una empresa).

Por lo contrario, si el portafolios inmobiliario se enajena en actos diversos realizados en el tiempo, existiría suficiente recurrencia para concluir que por medio del fideicomiso se desarrollan "actividades empresariales" y, por ende, el artículo 13 de la LISR resultaría aplicable.

Existen ciertos casos en los cuales determinar si un fideicomiso debe considerarse empresarial resulta complejo, incluso subjetivo. Un ejemplo sería la enajenación de un portafolios inmobiliario en un acto único.

Si bien existirían argumentos en ambos sentidos, y los hechos y circunstancias de cada caso deben ser considerados, en opinión de los autores el concluir que, en tal supuesto, el fideicomiso no debería ser clasificado como empresarial es una interpretación congruente, pues la enajenación del portafolios inmobiliario, aun cuando incluye diversos bienes inmuebles, sería un acto aislado (comercial y jurídicamente), por lo que carecería de la habitualidad necesaria para calificar como "actividad empresarial".

La interpretación contraria implicaría imponer obligaciones formales periódicas al fiduciario por la realización de un acto aislado; lo cual, además de impráctico, sería incongruente con el objetivo de política pública (por ejemplo, facilitar el entero del impuesto) subyacente en el artículo 13 de la LISR.

Cabe precisar que, en el caso planteado, aun si el fideicomiso no se considera empresarial, la sociedad "A" deberá pagar el ISR sobre la ganancia derivada de la enajenación de los bienes inmuebles.



La diferencia fundamental sería que la sociedad "A" debe incluir el ingreso acumulable en su pago provisional, en lugar de que la fiduciaria presente un pago provisional por cuenta de la sociedad "A".

En este sentido, la clasificación fiscal *per se* de un fideicomiso como empresarial no debería menoscabar el impuesto recaudado por el fisco federal.

Sin perjuicio de lo anterior, existen supuestos en los cuales la clasificación fiscal del fideicomiso puede cambiar sustancialmente la tributación para los fideicomisarios. Por ejemplo, si la sociedad "A" fuera un residente en el extranjero, ésta constituiría un establecimiento permanente en México en el caso de que el fideicomiso se considerase empresarial.

En opinión de los autores, reconocer un establecimiento permanente –es decir, una presencia con suficiente permanencia para estar sujeta a tributación en México de manera similar a un residente– es congruente cuando las actividades efectuadas por medio del fideicomiso tienen cierto grado de continuidad, no así cuando a través del fideicomiso se realiza un acto aislado.

Asimismo, considerar al fideicomiso como empresarial puede tener complicaciones prácticas en ciertos casos. Por ejemplo, si la sociedad "A" fuera una entidad no obligada al pago del ISR (por ejemplo, un fondo de pensiones extranjero o una sociedad de inversión especializada de fondos para el retiro), el hecho de considerar al fideicomiso como empresarial, obligaría a la fiduciaria a efectuar pagos provisionales, aun cuando el fideicomisario estuviera exento del impuesto.

De ser el caso, la sociedad "A" podría solicitar al Servicio de Administración Tributaria (SAT) la devolución del pago de lo indebido (por ejemplo, los pagos provisionales efectuados por el fiduciario), lo cual tendría costos financieros y de transacción.

CONCLUSIONES

Un fideicomiso por medio del cual no se realizan "actividades empresariales" (entendiéndose como la práctica recurrente y habitual de actos de comercio) debería calificar como un fideicomiso no empresarial –respecto de los cuales el fiduciario no debería cumplir con las obligaciones previstas en el artículo 13 de la LISR– con independencia de que, respecto de cierto periodo, no reúna los requisitos previstos en las fracciones I o II de la regla 3.1.15. de la RM para 2018. •