Fondos de inversión: Inversión en fibras inmobiliarias



El régimen legal aplicable a fondos de inversión de renta variable (fondos de inversión) ha sido modificado en los últimos años con objeto de reconocer la continua evolución del mercado de capitales. En años recientes, entre otras, se incluyó la posibilidad de que este tipo de fondos inviertan en Certificados Bursátiles Fiduciarios Inmobiliarios (CBFI) emitidos por Fideicomisos de Inversión en Bienes Raíces (Fibras inmobiliarias). Previo a la publicación de la Segunda Resolución de modificaciones a la Resolución Miscelánea Fiscal (RM) para 2018, las disposiciones fiscales no regulaban el régimen fiscal aplicable a los fondos de inversión que invirtieran en Fibras inmobiliarias. Esto tenía como consecuencia que los intermediarios financieros desconocieran el régimen de transparencia fiscal aplicable a este tipo de fondos –los cuales no son contribuyentes del impuesto sobre la renta (ISR)– y efectuaran la retención del ISR sobre el resultado fiscal distribuido a éstos

CREEL GARCÍA-CUÉLLAR AIZA Y ENRÍQUEZ



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



Lic. Gerardo Farías López, Asociado de Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez

MARCO LEGAL DE LOS FONDOS DE INVERSIÓN

Generalidades

Los fondos de inversión de renta variable se encuentran regulados, principalmente, en la Ley de Fondos de Inversión (LFI), la Ley del Mercado de Valores (LMV) y las "Disposiciones de carácter general aplicables a fondos de inversión y a las personas que les prestan servicios", publicadas en el DOF el 24 de noviembre de 2014 (Circular Única de Fondos de Inversión).[1]

De conformidad con el artículo 5 de la LFI, los fondos de inversión serán sociedades anónimas de capital variable que tendrán por objeto exclusivamente la adquisición y venta habitual de activos objeto de inversión[2] con recursos provenientes de la colocación de las acciones representativas de su capital social ofreciéndolas a persona indeterminada, a través de servicios de intermediación financiera, conforme a la LMV y la LFI.

Los fondos de inversión de renta variable son aquellos que operan con activos objeto de inversión cuya naturaleza corresponda a acciones, obligaciones y demás valores, títulos o documentos representativos de una deuda a cargo de un tercero en los términos de la LFI. Igualmente, podrán operar con los demás valores, derechos, títulos de crédito, documentos, contratos, depósitos de dinero y demás bienes objeto de comercio, que autorice la CNBV mediante disposiciones de carácter general (por ejemplo, la Circular Única de Fondos de Inversión).

Al respecto, el artículo 5, segundo párrafo de la Circular Única de Fondos de Inversión establece que los fondos de inversión pueden invertir, *inter alia*, en certificados bursátiles fiduciarios.

En este sentido, el artículo 1, fracción III de la Circular Única de Fondos de Inversión dispone que se entenderá por certificados bursátiles fiduciarios, aquellos certificados a que se refiere el artículo 63 Bis 1 de la LMV, entre los cuales se encuentran los CBFI emitidos por Fibras inmobiliarias.

Evolución del régimen de inversión

Es importante señalar que, con anterioridad a 2010, no existía alguna disposición legal que expresamente permitiera a los fondos de inversión (antes sociedades de inversión) invertir en certificados bursátiles fiduciarios. No obstante, en la práctica, algunos fondos de inversión solían realizar este tipo de inversiones en México, situación que generaba una evidente incertidumbre jurídica a sus accionistas.

Derivado de lo anterior, con la finalidad de brindar seguridad jurídica a los integrantes de los fondos referidos resultó necesario modificar la legislación aplicable para reconocer que los fondos de inversión se encontraban facultados a invertir en títulos fiduciarios.

En este sentido, el 15 de diciembre de 2010 se publicó en el DOF la "Resolución que modifica las disposiciones de carácter general aplicables a las sociedades de inversión y a las personas que les prestan servicios", a través de la cual se reconoció que los fondos de inversión se encuentran facultados a invertir en "títulos fiduciarios de capital".[3]

[1] Modificadas mediante Resoluciones publicadas en el DOF el 26 de diciembre de 2014; 6 y 9 de enero, 23 de julio, 3 de agosto, 1 y 18 de septiembre de 2015; 6 de enero, 28 de septiembre, 17 de noviembre, y 27 de diciembre de 2016; 14 de abril y 4 de octubre de 2017; 4 de enero, 26 de abril y 15 de noviembre de 2018

[2] El artículo 2 de la LFI establece que se entenderá por activos objeto de inversión a: los valores, títulos y documentos a los que les resulte aplicable el régimen de la LMV inscritos en el Registro Nacional de Valores o listados en el Sistema Internacional de Cotizaciones, otros valores, los recursos en efectivo, bienes, derechos y créditos, documentados en contratos e instrumentos, incluyendo aquellos referidos a operaciones financieras conocidas como derivadas, así como las demás cosas objeto de comercio que de conformidad con el régimen de inversión previsto en la LFI y en las disposiciones de carácter general que al efecto expida la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) para cada tipo de fondo de inversión, sean susceptibles de formar parte integrante de su patrimonio

[3] Las disposiciones en comento establecen que se entiende por "títulos fiduciarios de capital" aquellos títulos a que se refiere el artículo 7, fracción II, inciso c) de las "Disposiciones de carácter general aplicables a las emisoras de valores y a otros participantes del mercado de valores", publicadas en el DOF el 19 de marzo de 2003, y sus respectivas modificaciones, las cuales los definían como aquellos que dan el derecho a participar en una parte de los frutos o rendimientos; de los bienes o derechos, o de la venta de los bienes o derechos que formen parte del patrimonio fideicomitido, hasta el valor residual de los mismos, con el objeto de destinarlos a la inversión que permita el desarrollo de actividades o la realización de proyectos de una o varias sociedades, o bien, la adquisición de títulos representativos de capital social

Posteriormente, la referencia a "títulos fiduciarios de capital" se modificó a "certificados bursátiles fiduciarios" por la Circular Única de Fondos de Inversión publicada el 24 de noviembre de 2011, cuya definición, como fue mencionado, permite que actualmente los fondos de inversión puedan invertir su patrimonio en CBFI emitidos por Fibras inmobiliarias.

Como se puede observar, el régimen legal aplicable a los fondos de inversión ha sido modificado en los últimos años para permitir que este tipo de vehículos inviertan su patrimonio en CBFI emitidos por Fibras inmobiliarias.

No obstante, las disposiciones fiscales no habían sido modificadas de manera análoga, situación que generaba un desconocimiento del régimen de transparencia fiscal que esas disposiciones otorgan a este tipo de entidades, en los términos que se describen a continuación.

RÉGIMEN FISCAL DE LOS FONDOS DE INVERSIÓN

El artículo 87 de la Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR) establece que los fondos de inversión a que se refiere la LFI no serán contribuyentes del ISR, y sus integrantes o accionistas aplicarán a los rendimientos de estos fondos el régimen que corresponda a sus componentes de interés, de dividendos y de ganancia por enajenación de acciones, según ese artículo y demás disposiciones fiscales aplicables.

En este sentido, toda vez que los fondos de inversión no son contribuyentes del ISR y que son sus socios o integrantes, y no el fondo, quienes deben reconocer los efectos fiscales derivados de las inversiones efectuadas a través de éste, dichos fondos deberían calificar como entidades que se identifican comúnmente como "fiscalmente transparentes".

Es decir, bajo una interpretación funcional,[4] se puede concluir que el régimen fiscal de los fondos de inversión tiene como finalidad "transparentar" los efectos fiscales derivados de las operaciones que realicen sus accionistas, de tal manera que los fondos de inversión no son contribuyentes del ISR, sino entidades cuya principal finalidad consiste en determinar los efectos fiscales que recaen, en última instancia, sobre sus integrantes o accionistas.

Un ejemplo claro de lo anterior es el régimen fiscal aplicable a los intereses percibidos por los accionistas de los fondos de inversión, cuya transparencia se reconoce principalmente de la siguiente manera:[5]

1. Estableciendo que las personas que paguen intereses a fondos de inversión quedarán relevadas de efectuar la retención a que se refiere el artículo 54 de la LISR, debido a que el fondo de inversión no es contribuyente del ISR, y

2. Obligando a los fondos de inversión a efectuar una retención diaria por el monto total de intereses de intereses gravados que se devenguen en favor de sus accionistas o integrantes, en los términos previstos por la LISR y demás disposiciones fiscales aplicables.

En este sentido, una vez concluido que los fondos de inversión son entidades que deberían identificarse como fiscalmente transparentes, resulta importante analizar si con anterioridad a la publicación de la Segunda Resolución de modificaciones a la RM para 2018, esa transparencia era reconocida por las disposiciones fiscales, particularmente cuando los fondos invertían su patrimonio en CBFI emitidos por Fibras inmobiliarias.

PROBLEMÁTICA

Con anterioridad a la publicación de la resolución referida, las disposiciones fiscales vigentes no reconocían la transparencia fiscal aplicable a los fondos de inversión cuando éstos invertían su patrimonio en CBFI emitidos al amparo de una Fibra inmobiliaria, tal como se muestra a continuación:

De conformidad con la regla 3.21.3.7. de la RM para 2018, el intermediario financiero que tenga en custodia y administración los CBFI de una Fibra inmobiliaria tiene la obligación de retener el ISR cuando

[4] La interpretación funcional es aquella que permite atribuir el significado a una disposición, conforme a la naturaleza, finalidad o efectividad de una regulación, la intención del legislador, las consecuencias de la interpretación, la admisibilidad de ésta; la que tiene en cuenta la naturaleza y el objetivo de la institución, los fines perseguidos por la ley o los valores que ésta protege

[5] Artículos 87 y 88 de la LISR

> ...la RM para 2018 omitía regular expresamente que los intermediarios financieros no deberían retener el ISR cuando distribuyesen resultado fiscal a los fondos de inversión, situación por la cual se violentaba la transparencia fiscal pretendida para este tipo de entidades, al tratar a estos fondos como contribuyentes del ISR.

distribuya resultado fiscal proveniente de ese fideicomiso, salvo que se trate de:

1. La distribución de ciertas ganancias o diferencias determinadas por la Fibra inmobiliaria, por las cuales el fiduciario ya enteró directamente el ISR, o

2. La distribución del resultado fiscal a **(i)** fondos de pensiones o jubilaciones de personal, complementarias a las que establece la Ley del Seguro Social (LSS) (fondos de pensiones) o **(ii)** cuentas de planes personales de retiro, en los términos previstos por la regla citada.

De lo anterior, se puede observar que la RM para 2018 omitía regular expresamente que los intermediarios financieros no deberían retener el ISR cuando distribuyesen resultado fiscal a los fondos de inversión, situación por la cual se violentaba la transparencia fiscal pretendida para este tipo de entidades, al tratar a estos fondos como contribuyentes del ISR.

SOLUCIÓN Y CONCLUSIONES

Con fecha 11 de julio de 2018 fue publicada en el DOF la Segunda Resolución de modificaciones a la RM para 2018, a través de la cual se adicionaron las reglas 3.10.29. y 3.21.3.10., con el objetivo de regular el régimen fiscal aplicable a los fondos de inversión que inviertan su patrimonio en CBFI emitidos al amparo de una Fibra inmobiliaria.

En términos generales, las reglas 3.10.29. y 3.21.3.10. establecen que los intermediarios financieros que efectúen pagos por la distribución de resultado fiscal de Fibras inmobiliarias en favor de fondos de inversión podrán no efectuar la retención del ISR correspondiente, siempre que esos fondos calculen, retengan y enteren el ISR correspondiente a sus integrantes o accionistas, conforme al procedimiento previsto para tales efectos por tales reglas.

Una de las principales críticas a las reglas en estudio es que éstas no prevén expresamente que los fondos de inversión no deben efectuar la retención y entero del ISR correspondiente a los integrantes o accionistas del fondo que no sean contribuyentes del ISR por el resultado fiscal referido (por ejemplo, fondos de pensiones).

Aun cuando reconocemos esta falta de claridad, somos de la opinión de que la interpretación sistemática de esas reglas debería permitir a los fondos de inversión no efectuar la retención y entero del ISR, respecto de la serie accionaria correspondiente a los sujetos que no sean contribuyentes del ISR.

No obstante, para evitar que los fondos de inversión incurran en una labor interpretativa, resultaría recomendable que las autoridades fiscales modifiquen las reglas adicionadas con el objetivo de brindar mayor claridad al respecto, o bien, que publiquen una *Pregunta Frecuente*, en el portal del Servicio de Administración Tributaria (SAT) en ese sentido.

Pese a que el nuevo régimen analizado admite diversas mejoras, consideramos que la adición de las reglas en estudio resulta una decisión acertada por parte de las autoridades fiscales, pues éstas: **(i)** reconocen la evolución del mercado de capitales en México y **(ii)** resultan armónicas con el régimen de transparencia fiscal aplicable a los fondos de inversión. Esto considerando que las reglas adicionadas:

1. Reconocen a los fondos de inversión como sociedades no contribuyentes del ISR, al excluirlos de la retención del ISR sobre las distribuciones de resultado fiscal que reciban de Fibras inmobiliarias, y

2. Como una entidad cuya principal finalidad consiste en determinar los efectos fiscales que recaen, en última instancia, sobre sus integrantes o accionistas, al establecer una obligación a cargo de los fondos de inversión de calcular, retener y enterar el ISR a cargo de éstos, conforme al procedimiento previsto por la regla 3.10.29. de la RM para 2018. •