

Los pecados capitales del Notario en materia fiscal

Lic. Lorenzo Bailón Cabrera

El tema que vaya a abordar con ustedes tiene como antecedente el intercambio de opiniones que nuestro Consejo mantiene en forma permanente con los funcionarios de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, desde cuando ante este mismo auditorio tuvimos la presencia de algunos de ellos, explicándonos el alcance del programa nacional de este ministerio, sobre la problemática que dentro del contexto nacional representan las operaciones inmobiliarias; permítaseme opinar que dada la frecuencia de estas reuniones, podría asegurarse que se ha tratado de una sesión permanente.

Ahora bien, dado el carácter de esta reunión, convivir las familias de los notarios, no es dable manejar conceptos teóricos, por ello, más bien me concretaré a señalar algunas de las observaciones que, verbalmente y solo con el apoyo de copias fotostáticas simples, nos han hecho notar estos funcionarios y que anuncio, a ustedes, existe la idea de la Secretaría, de dedicarnos un día completo para explicarnos el alcance de ellas.

Resulta incuestionable que el notario es el profesional que más se involucra con el Derecho Fiscal.

Primero como sujeto pasivo de los impuestos propios de su actividad profesional.

El segundo de ellos, como colaborador, "sin sueldo de la autoridad fiscal", tanto más que no obstante las manifestaciones de apoyo expresadas en congresos internacionales de la materia, entre otros, Ademar Carambula, Carlos Emérito González, Manuel Alvarez de la Cámara, y otros más, en México nuestra función incluye la calificación, liquidación, fiscalización, enterada de los créditos fiscales, tanto por aquellos que están pendientes de pago, como son el impuesto predial, agua potable, plusvalía, etcétera; como aquellos que se causan con motivo del otorgamiento de los instrumentos intervenidos por nosotros los notarios, lo que según nuestros colegas extranjeros hacen más difícil el cumplimiento de nuestra original función que consiste en proporcionar la seguridad jurídica de los diversos actos notariales.

Por ello, dado el espíritu religioso que palpamos en esta bella región del estado, enunciaré lo que de mi experiencia y pláticas con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, constituyen los Pecados Mortales de los notarios y que son ID, y para seguir con este mismo estilo diré a ustedes que el primero es: el no procurar el estudio del derecho fiscal y su actualización, por estimar que esto corresponde exclusivamente a nuestros contadores. El otro es similar al anterior: es excedernos en nuestra función de asesoría hacia nuestros clientes o el dar por buenas las opiniones que nuestros clientes han recabado. Los otros ocho pecados de aquí se derivan y son:

1. La no separación de los honorarios de los créditos fiscales, avalúos bancarios y demás cobros que hacemos por cuenta y orden de nuestros

clientes y mucho menos los ingresos obtenidos por otras actividades, en primer término, esta situación se origina por el hecho de que conforme al artículo 59, Fracción III de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, se presumen ingresos todos aquellos depósitos que se hagan en las cuentas de cheques del contribuyente, y aún cuando este criterio es considerado por algunos estudiosos de la materia como contrario a la garantía de seguridad jurídica establecida en la Constitución General de la República, y al principio procesal de que quien afirma, está obligado a probar;

in embargo, en el manual de los auditores se les refiere que todos estos depósitos constituyen ingresos de la actividad, y para el caso de desvirtuarlos, gozaremos de un plazo entre 6 y 22 días para tal fin, lo que evidentemente nos resulta muy estrecho.

En este mismo orden de ideas debemos evitar en lo posible, ingresar en nuestra cuenta de cheques depósitos ajenos a nuestra función notarial como lo constituye la constante petición de que depositemos en nuestra cuenta el total de la operación y nosotros proporcionemos a cada uno de los participantes vendedor, corredor, pago de impuestos, etcétera, darles su parte proporcional, tanto más que me viene a la memoria algún contribuyente que cuando recibió la visita de una auditoria, no obstante que logró demostrar que diversas partidas le habían sido prestadas a su padre, le pidieron la exhibición del pagaré en donde se había hecho constar tal préstamo. Eso también compañeros, se los digo con envidia pero de la buena, quienes ya vivían de sus rentas, de la agricultura o de la ganadería, mantengan cuentas separadas y aún más, si se sacan la lotería o le aciertan a pronósticos deportivos preconstituyan un medio de prueba para evitar que su importe se les impute como honorarios.

Además de que cuando expidamos un recibo, siempre hagamos el desglose de lo que corresponde a honorarios y a impuestos, avalúos, etcétera, independientemente de que con ello daremos cumplimiento cabal al artículo 137 de la actual Ley del Notariado.

2. Para que un gasto estrictamente indispensable para la obtención de nuestros ingresos como notario sea deducible, conforme al artículo 29 del Código Fiscal de la Federación, deberemos checar que a quien le efectuemos el pago, su denominación social, domicilio fiscal y su registro federal de contribuyentes sean los correctos, lo que constituye la aplicación de una de las políticas de la Secretaría en el sentido de que los contribuyentes en forma recíproca se fiscalicen, imponiendo como sanción la no deducibilidad para quienes incumplan con ello. Sin embargo, dada la dificultad y el monto que en algunos casos éstos puedan representar, para evitar objeciones de estos gastos, tanto más que quienes obtengan ingresos acumulables superiores a \$ 200,000.00 los pagos que excedan a \$1,000.00 con la salvedad de los pagos por concepto de sueldos, imperativamente deberán hacerlo, se sugiere efectuar tales pagos mediante cheques nominativos cruzados. Personalmente cuando obtengo la provisión de mis chequeras el 95% de mis cheques, de inmediato les anoto la leyenda "NO NEGOCIABLES" conservando tan solo el resto para mis gastos personales, lo que adicionalmente me confiere una protección adicional en

cuanto a la seguridad de los valores, ya que así reduzco la tentación de que los mismos me sean substraídos y falsificada mi firma, como desgraciadamente algunos colegas notarios han sufrido las visitas nocturnas de los amantes de lo ajeno.

3. El no incorporar en el texto de las escrituras algunas declaraciones de las partes que conforme a la ley debe hacerse, por ejemplo: conforme al artículo 10 del Reglamento de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, en el texto del instrumento deberemos señalar el valor del terreno y el de la construcción en forma separada; tratándose de operaciones en donde se involucren inmuebles que simultáneamente correspondan a fincas habitacionales y destinadas al comercio, precisar las que se encuentran afectas a este tributo, así como el monto del impuesto trasladado.

Igual situación debemos observar en el supuesto de que cuando el enajenante sea una persona física, registrada con actividades empresariales, no basta que se obtenga la constancia de su inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes, sino que deberemos obtener su declaración en el sentido de que el inmueble enajenado forma parte de su activo fijo, toda vez que si él comercializa un inmueble diverso, deberemos efectuar tal retención.

Por el contrario, es de advertirse que en muchas ocasiones se siguen anotando formas sacramentales que desde hace mucho tiempo dejaron de tener validez, por ejemplo la declaración que se requería en la Ley de Hacienda Municipal sobre la colindancia del inmueble con alguno otro adquirido durante los últimos 24 meses y que sabemos, tuvo como razón el que el adquirente

e prevaleciera de una sola deducción, o bien, la diversa manifestación de que los comparecientes han advertidos en los términos del artículo 12 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta sobre si se encontraban o no al corriente en el pago del Impuesto Sobre la Renta.

4. La falta de actualización de los impuestos así como la cuantificación de los recargos, tratándose de pagos realizados extemporáneamente, ya que conforme al artículo 21 del Código Fiscal de la Federación, la demora en el pago de estos créditos trae como consecuencia en primer término que la contribución a pagar sea objeto de una actualización, misma que se obtiene dividiendo el último guarismo del Índice Nacional de Precios entre el vigente en el mes en que se debió haber efectuado tal pago y al resultante aplicarle los recargos, los cuales a partir del primer día de este año, son fijados en forma mensual por la propia Secretaría.

5. Deformaciones negociables. Esto se presenta cuando se utiliza una figura jurídica distinta al negocio verdaderamente celebrado, el que más se nos señala, es el encubrir a una compraventa bajo el ropaje de un poder para actos de dominio irrevocable, mismo que independientemente de los problemas derivados de la evicción, vicios ocultos, etcétera y de que el notario percibe un honorario mucho muy inferior al que le corresponde conforme al negocio realmente celebrado, así por ejemplo resulta contrario a la esencia del mandato, anotar menciones semejantes a las siguientes: ESTE PODER TIENE

CARACTER DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA, en donde el mandante ha recibido de su mandatario el importe total del precio acordado, por lo que además el mandatario queda eximido de la obligación de rendir cuentas y todavía en algunos casos se dice que el notario ratifica las firmas del contrato privado de compraventa, lo cual sabemos que también resulta contrario a la Ley del Notariado, toda vez que las certificaciones también deben llevar su número progresivo y anotarse en el libro de registro correspondiente.

6. Olvidar que la orientación de la actual Ley del Impuesto Sobre la Renta en materia de enajenación de inmuebles, es precisamente la de gravar el incremento patrimonial efectivamente obtenido, prescindiendo de factores pretéritos, como: valores y avalúo, este último es requerido solo cuando es factible justificar documentalmente el costo de las contribuciones o se trate de inmuebles adquiridos mediante sorteos o por prescripción positiva, en cuyo caso será necesario obtener un avalúo bancario referido.

Lo anterior, nos deriva dos consecuencias:

La primera, nos incide en el enajenante, conforme a la cual, éste debe considerar para efectos de su impuesto el total de la contraprestación obtenida, sin considerar que con la exhibición del avalúo bancario aprobado por la Secretaría de Finanzas, y aún cuando en la mayoría de las veces los otorgantes nos ocultan el valor de la operación, sin embargo, debemos explicar a nuestros clientes la conveniencia de que las escrituras reflejen el valor real de la operación, señalando las ventajas: para el vendedor, el disponer de dinero sano fiscalmente, ya que si se subvalúa, la diferencia entre el valor declarado en la escritura y el efectivamente percibido, se le podrá imputar como ingreso fiscal adicional; en tanto que el comprador se beneficia con el hecho de que mantendrá un valor real, lo evitará cuando enajene su inmueble vaya a pagar un impuesto por una utilidad irreal.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público nos ha manifestado su deseo de que sirvamos como conducto para hacer llegar a nuestros clientes un tríptico relativo a esta cuestión. Tampoco sabemos incluir en el texto del propio contrato que el adquirente cubrirá el total de gastos y créditos fiscales, aún el Impuesto Sobre a Renta por Enajenación de Inmuebles, ya que si lo hacemos, deberemos considerar su importe como un ingreso adicional y sobre él también se deberá cubrir el correspondiente impuesto.

La segunda, que es aplicable al adquirente, quien sabemos informe a lo dispuesto por el artículo 104 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta deberá cubrir como pago provisional el 20% del ingreso obtenido en los siguientes casos:

A) En las Donaciones efectuadas por parientes que no comprendan: ascendientes, descendientes o cónyuge, por ello, las liberalidades en favor de nuestra querida suegra, hermanos, primos y tíos, demás parientes y público en general, resulta claro que por lo que hace al enajenante no se generará el impuesto, pero sí para el adquirente, por el incremento patrimonial experimentado, reducido en tres veces el salario mínimo general elevado al año.

B) Cuando el valor del avalúo que ordene la Secretaría, mismo que muchas veces lo advertimos, desde el avalúo que se recaba para efectos de los impuestos locales, se advierta que el inmueble representa un valor superior al 10% al de la operación, lo que casi siempre sucede en las adjudicaciones en remate; esto es, aquí lo que se pretende es gravar a quien adquirió barato un inmueble. Hacemos la acotación de que cuando el contrato constituye tan solo la formalización de un contrato preparatorio, en donde evidentemente se contenga un valor de operación con mucho inferior al del avalúo, no se generará, a condición de que el contrato hubiese sido timbrado o bien, que se encuentre inscrito en favor del adquirente para efectos del Impuesto Predial, en la Oficina Recaudadora local, en cuyo caso, cuando se enajene, éste será el valor y fecha de adquisición.

C) En los casos de las Protocolizaciones de constancias judiciales relativas a declaratorias sobre la operatividad de la prescripción positiva, salvo que éste se hubiese promovido con la finalidad de purgar vicios del título de adquisición.

7. Olvidarnos que los residentes en el extranjero, (adviértase que no se considera la nacionalidad, sino a quienes han residido fuera del país por más de 183 días), tributan en forma distinta a quienes tenemos el privilegio de residir permanentemente en México, para quienes:

A) No será operable la exención que beneficia a quienes han habitado el inmueble por más de dos años, tanto más que a partir del día 31 de marzo del año en curso, se exige para su operatividad que la ubicación del inmueble coincida con el domicilio para efectos del derecho civil.

B) El sistema de cálculo del pago provisional es distinto al de los residentes en el país, ya que en este caso, o se cubre el 20% del valor total de la contraprestación total obtenida, sin deducción alguna o bien, se cubre la tasa máxima del 35% sobre la utilidad gravable.

9. El irrogarnos facultades declarativas sobre la no causación de los créditos fiscales; así, es frecuente advertir cláusulas como:

"ESTA OPERACIÓN SE ENCUENTRA EXENTA DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA, ACORDE AL ARTÍCULO DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA, EN VIRTUD DE QUE LOS VENDEDORES DECLARAN HABER HABITADO EL INMUEBLE DURANTE LOS ÚLTIMOS 24 MESES Y EXHIBIRSE RECIBOS DE LUZ O TELÉFONO, O AÚN POR LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL DE FULANO Y DE MENGANO", o bien, esta operación no causa impuesto al valor agregado conforme al artículo en virtud de que los otorgantes me manifiestan que el inmueble se encuentra destinado a casa habitación.

Por ello, sugiero la utilización de formas tales, como: EL ENAJENANTE DECLARA HABER HABITADO EL INMUEBLE DURANTE LOS ÚLTIMOS 2 AÑOS, E INVOCA LA EXENCIÓN A QUE SE REFIERE LA LEY DE LA MATERIA",

Estas y otras similares deben excluirse, atento a que en primer término, como se dijo, no tenemos facultad alguna para efectuar dicha declaración y segundo, porque la autoridad fiscal mantiene expedita su función de revisión y en su caso, determinar un crédito, como creo, ya se ha efectuado a más de algún contribuyente que no obstante haber exhibido los 24 recibos de teléfonos, por cruce de información se detectó que según la sección amarilla, ahí se encontraba establecido un negocio.

Igualmente, resulta adecuado señalar que tampoco es válida la nota corrida al margen de un instrumento, en el sentido de que en virtud de no haberse cubierto los impuestos correspondientes, se cancela o se deja sin efecto, toda vez que esta situación dejó de tener vigencia cuando se resolvió por la Honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación, que la vigencia de los contratos no podía quedar supeditada al pago de los impuestos correspondientes, por ello, es recomendable que a nuestros clientes, previamente a la firma de los instrumentos, les anunciemos el monto total del pago, ya que después de autorizado no podemos cancelar el instrumento, ni mucho menos tomar como buena la opinión de nuestro cliente en el sentido de que habiendo ya vendido el inmueble y como además ya caducó la vigencia del aviso preventivo y que su vendedor está de acuerdo en firmar nuevamente, hagamos la escrituración directamente al nuevo comprador.

Adicionalmente, creo que en un momento dado, aplicando el adagio popular de que el éxito tiene muchos padres, en tanto que el fracaso es huérfano, una cláusula en tal sentido podrá servir para evitar que nuestro cliente se convierta en un quejoso en contra nuestra.

Señores, reitero que para preparar esta exposición, solo tuve a la vista copias fotostáticas simples, además de que como dije, soy testigo de oídas, sin embargo espero haber animado la inquietud por buscar nuestra actualización en materia fiscal, ya que soy sabedor que muchas de las cuestiones aquí expuestas podrán ser materia de sesiones completas de estudio, que nos permitan seguir expidiendo testimonios que sean congruentes con la capacidad de conocimiento y amor al trabajo de todos aquellos Señores, aclaro Señorones que nos han precedido en el ejercicio notarial.