



# UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública, bajo  
acuerdo número 974181 de fecha 15 de julio de 1997

---

Reglas de Capitalización Delgada

Tesis que para obtener el grado de

**Maestro en Derecho Fiscal**

Sustenta el

**Lic. Santiago Llano Zapatero**

Director de la Tesis

**Dr. Luis José Béjar Rivera**

# Índice

---

<b>Introducción.....</b>	<b>3</b>
<b>Antecedentes.....</b>	<b>4</b>
<b>Desarrollo.....</b>	<b>11</b>
Panorama general internacional.....	11
La relación de los tratados internacionales para evitar la doble imposición con las reglas de capitalización delgada.....	16
Capitalización delgada en México.....	20
Ejemplo numérico de las reglas de capitalización delgada en México.....	30
Precedentes.....	31
<b>Conclusiones.....</b>	<b>35</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>38</b>
<b>Caso Práctico.....</b>	<b>40</b>

# Introducción

---

La presente, contiene una descripción general de las medidas antielusión que las autoridades fiscales han incluido en las legislaciones locales e internacionales con el objeto de tratar de restringir estrategias fiscales abusivas por parte de los contribuyentes para reducir su carga impositiva. En específico, en la presente se analizan las reglas de capitalización delgada o subcapitalización, desde su origen hasta resoluciones judiciales actuales.

En primer lugar, la presente incluye una descripción de los antecedentes que hicieron surgir a las medidas antielusión por parte de las autoridades fiscales, partiendo del ámbito internacional y del mexicano.

En segundo lugar, la presente incluye una descripción y análisis detallado de las medidas antielusión en materia fiscal, siendo el tema primordial la capitalización delgada. En esta sección se analizarán las generalidades de la capitalización delgada, la relación con los tratados internacionales y las disposiciones aplicables en México. Asimismo, en esta sección se incluye un ejemplo numérico para poder tener un mayor entendimiento de la aplicación de las reglas de capitalización delgada en México.

De la misma manera, la presente incluye un análisis de casos y precedentes judiciales mexicanos e internacionales actuales en materia de capitalización delgada donde se exponen los elementos considerados por las distintas Cortes para resolver las controversias en la materia.

Finalmente, la presente incluye conclusiones respecto de los temas antes mencionados, así como una opinión personal desde el punto de vista legal, económico y ético.

# Antecedentes

---

Para poder comprender las reglas de capitalización delgada, en primer lugar, es importante describir de manera general el origen y objeto de los impuestos.

El origen de los impuestos se deriva de que el Estado requiere allegarse de recursos para satisfacer las necesidades básicas de las personas que lo integran. Esto es, a partir de que el hombre vive en comunidades y es regido por el Estado, es necesario que los gobernados contribuyan con recursos (principalmente expresados en dinero) para financiar el gasto público y así el Estado pueda proveer servicios a la sociedad y cubrir las necesidades básicas de sus integrantes.

La definición de la palabra “impuesto” contenida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es el tributo que se exige en función de la capacidad económica de los obligados a su pago<sup>1</sup>.

Asimismo, de acuerdo con el Código Fiscal de la Federación Mexicano (“CFF”) un impuesto es una contribución establecida en la ley que deben pagar las personas físicas y morales que se encuentren en la situación jurídica o de hecho prevista en la misma y que sean distintas a aportaciones de seguridad social, contribuciones de mejoras y derechos.

---

<sup>1</sup> [http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=impuesto](http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=impuesto)

Por otra parte, la definición de “impuesto” de acuerdo con el Diccionario jurídico mexicano<sup>2</sup> es la obligación coactiva y sin contraprestación de efectuar una transmisión de valores económicos a favor del Estado, y de las entidades autorizadas jurídicamente para recibirlos, por un sujeto económico, con fundamento en una ley, siendo fijadas las condiciones de la prestación en forma autoritaria y unilateral por el sujeto activo de la obligación tributaria.

La obligación de pago de impuestos en México se fundamenta en el artículo 31 fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece que es una obligación de los mexicanos contribuir para los gastos públicos de la Federación, así como del Distrito Federal o del estado y municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

Como se observa de las definiciones anteriores, así como del artículo 31 fracción IV Constitucional, los impuestos son obligatorios y el Estado tiene la capacidad coercitiva para cobrarlos. Esto es, en caso de que alguna persona se encuentre en una situación de hecho contenida en la Ley, ésta tiene la obligación de pagar el impuesto correspondiente conforme lo dicten las leyes, o en su caso, el Estado los puede recaudar utilizando la fuerza pública.

Dado que las personas que se encuentran en una situación de hecho contenida en la Ley tienen la obligación de pagar impuestos, éstas tienen un impacto directo en las utilidades o rendimientos de sus negocios, ya que los impuestos representan un costo implícito en sus operaciones.

---

<sup>2</sup> INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, “Diccionario jurídico mexicano”, t III, Porrúa, México 1989, p. 1638

Ahora bien, si partimos de la esencia que las finanzas se refieren al adecuado uso de los recursos monetarios y que éstos coadyuvan fundamentalmente en el día a día operativo de las personas físicas y morales, un costo que debe planearse y controlarse, así como se hace con otro tipo de costos y gastos como administrativos, de ventas, financieros, entre otros, es el costo de los impuestos, que en conjunto representarán un correcto uso de las finanzas al aplicar adecuadamente el flujo de efectivo en beneficio de los contribuyentes<sup>3</sup>.

Por esta razón, el objetivo financiero de los impuestos por parte de los contribuyentes consiste en aprovechar las diferentes alternativas que se establecen en las disposiciones fiscales para la causación y pago de impuestos, con el fin de reducir el costo fiscal de las operaciones de las empresas, sin incurrir en ilícitos y con apego a la norma.

Este aprovechamiento de las normas para reducir o administrar mejor la carga impositiva se traduce en planeaciones fiscales que no sólo se dan en el ámbito nacional sino también en el ámbito internacional.

Por lo tanto, la planeación fiscal se define como la realización de actividades o actos jurídicos más convenientes para detonar la menor carga tributaria y optimizar los recursos financieros.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Cfr. SÁNCHEZ MIRANDA, Arnulfo, "Estrategias Financieras de los Impuestos", Gasca Sicco, México, D.F., 2006, p. 7.

<sup>4</sup> TORRES RIVERO Alejandro, "Reflexiones en torno a la planeación fiscal, el abuso del derecho y la defraudación fiscal en México", Anuario Jurídico, p.2.

Por otra parte, la planeación fiscal internacional se refiere al aprovechamiento que hacen los grupos multinacionales de las diferencias entre los distintos ordenamientos fiscales vigentes en cada país o territorio con mayor o menor soberanía fiscal para aminorar la carga tributaria del Grupo.<sup>5</sup>

Es importante distinguir una planeación fiscal realizada bajo las normas aplicables, a la realización de actividades para eludir impuestos disfrazando determinada actividad económica al amparo de una institución jurídica que realmente no resulte aplicable al caso, o la simulación de actos jurídicos cuya consecuencia fiscal es mucho más favorable que las que en la realidad le resultan aplicables al tipo de actividad económica realizada.

En el transcurso de los años, las autoridades fiscales se han percatado de la gran frecuencia de este tipo de actos por parte de los contribuyentes con el único objeto de evadir la obligación de pago de impuestos.

Es claro entonces que existe un contraste entre la necesidad del Estado de allegarse con los mayores recursos posibles para satisfacer el gasto público, con el interés de los contribuyentes de disminuir su base gravable o administrarla mejor para aumentar sus rendimientos por medio de la planeación fiscal o inclusive por medio de la defraudación fiscal.

Derivado de lo anterior, las autoridades fiscales han buscado mecanismos e instrumentos que les permitan la recaudación y delimitar el actuar de los contribuyentes para implementar estrategias fiscales abusivas.

---

<sup>5</sup> DELGADO PACHECO, Abelardo, "Nuevas Tendencias en Economía y Fiscalidad Internacional", ICE, 2005, p.2.

Estos mecanismos consisten en que en algunos países ciertas operaciones realizadas por los contribuyentes son re caracterizadas conforme a su sustancia económica para que paguen el impuesto conforme a ésta. En otros, la legislación contempla que aunque una actividad se rija conforme al derecho privado, para efectos fiscales, la operación se trate conforme a la sustancia económica y no a la forma.

A estas reglas se les denominan como medidas antielusión (*"antiavoidance rules"*). Las medidas antielusión son aquellas normas domésticas o convenidas en tratados internacionales que pretenden evitar que ciertos actos obtengan un tratamiento fiscal o unas ventajas fiscales impropias, dada la verdadera naturaleza de esos actos, la realidad de las operaciones efectuadas o el carácter abusivo de aquéllos.

Desde la perspectiva internacional, las medidas antielusión se clasifican en 2:

- a) Normas domésticas: Se establecen unilateralmente por cada Estado incorporándose a su derecho interno.
- b) Normas convenidas: Se incorporan a los Convenios de Doble Imposición para evitar abusos de los Convenios.

Dentro de las medidas anti elusión, se encuentran las siguientes:

- 1) Precios de transferencia: Consiste en que las operaciones entre partes relacionadas<sup>6</sup> se lleven a cabo conforme al principio de “*arm’s length*”, es decir conforme a valores de mercado, para así evitar el envío de utilidades o pérdidas a compañías “*target*” del Grupo por medio de la utilización de operaciones intercompañía donde la contraprestación convenida pudiera ser muy baja o alta y terceros independientes no hubieran estado dispuestos a pactarla de esa manera.
  
- 2) Reglas CFC “*Controlled Foreign Corporation*”: En general, consisten en que en ciertos casos a pesar de que las utilidades o flujos no hayan sido distribuidos por una sociedad extranjera controlada a otra, se anticipe la causación del impuesto como si las utilidades hubieran sido distribuidas.
  
- 3) Beneficiario efectivo: Consiste en que ciertos beneficios de los Tratados para Evitar la Doble Imposición aplican únicamente al beneficiario efectivo que realice la transacción y no para una compañía conducto o intermediaria. De esta forma se evita de cierta forma el concepto de “*Treaty Shopping*” que consiste en ubicar compañías extranjeras intermediarias con el único fin de utilizar beneficios incluidos en los tratados para evitar la doble imposición.
  
- 4) Capitalización delgada: A muy grandes rasgos, consiste en delimitar la deducción de ciertos intereses considerando una proporción deuda/capital razonable.

---

<sup>6</sup> De acuerdo con el artículo 215 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, se define como partes relacionadas cuando una empresa participa directa o indirectamente en el control, capital o administración de otra, o cuando una persona o grupo de personas participa directa o indirectamente en el control, capital o administración de dichas personas. Tratándose de Asociaciones en Participación, se consideran como partes relacionadas sus integrantes.

Como se mencionó anteriormente, en la presente se analizará de manera detallada la medida anti elusión de capitalización delgada.

# Desarrollo

---

## *Panorama genera internacional*

Las reglas de capitalización delgada a nivel mundial, tienen origen desde varias décadas atrás, inclusive en el reporte *“Transfer Pricing and Multinational Enterprises”* publicado por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (“OCDE”) en 1979 ya se hace referencia brevemente a este tipo de operaciones.

En dicho reporte, el tema de capitalización delgada se describe brevemente y de manera indirecta, ya que el tema central abordado es el de llevar a cabo las operaciones entre partes relacionadas a valores de mercado.

Mientras que en la sección de intereses de este reporte se describe la forma en la cual se debe pactar una contraprestación de mercado para operaciones de préstamos intercompañía, para lo cual se debe atender a los términos y condiciones de éstos, las reglas de capitalización delgada más bien se refieren a si un pago deriva de un préstamo o de una aportación de capital, es decir, si un pago se refiere a un interés o a un dividendo. No obstante, este reporte sí menciona la importancia de analizar el fondo económico de los préstamos intercompañía con el objeto de determinar una contraprestación de mercado.

Es claro entonces que al analizar un préstamo celebrado entre partes relacionadas, de acuerdo al reporte antes mencionado, no sólo es importante analizar la tasa de interés sino también el principal, por lo que si en algún caso específico existe un préstamo intercompañía con un principal desproporcional, pudiera tratarse más bien de una aportación de capital si la operación se hubiera llevado a cabo entre terceros independientes, lo cual tiene mucha relación con las reglas de capitalización delgada.

No fue hasta el 26 de noviembre de 1986 que las reglas de capitalización delgada fueron adoptadas como tal por el Consejo de la OCDE.

En abril de 2000, la OCDE publicó un reporte donde detalla de manera muy específica el fundamento y el funcionamiento de las reglas de capitalización delgada. Dicho reporte toma como referencia aquel publicado en 1986 y contiene adiciones derivadas de la experiencia que se tuvo a partir de la implementación de las reglas de capitalización delgada.<sup>7</sup>

En dicho reporte se menciona que para poder entender las reglas de capitalización delgada debemos partir del principio fundamental de que las empresas tienen 2 posibilidades de financiar sus operaciones que generan consecuencias fiscales totalmente distintas: la primera consiste en aportaciones de capital por las cuales los accionistas esperan recibir dividendos respecto de las utilidades generadas por las compañías y la segunda por medio de pasivos dentro de los cuales se encuentran cuentas por pagar con un costo financiero referido a intereses.

La diferencia económica primordial entre capital aportado por accionistas y un préstamo otorgado por un acreedor está en que las personas que otorgan un crédito esperan un retorno de su inversión en el periodo pactado del préstamo, mientras que los accionistas que invierten capital recuperan su inversión cuando se decretan dividendos, lo cual puede suceder varias veces después de que las utilidades son reinvertidas.

---

<sup>7</sup> OECD, Thin Capitalisation, Abril 2000, p.3. <http://www.oecd.org/dataoecd/42/20/42649592.pdf>

Mientras que los accionistas tienen derecho a beneficiarse de las utilidades de las compañías, los acreedores tienen derecho a un beneficio conforme a los términos y condiciones del préstamo por lo que a diferencia de los accionistas los acreedores no comparten el riesgo de la inversión.<sup>8</sup> Asimismo, en el caso de las operaciones de préstamo, los intereses son pactados de acuerdo con una tasa de interés fija o variable que se dicta conforme al mercado, mientras que los rendimientos de los accionistas derivan de dividendos que se determinan conforme al desempeño de la Compañía.

Normalmente las compañías se fondean tanto de capital como de pasivos, lo cual depende de diversas circunstancias económicas, como lo pueden ser la situación del país, la solidez de la moneda, entre otras; circunstancias comerciales, como términos y condiciones del proyecto; y financieras, como retornos requeridos por los accionistas, razones financieras, entre otras.

No obstante lo anterior, las autoridades fiscales se percataron que existen algunas compañías que se sobre endeudaban, principalmente vía préstamos con partes relacionadas, con el único objetivo de generar intereses que aminoraban la carga impositiva para el contribuyente. Lo anterior, dado que los intereses representan una deducción para impuesto sobre la renta y por lo tanto se disminuye la base gravable de los contribuyentes.

---

<sup>8</sup> Cfr. PITA GRANDAL, Ana Maria y otros, “Una aportación sobre la naturaleza jurídica de la norma sobre subcapitalización en España”, XIX Jornadas Latinoamericanas de DereitTributario, Lisboa, 1998, pag. 230.

En general, este sobreendeudamiento existe cuando una compañía pretende generar deducciones para disminuir su carga impositiva. Los flujos correspondientes a los intereses por la deuda normalmente son enviados a compañías residentes en jurisdicciones donde la tasa impositiva es menor y así las utilidades se mantienen dentro del Grupo.<sup>9</sup>

A este sobreendeudamiento se le denomina como capitalización delgada o subcapitalización.

En otras palabras, la capitalización delgada es la financiación con capital ajeno, en forma desproporcionada frente a la financiación con capital propio, en una empresa, por causas de tratamientos tributarios distintos.<sup>10</sup>

De acuerdo con la OCDE, este esquema de sobreendeudamiento genera varias problemáticas para las autoridades fiscales dentro de las cuales se encuentran las siguientes:

- a) Inversionistas pueden obtener ventajas fiscales por el uso de préstamos artificiales que en realidad son aportaciones de capital. Como se mencionó, para efectos fiscales los intereses pagados por una empresa son deducibles en la medida en que se cumpla con ciertos requisitos, mientras que los dividendos no, ya que representan únicamente un reparto de utilidades y no un gasto.

---

<sup>9</sup> Cfr. NAIME, Carlos Enrique y SÁNCHEZ TORRADO Alfredo, La Capitalización Insuficiente, Boletín Técnico, IMEF, México, 2008, p.2.

<sup>10</sup> MANOSALVA, Lucio Enrique, Encuadramiento fiscal de la subcapitalización de empresas, XIX Jornadas Latinoamericanas del Derecho Tributario, Lisboa 1998, pag. 60.

- b) La posibilidad de obtener beneficios fiscales por préstamos artificiales cuando el acreedor se encuentra en una jurisdicción donde la tasa impositiva sea menor a la del acreditado.
- c) La posibilidad de que las autoridades fiscales no recauden la parte que les corresponde, siendo que los flujos de efectivo de las compañías residentes de un país sean enviados a otros vía préstamos artificiales.
- d) El riesgo financiero e inestabilidad que se genera cuando las compañías presentan un balance general con un endeudamiento muy alto, lo cual puede tener impacto en las inversiones extranjeras por parte de terceros.

Por esta razón las autoridades fiscales de los distintos países han incluido en su legislación diversas reglas para evitar esta situación limitando las deducciones referidas a intereses cuando existen casos de sobre endeudamientos artificiales.

Cuando la naturaleza de un financiamiento se refiere a una deuda e inclusive cuando la tasa de interés está a valores de mercado, en ciertas circunstancias, las leyes en algunos países le dan tratamiento fiscal a los intereses como dividendos. Los enfoques aplicados por los distintos países en este sentido son los siguientes:

- a) Enfoque general de antiabuso – Principio de *arm's length*: Consiste en analizar los términos, condiciones y la naturaleza de una contraprestación, así como las circunstancias en que se realizó, para de esta manera poder determinar si la operación se trata de una aportación de capital o de un préstamo conforme lo hubieran realizado terceros independientes.

En el caso de un financiamiento entre partes relacionadas, se debe analizar el monto del principal, plazo, garantías, solvencia del deudor y la tasa de interés para determinar si la operación está a valor de mercado.

De lo anterior se desprende que si existe un préstamo donde claramente el principal otorgado excede de las necesidades o requerimientos de efectivo de un acreditado, la operación se pudiera ver en el sentido de que no está a valor de mercado y por lo tanto los intereses pudieran ser clasificados como dividendos fictos ya que un tercero independiente no hubiera solicitado un préstamo del mismo monto.

- b) Enfoque de razón financiera fija: Algunos países han adoptado el enfoque de razón financiera fija para reclasificar el pago de un interés como repartición de dividendos. Dicho enfoque consiste en que en caso de que la razón financiera de deuda/capital de una compañía exceda cierta proporción, entonces los intereses correspondientes a dicho excedente serán considerados como distribución de dividendos.

### *La relación de los tratados internacionales para evitar la doble imposición con la capitalización delgada*

La capitalización delgada tiene relación con varios artículos incluidos en el Modelo Convenio de la OCDE. El Modelo Convenio surge en 1977 y sirve como referencia para la elaboración de los tratados de doble imposición celebrados entre los países miembros de esta organización.

La relación entre la capitalización delgada y diversos artículos contenidos en el Modelo Convenio de la OCDE se analiza a continuación.

a) Artículo 9 - Principio de *arm's length*:

El artículo 9 establece que en el caso de partes relacionadas donde las condiciones son impuestas entre dos compañías intragrupo y los términos comerciales y financieros difieren de aquellos que se pacten entre terceros, las autoridades fiscales podrán modificar la base gravable de los contribuyentes para que se pague el impuesto correspondiente. De hecho, este es el fundamento de los precios de transferencia.

A pesar de que este artículo es relevante para determinar si la contraprestación por un préstamo entre partes relacionadas está a valor de mercado, también es relevante para determinar si la sustancia económica del pago de intereses es acorde con la operación. Por esta razón, existe una relación entre la capitalización delgada y el artículo 9 del Modelo Convenio.

b) Artículos 10 y 11 - Dividendos e Intereses

En estos artículos se contienen las definiciones de intereses y dividendos, respectivamente.

La pregunta principal de la capitalización delgada respecto a estos artículos es si los intereses o dividendos tienen el tratamiento fiscal conforme al Convenio Modelo en el caso de que una legislación local considere que los intereses tienen tratamiento de dividendos por incumplir con las reglas de capitalización delgada.

A este respecto, los Comentarios al Modelo Convenio, establecen que ciertos pagos de otra naturaleza efectivamente pueden tener el tratamiento de distribuciones de capital. Inclusive, los comentarios hacen referencia específica a la capitalización delgada.

Asimismo, el artículo 11 establece que en caso de pagos de intereses entre partes relacionadas que estén por arriba del valor de mercado, los beneficios del tratado respecto de los intereses no aplican a dicho excedente.

#### c) Artículo 23 – Método de eliminación de doble imposición

Este artículo tiene relación con la capitalización delgada dado que contiene las alternativas para acreditar o exentar el impuesto correspondiente a la persona que recibe un dividendo. Dado que por medio de la capitalización delgada un interés se reclasifica como dividendo, existe una relación para determinar si dichos dividendos también tienen acceso a los beneficios del tratado.

En caso de existir controversias respecto de si el impuesto correspondiente a la reclasificación de un interés a un dividendo debe o puede ser exentado o acreditado por el receptor, se puede solicitar un “Mutual Agreement Procedure” para que las autoridades competentes analicen el caso específico.

#### d) Artículo 24 – Principio de no discriminación

El artículo 24 del Modelo Convenio establece que no puede existir un trato discriminatorio para los pagos realizados al extranjero respecto de pagos realizados a nacionales para efectos de determinar una deducción.

A este respecto, dado que normalmente las reglas de capitalización delgada aplican a deudas contraídas con partes relacionadas residentes en el extranjero, se genera el cuestionamiento de si existe un trato discriminatorio para los extranjeros respecto del de los nacionales. En este sentido, de manera muy general, el Comité Fiscal de la OCDE ha expuesto que el artículo 24 busca evitar proteccionismos de los gobiernos, por lo que la regla de discriminación no es aplicable al caso. Esto es, el principio de no discriminación debe aplicarse a transacciones donde un gobierno quiere aventajar a su economía otorgando facilidades fiscales a los nacionales, mas no busca proteger a contribuyentes que realizan estrategias fiscales agresivas con extranjeros.

No obstante lo anterior, existen posturas que argumentan que las reglas de capitalización delgada efectivamente violan el principio de no discriminación.

#### d) Artículo 25 – “Mutual Agreement Procedure (MAP)”

El artículo 25 del Modelo Convenio tiene relación con la capitalización delgada dado que tiene como objetivo establecer un mecanismo para que las autoridades fiscales de los países involucrados en una transacción eviten la doble imposición. Por esta razón, en el caso de que la reclasificación de un interés a un dividendo genere un conflicto de doble imposición, existe la posibilidad de acceder a un MAP.

Como se puede observar, las reglas de capitalización delgada tienen una estrecha relación con distintos artículos de los tratados para evitar la doble imposición.

En relación con lo anterior, en caso de que una compañía se encuentre en el supuesto de no poder deducir intereses por las reglas de capitalización delgada locales, es importante analizar el tratado para evitar la doble imposición celebrado entre los países en cuestión, para determinar las implicaciones fiscales subyacentes.

## Capitalización delgada en México

Desde 2004, la capitalización delgada fue incluida en los criterios no vinculativos del Servicio de Administración Tributaria en México. Los criterios no vinculativos tienen como finalidad desincentivar a los contribuyentes para que realicen determinada aplicación de las disposiciones fiscales que, desde el punto de vista de la autoridad fiscal, resultan “indebidas”.

El criterio relacionado con la capitalización delgada mencionaba que las empresas cuya proporción deuda/capital sobrepasara de 3 a 1, no podían deducir los intereses que se pagaran derivados de los pasivos contratados con partes relacionadas que excedieran dicha proporción.

Posteriormente, en 2005 las reglas de capitalización delgada fueron incorporadas a la LISR en el artículo 32 fracción XXVI. La exposición de motivos<sup>11</sup> del artículo 32 fracción XXVI, señalaba que, en varias ocasiones, los contribuyentes utilizaban los financiamientos para disminuir indebidamente la base del impuesto sobre la renta y para reubicar utilidades o pérdidas de una empresa a otra, y en jurisdicciones con cargas impositivas menores por lo que se consideraba necesario incluir una fracción al artículo 32 que limitara este tipo de operaciones.

Esta disposición adicionalmente iba en línea con las medidas tomadas a nivel internacional y en específico por los lineamientos de la OCDE respecto de la capitalización delgada.

El artículo 32, fracción XXVI de la LISR de 2005 establecía lo siguiente:

---

<sup>11</sup> Cfr. Exposición de motivos del proyecto de reforma a la Ley del Impuesto sobre la Renta propuesto por el Ejecutivo Federal para el ejercicio fiscal de 2005.

“Art. 32: Para los efectos de este título, no serán deducibles:

[.....]

**XXVI.** Los intereses que se deriven de las deudas que tenga el contribuyente en exceso en relación con su capital, que provengan de capitales tomados en préstamo que hayan sido otorgados por una o más personas que se consideren partes relacionadas en los términos del artículo 215 de esta Ley, siempre que el monto de las deudas sea superior al triple del monto del capital contable según el estado de posición financiera del contribuyente, sin considerar la utilidad o pérdida neta de dicho ejercicio.

Asimismo, será aplicable lo dispuesto en esta fracción a los intereses que se deriven de las deudas que tenga el contribuyente en exceso en relación con su capital, que provengan de capitales tomados en préstamo de una parte independiente residente en el extranjero, cuando el contribuyente sea una parte relacionada de una o más personas en los términos del artículo 215 de esta Ley.

Para los efectos de determinar el monto de las deudas que excedan el límite señalado en el primer párrafo, se restará del saldo promedio anual de todas las deudas, la cantidad que resulte de multiplicar por tres el cociente que resulte de dividir entre dos la suma del capital contable al inicio del ejercicio y al final del mismo.

Para los efectos del párrafo anterior, los contribuyentes deberán determinar el saldo promedio anual de las deudas, dividiendo la suma de los saldos al último día de cada uno de los meses del ejercicio, entre el número de meses del ejercicio. No se incluirán en el saldo del último día de cada mes los intereses que se devenguen en el mes.

El monto de los intereses no deducibles a que se refiere esta fracción se determinará dividiendo el total de los intereses devengados en el ejercicio entre el saldo promedio anual de las deudas. El resultado obtenido se multiplicará por el monto de las deudas que excedan el límite a que se refiere el primer párrafo de esta fracción.

No se considerarán para el cálculo del saldo promedio anual de las deudas a que se refiere el cuarto párrafo de esta fracción, los créditos hipotecarios constituidos sobre bienes inmuebles adquiridos en el ejercicio en el que se constituya la hipoteca o en el ejercicio inmediato anterior, siempre que se cumplan con los requisitos de información que para tales efectos señale el Reglamento de esta Ley. Lo dispuesto en este párrafo no será aplicable cuando el crédito hipotecario de que se trate lo hubiera otorgado una o más personas que se consideren partes relacionadas en los términos del artículo 215 de esta Ley.

Asimismo, no será aplicable el límite de las deudas con respecto al capital a que se refiere esta fracción, tratándose de los integrantes del sistema financiero en la realización de las operaciones propias de su objeto, siempre que cumplan con las reglas de capitalización que les correspondan en los términos de la legislación aplicable al sistema financiero ni a los contribuyentes que obtengan una resolución favorable en los términos que señala el artículo 34-A del Código Fiscal de la Federación, en la que se demuestre que las operaciones objeto de la resolución, se realizan a precios o montos de contraprestaciones que hubieran utilizado partes independientes, siempre que se trate de capitales tomados en préstamo que hayan sido otorgados por una o más personas que se consideren partes relacionadas en los términos del artículo 215 de esta Ley y además presenten conjuntamente con la solicitud de resolución a que se refiere este párrafo, un dictamen emitido por contador público registrado, que contenga la metodología que demuestre que los precios o montos de la contraprestación son los que hubieran utilizado con o entre partes independientes en operaciones comparables.

Cuando un contribuyente que sea parte relacionada de una o más personas en los términos del artículo 215 de esta Ley, obtenga créditos de una parte independiente, no se considerará dicho crédito para determinar el límite de las deudas respecto al capital a que se refiere esta fracción, cuando el margen de utilidad que sea atribuible a las operaciones celebradas con sus partes relacionadas, resulte razonable aplicando cualquiera de los métodos establecidos en las fracciones IV, V o VI del artículo 216 de esta Ley, siempre que obtenga una resolución favorable en los términos que señala el artículo 34-A del Código Fiscal de la Federación, en la que se demuestre que las operaciones objeto de la resolución, se realizan a precios o montos de contraprestaciones que hubieran utilizado partes independientes y presente conjuntamente con la solicitud de resolución a que se refiere este párrafo un dictamen emitido por contador público registrado, que contenga la metodología utilizada en la determinación de dicha utilidad, conforme a los requisitos que para tales efectos establezca el Reglamento de esta Ley.”

Como se puede observar, el artículo anterior mencionaba que la comparación para determinar la no deducibilidad de los intereses era entre las deudas y el capital de las empresas de manera general, sin especificar si con partes relacionadas o terceros, por lo que no quedaba claro si la intención del artículo 32 fracción XXVI de la LISR era la de restringir la deducción de intereses respecto de préstamos con partes relacionadas y en algunos casos con terceros en el extranjero o respecto de todas, lo cual no iba en línea con las disposiciones internacionales en materia de capitalización delgada. Asimismo, no se especificaba qué tipo de deudas eran las que se tenían que utilizar para el cálculo de la razón 3 a 1.

Otra confusión que generó esta disposición es que la LISR no contemplaba una definición de capital contable, por lo que en principio se intuía que para efectos de determinar qué se debía considerar como capital contable se tendría que tomar en cuenta los principios de contabilidad generalmente aceptados, sin embargo, no existía fundamento en Ley.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> *Crf.* PÉREZ SÁNCHEZ, Armando, Necesaria revisión de la capitalización delgada, Comisión Fiscal Internacional del Colegio de Contadores, 2006, p.2.  
<http://www.ccpm.org.mx/avisos/21%20AG%2006%20%20COM%20FISCAL%20INTNL.pdf>

Adicionalmente, se incorporó una disposición transitoria que establecía que los contribuyentes que tuvieran una relación de deuda capital mayor a la establecida en el artículo 32 fracción XXVI, previo a la inclusión de este artículo, tendrían un plazo de 5 años para llegar al límite establecido.

Derivado de las confusiones anteriores y también con el objeto de otorgar algunos beneficios a la industria mexicana referentes a inversiones productivas, el 21 de octubre de 2005, se publicó un Decreto Presidencial que establecía lo siguiente:

“Artículo Primero. Para los efectos de la fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, los contribuyentes podrán excluir del cálculo del monto de sus deudas en exceso al triple de su capital contable y del cálculo de los intereses derivados de ellas, a las deudas que provengan de créditos contratados con instituciones del sistema financiero que sean destinados a inversiones productivas especificadas en los contratos con el acreedor que otorga el crédito y la contratación de dichos créditos se encuentre condicionada a cuando menos 6 de los siguientes requisitos:

I. Que limiten la distribución de utilidades a sus socios o la reducción de capital de la sociedad deudora, cuando dicha distribución de utilidades o reducción de capital, exceda del 20% del monto del crédito otorgado.

II. Que el acreedor se reserve el derecho de revisar periódicamente la aplicación del crédito otorgado, así como el de recibir información por parte del deudor, dictaminada por auditores externos.

III. Que el acreedor tenga el derecho a designar a algún miembro del consejo de administración de la sociedad deudora o a una persona que supervise la realización del proyecto financiado.

IV. Que se obligue al deudor a destinar la totalidad de los recursos procedentes del crédito al pago de los costos del proyecto financiado.

V. Que el deudor mantenga su personalidad jurídica, sus derechos, franquicias y que esté en todo momento en posibilidad legal de realizar negocios para cumplir con las obligaciones derivadas del contrato de crédito.

VI. Que se obligue al deudor a adquirir, mantener, conservar, desarrollar y construir todos los bienes y derechos necesarios para la ejecución del proyecto financiado.

VII. Que el deudor no pueda crear, asumir o permitir la existencia de cargas o gravámenes en sus bienes o derechos, con excepción de los permitidos en el contrato de crédito y con autorización del acreedor.

VIII. Que el deudor sólo pueda contratar o incurrir en cualquier tipo de deuda distinta a la deuda subordinada y contingente expresamente señalada en el contrato de crédito, con autorización del acreedor.

IX. Que se limite el derecho que tiene el deudor para fusionarse, escindirse o realizar una reestructuración corporativa.

X. Que el deudor no pueda enajenar, arrendar o disponer total o parcialmente de sus bienes o derechos, excepto de inventarios, ya sea en una sola operación o en una serie de operaciones relacionadas, salvo que la operación y el destino de los recursos que se obtengan de la operación sean autorizados por el acreedor.

XI. Que se limite al deudor a celebrar convenios o contratos por virtud de los cuales sus ingresos o utilidades puedan compartirse con cualquier otra persona.

XII. Que los accionistas del deudor no puedan transmitir o enajenar la titularidad directa o indirecta de las acciones del deudor o cambiar o transformar su estructura social, salvo que el cambio de accionistas sea con autorización expresa del acreedor.

XIII. Que el deudor no pueda cambiar su actividad preponderante ni realizar actividades distintas a las que lleva a cabo para la realización de los proyectos de inversión productiva.

XIV. Que se limite al deudor a realizar cualquier tipo de operación con filiales o partes relacionadas, salvo que se cumplan con las condiciones pactadas en los contratos de crédito de cada proyecto financiado y cuente con autorización del acreedor.

XV. Que el deudor no pueda remover o reemplazar a cualquier gerente o director, salvo que el cambio sea por una persona que resulte aceptable para el acreedor.

XVI. Que el deudor se obligue a contar con razones financieras en relación con la proporción que durante la vigencia del crédito deba guardar el deudor respecto a su pasivo y capital, activos fijos y capital contable, entre otros, que tengan por objeto garantizar una posición financiera sana del deudor.

Para los efectos de este artículo, se consideran inversiones productivas aquellas en las que por lo menos el 80% del crédito se destine a la adquisición o construcción de bienes de activo fijo o terrenos o proyectos de ingeniería referidos a los mismos.

Lo dispuesto en este artículo también será aplicable a los créditos contratados con instituciones del sistema financiero que tengan por objeto el pago de pasivos que se hayan contratado con partes independientes y que al menos el 80% de los créditos que generaron los pasivos que se paguen se hubiesen destinado a la adquisición o construcción de bienes de activo fijo o terrenos que utilicen los contribuyentes en la realización de sus actividades, siempre que los créditos contratados para el pago de pasivos cumplan también con al menos 6 de los requisitos a que se refieren las fracciones anteriores.

Los contribuyentes que apliquen el beneficio a que se refiere este artículo deberán proporcionar la información que mediante reglas de carácter general establezca el Servicio de Administración Tributaria.

Artículo Segundo. Para los efectos del primer párrafo de la fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, para determinar si sus deudas son superiores al triple del monto de su capital contable según el estado de posición financiera, los contribuyentes podrán comparar las citadas deudas con el monto de dicho capital contable considerando la utilidad o pérdida neta del ejercicio de que se trate.”

Como se observa, el decreto anterior excluye algunos pasivos que cumplan con los requisitos ahí mencionados para el cálculo del monto de las deudas. Asimismo, aclara que la utilidad del ejercicio también puede ser tomada en cuenta para el monto del capital, lo cual es muy importante dado que las utilidades o pérdidas netas del ejercicio tienen un impacto directo en el capital contable de las compañías.

Inclusive, un factor importante para que una compañía solicite un financiamiento es la utilidad o pérdida que genere en un ejercicio.

A raíz de este decreto y que además existían precisiones adicionales que tenían que ser incorporadas al artículo 32 fracción XXVI para cumplir con el espíritu de delimitar el financiamiento excesivo y desproporcional con partes relacionadas residentes en el extranjero, la LISR fue modificada en 2006. El artículo 32 fracción XXVI establecía lo siguiente:

“Artículo 32.

[.....]

XXVI.

[.....]

Tampoco se considerarán para el cálculo del saldo promedio anual de las deudas a que se refiere el cuarto párrafo de esta fracción, los créditos que se sujeten a condiciones o términos que limiten al deudor para distribuir utilidades o dividendos, reducir su capital, enajenar sus activos fijos, contratar nuevos créditos o transmitir de cualquier forma la titularidad de la mayoría de su capital social, así como que permitan que el acreedor pueda intervenir en la determinación del destino de los créditos.”

Como se puede observar, este nuevo párrafo elimina para el cálculo de las deudas, principalmente aquellas que tienen una relación directa con el capital, situación similar a como lo contemplaba el decreto antes mencionado.

Esta adición, es importante dado que acota o delimita más las deudas que deben ser consideradas para el cálculo del factor 3 a 1.

No obstante lo anterior, la aplicación de esta disposición continuaba generando diversas confusiones por lo que el artículo 32 fracción XXVI de la Ley del Impuesto sobre la Renta de 2006 fue modificado para el ejercicio de 2007. Estas modificaciones fueron muy significativas y relevantes ya que aclararon diversos cuestionamientos que se habían generado desde la incorporación de las reglas de capitalización delgada en México en 2005, quedando de la siguiente manera:

“Artículo 32. Para los efectos de este Título, no serán deducibles:

[.....]

XXVI. Los intereses que deriven del monto de las deudas del contribuyente que excedan del triple de su capital contable que provengan de deudas contraídas con partes relacionadas residentes en el extranjero en los términos del artículo 215 de la Ley.

Para determinar el monto de las deudas que excedan el límite señalado en el párrafo anterior, se restará del saldo promedio anual de todas las deudas del contribuyente que devenguen intereses a su cargo, la cantidad que resulte de multiplicar por tres el cociente que se obtenga de dividir entre dos la suma del capital contable al inicio y al final del ejercicio.

Cuando el saldo promedio anual de las deudas del contribuyente contraídas con partes relacionadas residentes en el extranjero sea menor que el monto en exceso de las deudas a que se refiere el párrafo anterior, no serán deducibles en su totalidad los intereses devengados por esas deudas. Cuando el saldo promedio anual de las deudas contraídas con partes relacionadas residentes en el extranjero sea mayor que el monto en exceso antes referido, no serán deducibles los intereses devengados por dichas deudas contraídas con partes relacionadas residentes en el extranjero, únicamente por la cantidad que resulte de multiplicar esos intereses por el factor que se obtenga de dividir el monto en exceso entre dicho saldo.

Para los efectos de los dos párrafos anteriores, el saldo promedio anual de todas las deudas del contribuyente que devengan intereses a su cargo se determina dividiendo la suma de los saldos de esas deudas al último día de cada uno de los meses del ejercicio, entre el número de meses del ejercicio, y el saldo promedio anual de las deudas contraídas con partes relacionadas residentes en el extranjero se determina en igual forma, considerando los saldos de estas últimas deudas al último día de cada uno de los meses del ejercicio.

Los contribuyentes podrán optar por considerar como capital contable del ejercicio, para los efectos de determinar el monto en exceso de sus deudas, la cantidad que resulte de sumar los saldos iniciales y finales del ejercicio en cuestión de sus cuentas de capital de aportación, utilidad fiscal neta y utilidad fiscal neta reinvertida y dividir el resultado de esa suma entre dos. Quienes elijan esta opción deberán continuar aplicándola por un periodo no menor de cinco ejercicios contados a partir de aquél en que la elijan. Los contribuyentes que no apliquen principios de contabilidad generalmente aceptados en la determinación de su capital contable, considerarán como capital contable para los efectos de esta fracción, el capital integrado en la forma descrita en este párrafo.

No se incluirán dentro de las deudas que devengan intereses a cargo del contribuyente para el cálculo del monto en exceso de ellas al triple de su capital contable, las contraídas por los integrantes del sistema financiero en la realización de las operaciones propias de su objeto y las contraídas para la construcción, operación o mantenimiento de infraestructura productiva vinculada con áreas estratégicas para el país.

El límite del triple del capital contable que determina el monto excedente de las deudas al que se refiere esta fracción podría ampliarse en los casos en que los contribuyentes comprueben que la actividad que realizan requiere en sí misma de mayor apalancamiento y obtengan resolución al respecto en los términos que señala el artículo 34-A del Código Fiscal de la Federación.

Con independencia de lo previsto en esta fracción se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 215 de esta Ley.”

Como se puede observar, derivado de la eliminación del párrafo 2 y las modificaciones al párrafo 1, queda claro que las reglas de capitalización delgada deben aplicar únicamente a partes relacionadas residentes en el extranjero y no a partes relacionadas nacionales ni a terceros independientes en el extranjero.

También, se otorga un opción adicional a los contribuyentes para que en lugar de utilizar el capital contable para el cálculo de la proporción deuda capital se utilice la suma de los saldos iniciales y finales del ejercicio de la cuenta de capital de aportación, la cuenta de utilidad fiscal neta y la cuenta de utilidad neta reinvertida y dividir el resultado entre 2. En caso de que los contribuyentes no registraran su contabilidad bajo principios contables, este procedimiento no es optativo.

Finalmente, esta disposición hace referencia a los artículos 92 y 215 de la LISR que se refieren a re caracterización de intereses como dividendos, así como a precios de transferencia lo cual reafirma el espíritu de la regla.

Es relevante mencionar que hasta el ejercicio de 2011, fecha de elaboración de la presente, esta disposición no ha sido modificada permaneciendo en los mismos términos que en 2007.

En México también existen otras reglas para evitar el abuso de las operaciones de financiamientos para aminorar la carga fiscal. Dichas disposiciones son las de créditos respaldados, regímenes fiscales preferentes, ajuste anual por inflación, precios de transferencia, entre otras.

Por ejemplo, la transferencia de utilidades vía intereses, también se puede alcanzar por los contribuyentes pactando tasas de interés excesivamente altas para el otorgamiento de préstamos, sin embargo, las autoridades fiscales delimitan este tipo de estrategias por medio de las reglas de precios de transferencia.

A este respecto, el artículo 86 fracción XV de la LISR establece que las operaciones entre partes relacionadas deben celebrarse a valores de mercado.

Asimismo, el artículo 215 de la misma ley establece que en el caso de operaciones de financiamiento de partes relacionadas se debe analizar el monto del principal, plazo, garantías, solvencia del deudor y la tasa de interés para determinar si la operación está a valor de mercado.

Por lo tanto, en caso de que un contribuyente pacte una tasa de interés muy alta para un préstamo entre partes relacionadas para así enviar flujos a una compañía “target”, las autoridades fiscales pueden hacer un ajuste de precios de transferencia.

Ejemplo de cálculo de capitalización delgada en México

Con objeto de comprender mejor las disposiciones contenidas en la LISR respecto de la capitalización delgada, a continuación se muestra un ejemplo numérico<sup>13</sup>:

Saldo promedio anual de todas las deudas que devengan intereses (A)	PR Extranjera: \$4,200 Nacionales: \$800 <b>Total: \$5,000</b>
Cociente que se obtenga de dividir entre dos la suma del capital contable al inicio y al final del periodo (B)	Saldo Inicial: \$1,000 Saldo Final: \$1,500 Total: \$2,500 Entre 2: \$1,250 <b>Por 3: \$3,750</b>
Excedente A-B	$\$5,000 - \$3,750 = \mathbf{\$1,250}$
Intereses pagados	\$400
Factor	$\$1,250 / \$4,200 = \mathbf{29\%}$
Intereses no deducibles	$\$400 * 29\% = \mathbf{116}$

Como se observa en el ejemplo anterior, el contribuyente contaba con una proporción deuda capital de 4 a 1, por lo que bajo el procedimiento establecido en la LISR, \$116 de intereses correspondientes al pago a partes relacionadas en el extranjero no serían deducibles.

<sup>13</sup> SÁNCHEZ MIRANDA, Arnulfo, Aplicación Práctica del ISR e IMPAC Personas Morales 2007, ISEF, 2007, p.153.

### Precedentes judiciales

En el caso de México, a la fecha de la presente, existe únicamente una tesis aislada muy reciente que emana del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

A continuación se transcribe la tesis aislada antes mencionada<sup>14</sup>:

#### **CAPITALIZACIÓN DELGADA O SUBCAPITALIZACIÓN. CONCEPTO Y FINALIDAD DE DICHA FIGURA EN LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA.**

Localización: 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro I, Octubre de 2011; Pág. 1611;

La fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta prevé la figura de la capitalización delgada o subcapitalización, que sustancialmente impide a los contribuyentes deducir intereses provenientes de deudas contraídas con partes relacionadas residentes en el extranjero, por niveles de deuda que excedan el triple de su capital contable, con la finalidad de no permitir que utilicen operaciones de endeudamiento en donde los intereses pagados no son más que un dividendo disfrazado, como instrumento para disminuir la base del mencionado impuesto o reubicar las utilidades y pérdidas fiscales de una empresa a otra, que sean consideradas partes relacionadas, ocultando una verdadera participación en el capital de la sociedad, con el consiguiente perjuicio que representa para las finanzas del Estado.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 763/2010. Professional Advertising México, S.A. de C.V. 12 de mayo de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Alma Flores Rodríguez.

Como se puede observar, el análisis realizado por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito se refiere al fondo económico de las reglas de capitalización delgada. Esto es, la conclusión respecto de estas reglas es que lo que se busca es delimitar la deducción de los intereses respecto de deudas que únicamente tienen como objeto disminuir la base gravable y que no tienen otra razón de ser.

---

<sup>14</sup> <http://200.38.163.161/>

Esta tesis es consistente con la postura de las autoridades fiscales mexicanas ya que en diversos foros públicos han fomentado a que los contribuyentes que excedan la razón deuda capital de 3 a 1, por cuestiones operativas válidas, soliciten una consulta en términos del artículo 34-A del CFF como lo establece el propio artículo 32 fracción XXVI.

El artículo 34-A de la LISR establece que las autoridades fiscales podrán resolver las consultas que formulen los interesados relativas a la metodología utilizada en la determinación de los precios o montos de las contraprestaciones, en operaciones con partes relacionadas, en los términos 215 de la LISR, siempre que el contribuyente presente la información, datos y documentación, necesarios para la emisión de la resolución correspondiente.

Por esta razón, muchos contribuyentes que exceden la proporción deuda capital por cuestiones operativas válidas y necesidades financieras de la empresa, que no están disfrazando capital con pasivos, han solicitado consultas a la autoridad para exponer el motivo por el cual tienen un sobreendeudamiento y así poder deducir los intereses correspondientes antes de ser auditados y tener que recurrir a un medio de defensa.

De lo anterior se desprende que si una empresa está sobre endeudada por cuestiones operativas válidas, no debiera tener consecuencias fiscales en materia de subcapitalización delgada, sino únicamente aquellos contribuyentes que efectivamente están disfrazando capital con deuda. No obstante, en México no existen precedentes públicos en materia de capitalización delgada respecto de la aplicación del artículo de no discriminación contenido en los tratados internacionales para evitar la doble imposición.

Ahora bien, a diferencia del precedente antes mencionado donde se está resolviendo el caso conforme al fondo económico del asunto y conforme a la razón de existencia de las reglas de capitalización delgada, en materia internacional la mayoría de los precedentes judiciales versa sobre el tema de si las reglas de capitalización delgada incluidas en las legislaciones locales violan el principio de no discriminación incluido en los tratados internacionales para evitar la doble imposición en el Artículo 23.

A continuación se describen 2 precedentes internacionales recientes<sup>15</sup>:

1) España-Suiza<sup>16</sup>

*Hechos*

Una compañía residente en España que era subsidiaria al 100% de una compañía residente en Suiza, financiaba sus operaciones a través de préstamos recibidos de la compañía matriz, así como de un tercero independiente residente en Luxemburgo. El préstamo otorgado por el tercero independiente establecía como garantía que la compañía matriz mantendría la participación accionaria en la subsidiaria española hasta el momento en el cual el total del préstamo considerando principal e interés fuera pagado.

Las autoridades fiscales españolas, consideraron que dichos préstamos eran excesivos tomando en cuenta la situación financiera de la Compañía. Por esta razón y de acuerdo con las reglas locales en materia de capitalización delgada, los intereses pagados y deducidos para efectos del impuesto corporativo fueron clasificados como pagos de dividendos no deducibles. Cabe mencionar que las reglas de capitalización delgada incluidas en la legislación española únicamente consideran como no deducibles los pagos realizados a Compañías residentes en la Unión Europea.

---

<sup>15</sup> [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org)

<sup>16</sup> Corte Suprema Española. Juicio Número 5871/2006, 24 de mayo de 2011.

### *Tema abordado por la Corte Suprema*

El tema principal era si el principio de no discriminación incluido en el Tratado para Evitar la Doble Imposición entre España y Suiza, era aplicable al caso ya que las reglas de capitalización delgada en España no eran aplicables a compañías residentes en España.

### *Resolución*

La Corte española resolvió que las reglas de capitalización delgada contenidas en la legislación local efectivamente eran violatorias al principio de no discriminación ya que daban un trato desigual a operaciones celebradas con residentes fuera de la Unión Europea, por lo que las reglas de capitalización delgada únicamente eran aplicables en caso de que la compañía residente en el extranjero que otorgara los préstamos fuera residente en un país con el que España no tuviera celebrado un tratado para evitar la doble imposición.

### 2) Holanda-Francia<sup>17</sup>

#### *Hechos*

Un contribuyente residente en Holanda, que era subsidiaria en un 95% de una compañía francesa, recibió financiamientos de partes relacionadas residentes en Francia, Alemania y Portugal. La compañía holandesa dedujo la totalidad de los intereses devengados en 2004. Posteriormente, la compañía fue auditada por las autoridades fiscales holandesas y se determinó que conforme las reglas de capitalización delgada contenidas en la legislación holandesa, parte de los intereses no eran deducibles.

---

<sup>17</sup> Corte Suprema Holandesa Juicio Número 10/05268, 10 de octubre de 2011.

### *Tema abordado por la Corte Suprema:*

Dentro de otros temas, al igual que en el caso de España antes mencionado, el tema principal abordado era si el principio de no discriminación incluido en los Tratados para Evitar la Doble Imposición celebrados por Holanda con Francia, Alemania y Portugal era aplicable al caso ya que las reglas de capitalización delgada en Holanda no eran aplicables a compañías residentes en Holanda.

### *Resolución*

La Corte holandesa resolvió que el artículo de no discriminación incluido en los tratados para evitar la doble imposición celebrados entre Holanda con Francia, Alemania y Portugal, no era aplicable a las reglas de subcapitalización delgada ya que el principio de no discriminación no es aplicable a la estructura de deuda capital de un contribuyente sino más bien a transacciones.

Como se puede observar, mientras que en el precedente judicial de España, la corte resolvió que las reglas de capitalización delgada violaban el principio de no discriminación, en el caso de Holanda se resuelve lo contrario.

Es importante mencionar que existen otros precedentes internacionales donde se tienen resoluciones en sentidos encontrados como se expuso anteriormente, por lo que será necesario esperar a que existan más casos en el mismo sentido o que se incluyan disposiciones más profundas en los comentarios de las OCDE para poder confirmar si el principio de no discriminación aplica de manera general a las reglas de capitalización delgada o no es aplicable.

# Conclusiones

---

Las reglas de capitalización delgada en México, son relativamente recientes y surgen de la necesidad de las autoridades fiscales para delimitar estrategias fiscales agresivas de los contribuyentes para tomar una deducción referida a intereses que más bien se refiere a aportaciones de capital, o en su caso, que no son económicamente válidas y razonables.

En el ámbito internacional las reglas de capitalización delgada existen desde varias décadas atrás, sin embargo pareciera que aún no existe una postura general de su aplicación ya que existen distintos precedentes judiciales que se han resuelto en contrasentido.

Desde mi punto de vista, las reglas de capitalización delgada son un candado de las autoridades fiscales que en varias ocasiones logra el resultado de no permitir abusos por parte de los contribuyentes, sin embargo, existen muchos otros contribuyentes que sí requieren tener una estructura de deuda capital con una proporción mayor a 3 a 1 para su operación y se ven afectados por estas reglas.

Me parece que una manera de delimitar la deducción de intereses de una forma económica más razonable es la aplicación de reglas de precios de transferencia donde en operaciones de financiamiento se analiza si el principal otorgado es razonable o no, con base en información de la propia empresa o de compañías comparables, en lugar de establecer una proporción arbitraria de 3 a 1.

Por lo anterior, también considero que es muy bueno que las autoridades fiscales mexicanas hayan hecho énfasis en que los contribuyentes pueden solicitar consultas en materia de precios de transferencia para evitar una afectación por las reglas de capitalización delgada cuando no estén realizando transacciones abusivas fiscalmente. Inclusive, así lo expresa el propio artículo 32 fracción XXVI de la LISR.

Ahora bien, desde un punto de vista meramente legal, de la lectura del artículo de no discriminación incluido en los tratados para evitar la doble imposición, me parece que las reglas de capitalización delgada representan una clara violación a este principio siempre y cuando se demuestre que la operación no está en contra del artículo 9 de partes relacionadas, ya que se está otorgado un trato desigual y más gravoso a residentes en el extranjero respecto de residentes nacionales, como lo podría ser también el caso de los gastos a prorrata en México.

No obstante lo anterior, en la medida en que se demuestre que las condiciones de una operación de financiamiento por parte de un residente en el extranjero a un residente nacional no está en condiciones de mercado, entonces el artículo de no discriminación no sería aplicable.

Esto es, la mera existencia del artículo 32 fracción XXVI de la LISR no es violatoria al principio de no discriminación incluido en los tratados internacionales para evitar la doble imposición, sino que se debe demostrar que la operación es económicamente razonable y está a valor de mercado para que sea aplicable.

Desde el punto de vista ético, me parece que los todas las personas que somos parte de un Estado debemos contribuir con recursos para el bien común. Esta contribución efectivamente debiera ser equitativa y proporcional. Las reglas de capitalización delgada tratan de atacar aquellos actos que como se mencionó son disfrazados, simulados y que tratan de aparentar transacciones que se refieren a otro concepto, lo cual desde mi perspectiva no es ético.

Ahora bien, un tema muy relevante en cuanto al pago de impuestos por parte del contribuyente radica en la ética por parte del Estado en la administración de los recursos ya que el fundamento de la obligación moral de pagar un tributo, radica en la confianza que le entrega la sociedad al Estado.

Esto es, la ética en la relación tributaria involucra tanto al sujeto activo (Estado que cobra el tributo) como al sujeto pasivo (contribuyente).

En relación con lo anterior, considero que en la medida en que el Estado actúe de manera más ética y sin corrupción al administrar los recursos públicos, los contribuyentes cumplirían mejor con su obligación de pago. Asimismo, en la medida en que los contribuyentes cumplan con sus obligaciones fiscales, la autoridad impondrá menos reglas antiabuso.

# Bibliografía

---

## Legislación

- 1) Ley del Impuesto sobre la Renta, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011.
- 2) Código Fiscal de la Federación, 2011.
- 3) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

## Bibliografía

- 4) [http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=impuesto](http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=impuesto)
- 5) Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, “Diccionario jurídico mexicano”, t III, Porrúa, México 1989, p. 1638
- 6) SÁNCHEZ MIRANDA, Arnulfo, “Estrategias Financieras de los Impuestos”, Gasca Sicco, México, D.F., 2006, p. 7.
- 7) TORRES RIVERO, Alejandro, “Reflexiones en torno a la planeación fiscal, el abuso del derecho y la defraudación fiscal en México”, Anuario Jurídico, p.2.
- 8) DELGADO PACHECO, Abelardo, “Nuevas Tendencias en Economía y Fiscalidad Internacional”, ICE, 2005, p.2.
- 9) OECD, Thin Capitalisation, Abril 2000, p.3.
- 10) <http://www.oecd.org/dataoecd/42/20/42649592.pdf>
- 11) PITA GRANDAL, Ana Maria y otros, “Una aportación sobre la naturaleza jurídica de la norma sobre subcapitalización en España”, XIX Jornadas Latinoamericanas de DereitTributario, Lisboa, 1998, pag. 230.
- 12) NAIME, Carlos Enrique y SÁNCHEZ TORRADO Alfredo, La Capitalización Insuficiente, Boletín Técnico, IMEF, México, 2008, p.2.

- 13) MANOSALVA, Lucio Enrique, Encuadramiento fiscal de la subcapitalización de empresas, XIX Jornadas Latinoamericanas del Direito Tributario, Lisboa 1998, pag. 60.
- 14) Exposición de motivos del proyecto de reforma a la Ley del Impuesto sobre la Renta propuesto por el Ejecutivo Federal para el ejercicio fiscal de 2005.
- 15) PÉREZ SÁNCHEZ, Armando, Necesaria revisión de la capitalización delgada, Comisión Fiscal Internacional del Colegio de Contadores, 2006, p.2.
- 16) SÁNCHEZ MIRANDA, Arnulfo, Aplicación Práctica del ISR e IMPAC Personas Morales 2007, ISEF, 2007, p.153.
- 17) <http://200.38.163.161/>
- 18) Corte Suprema Española. Juicio Número 5871/2006, 24 de mayo de 2011.
- 19) Corte Suprema Holandesa Juicio Número 10/05268, 10 de octubre de 2011.

## **Caso Práctico**

## Resolución caso Trouts Hotels, Inc.

### Hechos relevantes

HYDESA es una compañía que cotiza en la BMV y es propietaria de más del 51% de las acciones emitidas PUBASA (sociedad mexicana) que tiene la propiedad de 2 hoteles.

HYDESA también ha emitido deuda en la BMV y en el extranjero.

TROUTS HOLDINGS es una compañía residente en Estados Unidos que cotiza en varias bolsas de valores (menos México). Dicha compañía es propietaria de TROUTS HOTELS. TROUTS HOLDINGS pretende comprar los hoteles a HYDESA por medio de TROUTS HOTELS.

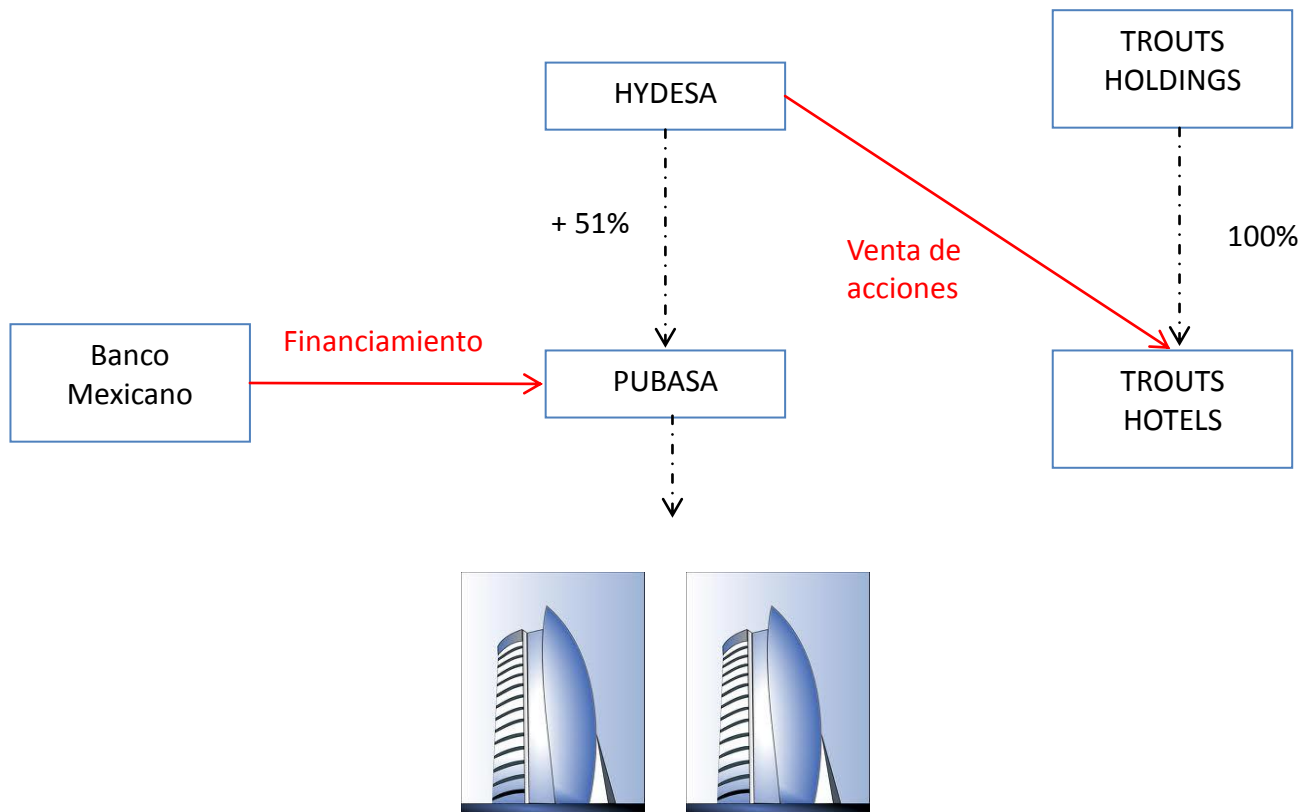
HYDESA desea realizar esta operación por medio de la transmisión de acciones emitidas por PUBASA a TROUTS HOTELS.

TROUTS HOLDINGS puso como condición que PUBASA obtenga un financiamiento para la compra de los hoteles para así poder deducir los intereses. Asimismo, el pago del principal y de los intereses sería conforme al flujo de efectivo.

TROUTS HOLDINGS desea que el pago de intereses también sea deducible para el IMPAC.

Un banco mexicano fondearía la operación con un crédito hipotecario y la proporción deuda/capital para la operación sería 75%/25%.

A continuación se muestra la estructura de la operación:



### Questionamientos

- Si es posible llevar a cabo la operación de compra de las acciones de PUBASA de tal manera que los flujos para el servicio de la deuda sean generados directa e inmediatamente por la propia sociedad mexicana.
- Si los intereses son deducibles para PUBASA para efectos de ISR.
- Si el pasivo incurrido sería deducible para IMPAC.
- Otras alternativas.

## **Resolución del caso**

En relación con el cuestionamiento respecto de si PUBASA puede pagar la deuda por la compra de sus acciones directa e inmediatamente, desde la perspectiva operativa ésta tendría que solicitar el financiamiento al banco mexicano y posteriormente transferirlo vía préstamo a TROUTS HOTELS. Con este monto TROUTS HOTELS pudiera comprar las acciones emitidas por PUBASA a HYDESA.

De esta manera PUBASA tendría la obligación de pago con el banco mexicano y a su vez, TROUTS HOTELS tendría una obligación de pago con PUBASA. Con los flujos operativos de PUBASA, ésta podría pagar la deuda contraída con el Banco.

En el caso de la deuda contraída por TROUTS HOTELS con PUBASA, dado que TROUTS HOTELS se convertiría en accionista, pudiera pagar la deuda con los dividendos distribuidos por PUBASA, o en su caso, con los flujos operativos respecto de las demás operaciones, sin embargo esta opción no cumple con los requisitos del cliente ya que se pretende pagar la deuda con los flujos que generen los hoteles de PUBASA.

Otra forma para estructurar la operación sería pactar un “Balloon Loan”<sup>18</sup> entre PUBASA y TROUTS HOTELS para que de esta manera PUBASA pudiera generar los flujos suficientes para el pago de la deuda sin tener la necesidad al principio de también distribuir dividendos a TROUTS HOTELS para que ésta a su vez le pagara el préstamo con los intereses correspondientes.

---

<sup>18</sup> Préstamo en el cual tanto los intereses como el principal se pagan al final de la vigencia.

Una vez que se diera la compra de las acciones por parte de TROUTS HOTELS a HYDESA, también es muy común que en este tipo de operaciones el adquirente de las acciones (TROUTS HOTELS) y la ahora subsidiaria (PUBASA) se fusionen de manera tal que la cuenta por pagar intercompañía se cancele y únicamente permanezca pendiente la deuda contraída con el Banco.

No obstante lo anterior, dado que TROUTS HOTELS realiza otro tipo de actividades y tiene varios negocios, al fusionarse entre ellas se mezclarían las operaciones y existirían consecuencias fiscales que tendrían que ser analizadas al ser una compañía mexicana y una extranjera.

En resumen, desde la perspectiva operativa, PUBASA efectivamente pudiera pagar de manera directa e inmediata los flujos de la deuda respecto de la adquisición de acciones.

Habiendo comentado lo anterior, resulta necesario analizar las disposiciones fiscales aplicables a las operaciones de préstamo con el objeto de determinar la posible deducibilidad de los intereses pagados por PUBASA.

El artículo 29 fracción IX de la LISR establece que los contribuyentes podrán deducir los intereses devengados a cargo en el ejercicio, sin ajuste alguno, por lo que en principio, los intereses a pagar por PUBASA sí son deducibles. No obstante, es necesario analizar si los requisitos de las deducciones autorizadas se cumplen.

A este respecto, el artículo 31 fracción I, establece que para poder tomar una deducción, ésta debe ser estrictamente indispensable para los fines de la actividad del contribuyente.

Por otra parte, la fracción VIII establece que en caso de intereses por capitales tomados en préstamo, serán deducibles en la medida en que hayan sido invertidos en los fines del negocio.

En el caso específico, PUBASA estaría contrayendo una deuda con el objeto de adquirir sus propias acciones, lo cual no es un gasto estrictamente indispensable además de que el préstamo no se estaría invirtiendo en los fines del negocio, por lo cual estos intereses no serían deducibles, mientras que los cobros que en su caso se realizaran a TROUTS HOTELS serían ingresos acumulables.

Ahora bien, en cuanto a la deducibilidad para efectos de IMPAC, es importante mencionar que la Ley del IMPAC fue abrogada en 2008, y sustituida por la Ley del IETU, por lo cual, no se tendría que realizar análisis alguno, siendo que este impuesto no se causaría para una operación realizada en 2011.

En su caso se tendría que analizar la deducibilidad de los intereses para efectos del IETU. No obstante lo anterior, en caso de haberse realizado esta operación en 2005<sup>19</sup>, para efectos de la deducibilidad del pasivo, se hubiera tenido que atender al artículo 5 de la Ley del IMPAC.

---

<sup>19</sup> Se utilizó 2005 dado que es la fecha mencionada en el caso.

El artículo 5 de la Ley del IMPAC vigente en 2005 establecía que los contribuyentes podrían deducir del valor del activo en el ejercicio, las deudas contratadas con empresas residentes en el país con establecimientos permanentes ubicados en México de residentes en el extranjero o en el extranjero, siempre que se trate de deudas no negociables. También podrían deducirse las deudas negociables en tanto no se le notifique al contribuyente la cesión del crédito correspondiente a dichas deudas a favor de una empresa de factoraje financiero, y aun cuando no habiéndosele notificado la cesión, el pago de la deuda se efectúe a dicha empresa o a cualquier otra persona no contribuyente de este impuesto.

Para los efectos de este artículo, los contribuyentes deducirían el valor promedio de las deudas en el ejercicio de que se trate. Dicho promedio se calcularía sumando los promedios mensuales de los pasivos y dividiendo el resultado entre el número de meses que comprende el ejercicio. Los promedios se determinarían sumando los saldos al inicio y al final del mes y dividiendo el resultado entre dos.

Asimismo, el artículo 14 del reglamento del IMPAC establecía que los contribuyentes podrían deducir del valor del activo en el ejercicio, las deudas contraídas con personas físicas que realicen actividades empresariales o con personas morales, siempre que sean contribuyentes de este impuesto.

Como se puede observar, en principio, PUBASA sí hubiera podido considerar la deuda como deducible para efectos del impuesto al activo en caso de que la operación hubiera sido llevada a cabo en 2005.

Ahora bien, en caso de que la operación se llevara a cabo en 2011 y considerando que el IETU sustituyó al IMPAC, es necesario analizar la deducibilidad de los intereses pagados por PUBASA para efectos de este impuesto.

En este sentido, el artículo 5 de la LIETU establece que los contribuyentes pueden deducir de sus ingresos las erogaciones que correspondan a la adquisición de bienes, de servicios independientes o al uso o goce temporal de bienes, que utilicen para realizar las actividades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley (enajenación, prestación de servicios y arrendamiento) o para la administración de las actividades mencionadas o en la producción, comercialización y distribución de bienes y servicios, que den lugar a los ingresos por los que se deba pagar IETU.

Asimismo, el artículo 6 de la LIETU establece que las erogaciones deben ser estrictamente indispensables para ser deducibles.

Como se observa, dado que los intereses pagados por PUBASA no son estrictamente indispensables para la realización de su actividad, los intereses no serían deducibles para efectos de IETU.

El caso también contempla que la proporción deuda capital que se usaría para la compra de los hoteles sería de 25% capital y 75% de deuda. En este sentido, dado que el financiamiento sería contratado de un banco mexicano, las reglas de capitalización delgada vigentes contenidas en el artículo 32 fracción XXVI de la LISR no serían aplicables dado que son disposiciones para deudas contraídas con partes relacionadas con partes relacionadas residentes en el extranjero.

Una vez contestadas las preguntas específicas, a continuación se describe cuál sería la alternativa que le propondría al cliente para tener una estructura fiscal más segura y eficiente para los fines que requiere:

En primer lugar, sería necesario constituir una empresa residente en México ("NEWCO"), cuyo objetivo sea la tenencia de acciones e inversión en diversas sociedades. Esta empresa tendría que ser constituida por TROUTS HOTELS.

Posteriormente NEWCO, sería la entidad que solicitaría el préstamo al banco mexicano para adquirir las acciones emitidas por PUBASA a HYDESA. Cabe mencionar que los intereses a cargo de NEWCO derivados de este préstamo sí serían deducibles dado que son un gasto estrictamente indispensable para la compañía y el fondeo se está invirtiendo en los fines del negocio.

No obstante lo anterior, sería recomendable atender al artículo 92 de la LISR respecto de créditos respaldados.

El artículo 92 de la LISR establece que tratándose de intereses que deriven de créditos otorgados a personas morales o a establecimientos permanentes en el país de residentes en el extranjero, por personas residentes en México o en el extranjero, que sean partes relacionadas de la persona que paga el crédito, los contribuyentes considerarán, para efectos de esta Ley, que los intereses derivados de dichos créditos tendrán el tratamiento fiscal de dividendos cuando (entre otros) los intereses provengan de créditos respaldados, inclusive cuando se otorguen a través de una institución financiera residente en el país o en el extranjero.

Se consideran créditos respaldados las operaciones por medio de las cuales una persona le proporciona efectivo, bienes o servicios a otra persona, quien a su vez le proporciona directa o indirectamente, efectivo, bienes o servicios a la persona mencionada en primer lugar o a una parte relacionada de ésta.

También se consideran créditos respaldados aquellas operaciones en las que una persona otorga un financiamiento y el crédito está garantizado por efectivo, depósito de efectivo, acciones o instrumentos de deuda de cualquier clase, de una parte relacionada o del mismo acreditado, en la medida en la que esté garantizado de esta forma.

De la definición anterior, se desprende que no obstante que esta disposición aplica a partes relacionadas, la operación de financiamiento de NEWCO pudiera calificar como un crédito respaldado dado que posiblemente NEWCO estaría garantizando el préstamo al Banco con efectivo o acciones y el artículo 92 no es claro.

Sin embargo, el propio artículo 92 establece que no se considerarán créditos respaldados las operaciones en las que se otorgue financiamiento a una persona y el crédito esté garantizado por acciones o instrumentos de deuda de cualquier clase, propiedad del acreditado o de partes relacionadas de éste que sean residentes en México, cuando el acreditante no pueda disponer legalmente de aquéllos, salvo en el caso en el que el acreditado incumpla con cualesquiera de las obligaciones pactadas en el contrato de crédito respectivo.

Derivado de lo anterior, la operación de financiamiento de NEWCO no calificaría como crédito respaldado en la medida en que el Banco no pueda disponer de la garantía si no es por incumplimiento de pago.

Adicionalmente, para que la operación no calificara como crédito respaldado se podrían garantizar el préstamo si PUBASA fungiera como un aval en la operación utilizando los inmuebles.

Una vez contraída la deuda y adquiridas las acciones emitidas por PUBASA, NEWCO y PUBASA tendrían que ser fusionadas para que la entidad subsistente o en su caso la nueva entidad continuara con el cumplimiento e obligación de pago al Banco.

Así, se tendría como resultado que TROUTS HOTELS adquiriera las acciones emitidas por PUBASA de manera indirecta y la deducibilidad de los intereses derivados del financiamiento con el Banco Mexicana pudieran ser deducibles para efectos de ISR.

Para que no existiera enajenación derivado de la fusión de NEWCO y PUBASA de acuerdo con el artículo 14 B del Código Fiscal de la Federación, se tendría que; presentar el aviso de fusión mencionado en el Reglamento del Código; la compañía subsistente continúe realizando las actividades que realizaba, durante un periodo mínimo de un año inmediato posterior a la fecha en que surta efectos la fusión; y que se presenten las declaraciones de impuestos y las informativas correspondientes al ejercicio que terminó por fusión.

La creación de NEWCO y subsecuente fusión con PUBASA, es más conveniente que la fusión directa entre PUBASA y TROUTS HOTELS ya que de esta manera la deducibilidad del pago de los intereses es más soportable ya que NEWCO es la compañía que solicita el préstamo para desarrollar los fines del negocio, las operaciones de TROUTS HOTELS no se mezclan con la operación de PUBASA y no se genera enajenación por la fusión ya que lo dispuesto en el artículo 14 B únicamente aplica a sociedades mexicanas.

### **Conclusiones**

- 1) Desde la perspectiva operativa, PUBASA efectivamente pudiera pagar de manera directa e inmediata los flujos de la deuda respecto de la adquisición de acciones.
- 2) Los intereses a cargo de PUBASA no serían deducibles para efectos de ISR ni IETU ya que no son un gasto indispensable ni el financiamiento se invierte en los fines del negocio.
- 3) En caso de que la operación se hubiera realizado en 2005 la deuda sí hubiera sido deducible para efectos de IMPAC.

4) La recomendación para la estructuración de la operación consiste en que TROUTS HOTELS constituya una nueva compañía que solicite el financiamiento para adquirir las acciones emitidas por PUBASA de HYDESA y posteriormente esta compañía se fusione con PUBASA. Así, TROUTS HOTELS adquiriría las acciones de PUBASA de manera indirecta , los intereses del préstamo serían pagados por los flujos de PUBASA y la deducción sería más soportable ante las autoridades fiscales.

\* \* \* \* \*