



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO
POSGRADO EN DERECHO

RÉGIMEN DE CONSOLIDACIÓN FISCAL

Tesis que para obtener el grado de Maestro en Derecho Fiscal presenta:

JAVIER ALBERTO GONZÁLEZ FRANCO

DR. LUIS JOSÉ BÉJAR RIVERA

Ciudad de México, a 11 de Junio de 2012

INDICE

INTRODUCCION	3
ANTECEDENTES	4
<i>Unidades económicas modernas</i>	4
<i>Consolidación financiera</i>	6
<i>Consolidación fiscal</i>	9
REGIMEN CONSOLIDACION FISCAL EN MEXICO.....	11
<i>Decreto 1° de junio de 1973</i>	13
<i>Ley del Impuesto sobre la Renta 1982</i>	16
GENERALIDADES DEL REGIMEN DE CONSOLIDACIÓN.....	19
<i>Ventajas del régimen</i>	20
<i>Desventajas del régimen</i>	22
<i>Solicitud de autorización</i>	23
<i>Desincorporación del régimen de consolidación</i>	23
<i>Incorporación al régimen de consolidación</i>	24
<i>Impuesto consolidado del ejercicio</i>	24
PARTICULARIDADES EN DISTITNAS ETAPAS DEL REGIMEN DE CONSOLIDACION.....	25
<i>Ejercicio de 1998 y anteriores (consolidación al 100%)</i>	25
<i>Ejercicio de 1999 a 2002 (consolidación al 60%)</i>	27
<i>Ejercicio de 2002 al 2004 (consolidación al 60%)</i>	30
<i>Ejercicio 2005 a 2009 (consolidación al 100%)</i>	32
<i>Ejercicio de 2010 en adelante (consolidación al 100%)</i>	34
CONCLUSIONES Y PROPUESTAS	41
BIBLIOGRAFIA	44
CASO PRACTICO	46

INTRODUCCION

El presente tiene por objeto dar una visión general del régimen de consolidación fiscal que se encuentra actualmente contenido en la Ley del Impuesto sobre la Renta, así como los cambios más relevantes que ha tenido dicho régimen a lo largo del tiempo, sin ser objeto del mismo hacer un análisis exhaustivo de las disposiciones y reglas particulares que regulan esta materia.

Tampoco es objeto de este estudio hacer un análisis detallado del sinnúmero de problemáticas de tipo práctico que pudieran llegar a presentarse para las empresas en la aplicación del régimen de consolidación fiscal, toda vez que este tema podría ser objeto de una obra sumamente extensa.

Por lo tanto, en los siguientes apartados se podrá encontrar una descripción general del funcionamiento del régimen de consolidación fiscal en México, únicamente por lo que respecta al impuesto sobre la renta, así como las principales modificaciones que se han realizado desde la fecha en que dicho régimen fue incorporado en la Ley del Impuesto sobre la Renta.

Se señalarán las generalidades del mismo, sus ventajas y desventajas, requisitos para obtener la autorización, incorporación y desincorporación de empresas controladas al régimen, así como una descripción en forma esquemática y general, de los pasos a seguir para que la sociedad controladora de un Grupo que consolida su resultado para efectos fiscales, determine el resultado fiscal consolidado del ejercicio conjuntamente con el de sus sociedades controladas, considerando para tales efectos los cambios que se han venido realizando a este régimen a lo largo de su existencia.

ANTECEDENTES

Al día de hoy existen dos tipos de consolidación, la financiera y la fiscal, aún cuando cada una de ellas se refiere a ámbitos totalmente distintos, ambas comparten una misma justificación, la cual es el reconocer la existencia de unidades económicas formadas por el conjunto de diversas sociedades a un control común, cuyos desempeños financiero y fiscal deben medirse como si se tratara de un solo ente, y no como un grupo de sociedades independientes.

El origen y fundamento de la consolidación fiscal en el mundo, y en específico, en el Derecho mexicano, descansa en el reconocimiento por parte del Estado de la existencia de unidades económicas formadas por un conjunto de sociedades independientes que están sujetas a un control común.

Lo anterior tuvo sus orígenes en los grandes grupos corporativos a finales del siglo XIX, los cuales ocasionaron la necesidad de medir de manera conjunta (consolidada) el rendimiento de la totalidad del negocio para los inversionistas.

Unidades económicas modernas

La noción de unidad económica formada por un conjunto de sociedades sujetas a un control común, tiene sus orígenes en la aparición, a finales del siglo XIX, de los primeros grandes grupos corporativos nacionales y transnacionales.

De acuerdo con lo señalado por el profesor P.T. Muchlinski¹, aun cuando los primeros consorcios comerciales surgieron durante los siglos XVI a XVIII, la mayoría de los economistas e historiadores especializados ubican el nacimiento de los primeros grupos corporativos transnacionales durante la segunda mitad del siglo XX².

Ahora bien, un negocio puede explotarse de dos formas legales básicas: a) constituyendo una sola persona moral encargada de realizar todas las actividades del negocio, o bien, b) constituyendo dos o más personas morales entre las cuales se dividirán las actividades del negocio.

Desde una óptica de negocios, para un gran grupo corporativo es recomendable constituir dos o más sociedades mercantiles encargadas de participar en actividades específicas (que, en el caso de las grandes multinacionales, fundamentalmente corresponden a los procesos específicos de las cadenas productivas que se explotan), pues con ello se diluye el riesgo de los inversionistas.

El maestro Roberto Mantilla Molina manifiesta que las grandes sociedades de capitales, como la anónima, permiten obtener la colaboración económica de muchos individuos que no temen arriesgar una porción específica de su patrimonio en alguna empresa particular.

¹ P.T. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, 1a. Edición, Blackwell Publishers Inc., Gran Bretaña, 1995, pp. 19-47.

² Esto se debe a que durante dicho periodo se desarrollaron por primera vez las modernas tecnologías, procesos de manufactura y administración que hicieron posible una genuina división internacional de la producción entre diversas sociedades del mismo grupo corporativo.

La suma de todas esas porciones llega a constituir una masa de bienes de la magnitud requerida por la empresa que se va a acometer y que, por formar un patrimonio distinto al de los socios, da mayor seguridad a la inversión³.

La concentración de grandes capitales a finales del siglo XVIII y durante todo el XIX que incursionaron en inéditas empresas y desarrollaron enormes negocios gracias a la aparición de las sociedades modernas de capitales, participaron cada vez más en los diversos eslabones de las cadenas productivas y de servicios.

Por lo anterior, fue necesario idear nuevas formas de medir e informar a los inversionistas sobre el desempeño y rendimiento de las inversiones canalizadas a través de un número creciente de compañías individuales con personalidad jurídica propia, pero que formaban parte del mismo grupo de interés económico por estar sujeta a un control común (esto es, que constituían una unidad económica).

Consolidación financiera

Con la aparición y desarrollo de grandes corporativos fue necesario idear nuevos mecanismos para informar a los inversionistas sobre el desempeño y rendimiento de sus inversiones, que eran canalizadas a través de un número creciente de sociedades mercantiles.

Se hizo usual encontrar estructuras corporativas que tenían una sociedad en que se encontraba en el nivel más alto de la estructura corporativa (comúnmente llamada sociedad “ *Holding* ”, o controladora), de la cual

³ Roberto Mantilla Molina, Derecho Mercantil 25a. edición, Editorial Porrúa, México, 1987, pp. 342-343.

derivaban muchas sociedades de segundo, tercero y más niveles inferiores, ubicadas en la misma jurisdicción de la *“holding”* o en otras diversas.

Las acciones emitidas por todas las sociedades inferiores de segundo y posteriores niveles (comúnmente identificadas como sociedades subsidiarias) eran, a fin de cuentas, directa o indirectamente propiedad de la sociedad *“holding”*, de manera que era ésta la sociedad que las controlaba.

Lo anterior, motivó la aparición de la consolidación de estados financieros básicos, ya que la identificación a nivel individual del valor de los activos, pasivos, ingresos, egresos y deudas, no reflejaban el resultado neto de todas las operaciones realizadas entre las sociedades del grupo ya que, por definición, tales estados financieros individuales sólo se dirigían a medir el desempeño de cada sociedad en lo particular, y no del grupo de sociedades en su conjunto.

Las operaciones de una sociedad en lo individual se miden por el incremento o decremento de su patrimonio, a consecuencia del ingreso o egresos de recursos en efectivo, bienes, servicios o crédito. Cuando éstos entran en su patrimonio, es porque salen del patrimonio de alguien más.

Por lo anterior, a nivel individual, cada sociedad identifica su utilidad o pérdida en función de los ingresos o egresos que incrementan o reducen, su patrimonio en un periodo determinado.

En el caso de una unidad económica formada por el conjunto de varias sociedades individuales que están bajo un mismo control común, como las que surgieron a finales de los siglos XVIII y principio del siglo XIX, las

operaciones realizadas entre las compañías del mismo grupo no reflejan la entrada y salida de recursos de dicho grupo.

Por el contrario, si se considera al grupo como un solo ente, esas transferencias de efectivo, bienes, servicios y créditos constituyen movimientos de recursos que no salen del grupo y, por ende, no disminuyen ni aumentan la suma de los patrimonios individuales de las sociedades que lo forman.

El grupo de sociedades en su conjunto no se ha enriquecido no se ha empobrecido, es decir no ha generado ganancia o pérdida alguna por el movimiento de riqueza entre las sociedades que lo integran.

Ante esta problemática fue necesario reunir, fusionar o consolidar⁴, los estados financieros individuales del conjunto de sociedades que forman el grupo, para elaborar una serie de estados financieros globales que mostraran las ganancias o las pérdidas efectivamente generadas por el conjunto de sociedades, como consecuencia, exclusivamente, de sus operaciones con terceros ajenos al grupo.

La Academia de Estudios Fiscales de la Contaduría Pública, A.C.⁵, señala que la consolidación de estados financieros se utilizó por primera vez en los Estados Unidos de América, a finales del siglo XIX.

⁴ Conforme al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (21a. edición, Espasa Calpe, España, 1992, p.386), la palabra “consolidar” significa “Reunir, volver a juntar lo que antes se había quebrado o roto de modo que quede firme”, o bien, “Reunirse en un sujeto atributos de un dominio antes disgregado”.

⁵ Véase su Propuesta sobre el régimen de consolidación fiscal, 1a. edición, Dofiscal Editores, México, 1998, p. 19.

En el documento denominado “Propuesta sobre el Régimen de Consolidación Fiscal” elaborado por la referida Academia, se afirma que el empleo de estados financieros consolidados en México es muy reciente, atribuyendo esta situación, fundamentalmente, al lento desarrollo de la gran empresa. Fue hasta la década de los sesenta en que esa práctica tomó fuerza.

De lo anterior, podemos concluir que la aparición de las unidades económicas surgió gracias a la necesidad que fue generándose a principios del siglo XIX, con objeto de que los grandes grupos económicos pudieran determinar su resultado de manera conjunta, cuyo fin es sólo informar a los accionistas del resultado real de las operaciones del Grupo que constituye una unidad económica.

Consolidación fiscal

Fue entonces que con la aparición y crecimiento de grandes grupos de sociedades sujetas a un control común, surgió la necesidad de crear herramientas para medir su desempeño financiero como un solo ente (unidad económica), problema que también se generó desde el punto de vista tributario.

Previamente al nacimiento de los grandes grupos corporativos compuestos por diversas sociedades con personalidad jurídica propia, pero sujetas a un mismo control común, las disposiciones fiscales sólo regulaban las relaciones tributarias de cada sociedad individual frente al Estado.

Sin embargo, al igual que apareció en la mente de los administradores y especialistas financieros el término de unidad económica, dicha figura también terminó por reflejarse en el ámbito tributario cuando las legislaturas reconocieron la necesidad de establecer nuevos criterios fiscales, particularmente respecto del nacimiento y consecuencias de la relación tributaria entre la unidad económica y el Estado.

Si se atiende al concepto de unidad económica como el conjunto de sociedades sujetas a un control común, se puede observar que la aplicación de las disposiciones fiscales pensadas para actuar sobre cada sociedad en lo individual ocasiona efectos no deseables (por ejemplo, la potencial doble tributación económica respecto del ingreso obtenido por la unidad económica cuando deriva de operaciones comerciales entre las compañías del Grupo).

Así, la enajenación de activos fijos, o la venta de acciones entre las distintas sociedades que integran la unidad económica, podía generar utilidades gravables y/o deducciones que, desde el punto de vista de cada sociedad en lo individual, son perfectamente correctas y justificadas, pero que, desde la óptica de la unidad económica (del grupo), no deberían gravarse.

Al confrontar el principio de “*neutralidad fiscal*” y el potencial efecto de una “*doble tributación económica*” ocasionada por las operaciones entre compañías que constituyen una unidad económica, se llega a la conclusión de que el régimen fiscal doméstico debe ser tal que no influya de manera determinante en la decisión de los inversionistas respecto a la manera de organizar su negocio. Es decir, mediante la constitución de una sola compañía con diversas divisiones o unidades comerciales internas, o

bien mediante la constitución de múltiples sociedades que desarrollen negocios bajo un mismo control común.

En respuesta a lo anterior, algunos países -como México-, han establecido regímenes de consolidación para efectos fiscales. De acuerdo con la Academia de Estudios Fiscales de la Contaduría Pública⁶, como la consolidación fiscal constituye un régimen sofisticado de tributación, sólo países con grados medio o alto de desarrollo económico la han implementado.

En el caso de algunos países que no instituyen la consolidación fiscal se han establecido mecanismos para mitigar las desventajas ocasionadas por su ausencia (por ejemplo, permitir el diferimiento de las consecuencias fiscales generadas por la transmisión de propiedad de ciertos activos).

De todo lo anterior, se puede concluir que fue así como nació el término de unidad económica, y con ello, la consolidación financiera y fiscal, con lo cual años más tarde, ciertos Estados decidieron incorporar en su legislación tributaria reglas aplicables a las unidades económicas, permitiéndoles pagar sus tributos como si el conjunto de todas las sociedades del grupo fuera un solo contribuyente, naciendo así la consolidación fiscal.

REGIMEN CONSOLIDACION FISCAL EN MEXICO

En México fue en el año de 1982 cuando se incorporó el régimen de consolidación fiscal en la Ley del Impuesto sobre la Renta, y desde esa fecha ha continuado evolucionando hasta la forma que tiene hoy en día.

⁶ Propuesta sobre el régimen de consolidación fiscal, op. Cit., p.34.

Dentro del primer Reglamento de la Ley del Impuesto sobre la Renta del año de 1925 se permitió por primera vez que si un grupo de sociedades con personalidad jurídica distinta tenía una relación de negocios entre si, fusionaba su contabilidad y su administración, y liquidaba unidos sus operaciones, tal grupo podría presentar las declaraciones a que obligaban la ley y su reglamento, comprendiendo en ellas el total de los ingresos percibidos por dichas sociedades.

Lo anterior, siempre que las condiciones anteriores se demostraran a la Secretaría de Hacienda, siendo que, una vez adoptada esa forma de declarar sus impuestos, no podrían variarla sin obtener un permiso previo de dicha Secretaria.

Cabe señalar que, para lo señalado en el Reglamento de la Ley del Impuesto sobre la Renta no era necesaria la tenencia accionaria directa o indirecta para acreditar la existencia de control común, lo cual en mi opinión es correcto. Esto es así pues, a fin de cuentas, el control de un grupo de sociedades puede derivar de diversas causas, materializándose de diversas formas, siendo que la tenencia accionaria es sólo una manera en que puede existir control, pero no la única.

En mi opinión, la consolidación fiscal debe ser un régimen optativo pues, a diferencia de cómo ocurre en la consolidación financiera, cuyo fin es sólo informar a los accionistas del resultado real de las operaciones del Grupo que constituye una unidad económica, la consolidación fiscal es un régimen que regula la forma en que un conjunto de sociedades, con personalidad jurídica propia se relaciona con el Estado para efectos de determinar y pagar sus tributos.

Fue así que mediante el Decreto que concede estímulos fiscales a las sociedades y unidades económicas que fomentan el desarrollo industrial y turístico del país publicado el 20 de junio de 1973 publicado por el entonces presidente de la República, Luis Echeverría Álvarez en un intento de promover el desarrollo de los sectores industrial y turístico, a través del cual se constituyó el antecedente directo del régimen de consolidación moderno.

Decreto 1° de junio de 1973

El 20 de junio de 1973, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto que concede estímulos a las sociedades y unidades económicas que fomenten el desarrollo industrial y turístico del país. En su exposición de motivos, el ejecutivo señaló:

“Que tanto el Código Fiscal de la Federación en su artículo 13, como la Ley del Impuesto sobre la Renta en sus artículos 3, fracción III y 17, consideran sujeto pasivo de la relación tributaria a las unidades económicas por lo que, con fundamento en estos ordenamientos así como en lo dispuesto por los artículos 19, fracción VIII de la última Ley citada y conforme al principio de neutralidad fiscal, se otorga tratamiento similar a la empresa que se organiza en sucursales filiales; así como a los contribuyentes que como personas físicas enajenan acciones de las empresas que promueven a través de la Bolsa de valores, con lo que prefieren organizarse en sociedades para lograr los mismos fines.”

En realidad, este Decreto fue el antecedente directo y primero de la consolidación fiscal en México, al permitir a las empresas constituidas como filiales de una sociedad tenedora de acciones, el mismo tratamiento fiscal que se otorgaba en la Ley del Impuesto sobre la Renta a las empresas constituidas bajo el sistema de sucursales.

Como puede apreciarse de la transcripción anterior, el Presidente de la República fundó la promulgación del Decreto en el principio de neutralidad fiscal, lo cual reafirma nuestra opinión de que un régimen de consolidación de resultados fiscales obedece a la necesidad de establecer reglas fiscales que no influyan de manera determinante en las decisiones de negocios de las empresas, respecto a la forma de organizarse y realizar sus objetivos comerciales.

Conforme al artículo 1° del Decreto, las unidades de fomento eran unidades económicas que fomentaban el desarrollo industrial del país y se formaban por una sociedad de fomento y una o más sociedades promovidas. Ambas clases de sociedades debían reunir ciertos requisitos establecidos en dicho cuerpo normativo.

Para ser una sociedad de fomento, según el artículo 3° del Decreto, era necesario, entre otros requisitos, cumplir con los siguientes:

- a) Ser una sociedad anónima mexicana.
- b) Que ninguna de sus acciones fuera propiedad de una sociedad en la que la sociedad de fomento fuera socia.
- c) Que su actividad se limitara a comprar y vender acciones o partes sociales, a otorgar o garantizar créditos destinados únicamente a

las sociedades promovidas, y a prestarles servicios o efectuar estudios diversos exclusivamente para tales sociedades.

- d) Que invirtieran, cuando menos el 75% de sus activos en acciones de empresas industriales, de turismo o en otorgamiento de créditos a las mismas.

El artículo 4° del Decreto señalaba que se considerarían como sociedades promovidas sólo a sociedades mexicanas que, entre otros requisitos, reunieran los siguientes:

- a) Que la sociedad de fomento controlara, directa o indirectamente, más del 50% de las acciones comunes de la sociedad.
- b) Que no fuera una institución de crédito, de seguros, de fianzas o una organización auxiliar de crédito.
- c) Que invirtiera, por lo menos, el 75% de sus recursos en activos industriales o de turismo, salvo ciertas excepciones específicas.
- d) Que no fuera propietaria de acciones de una sociedad que controle, directa o indirectamente, acciones de la sociedad de fomento, ni de una sociedad que controle, directa o indirectamente, acciones de la propia sociedad.

De acuerdo con lo señalado en el artículo 8° del Decreto, se requería autorización de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público para que varias sociedades se consideraran, o se dejaran de considerar, como una unidad de fomento y para incorporar a una nueva sociedad a la unidad de fomento o para desincorporarla de la misma.

Dentro de las disposiciones contenidas en dicho Decreto se establecieron las reglas que debían cumplir las sociedades para calificar como sociedades de fomento (controladora) o promovidas (controlada), así como los requisitos que se debían cumplir para solicitar la autorización para determinar el ingreso global gravable de la unidad de fomento.

Asimismo, se estableció el libre flujo de dividendos entre las sociedades que conformaban la unidad de fomento.

En el Decreto se estableció por primera vez un sistema integral con reglas específicas, a través del cual un conjunto de sociedades que reunían determinadas características podían agrupar sus resultados fiscales individuales para obtener un resultado fiscal único, con la posibilidad de lograr un diferimiento importante del impuesto.

Tal diferimiento debía revertirse cuando alguna de las sociedades que formaban parte de la unidad económica abandonara el grupo (se desincorporara).

Ley del Impuesto sobre la Renta 1982

El crecimiento acelerado de la economía nacional registrado de los sesentas, generó el fortalecimiento y consolidación de los procesos de integración de empresas en grupos de interés económico.

Derivado de la nula aplicación del Decreto de 1973, y de la fuerza que cobraba la consolidación financiera, se consideró conveniente modificar la Ley del Impuesto sobre la Renta, para otorgar el beneficio de la consolidación a todos los grupos de empresas que adoptaran y no sólo a

las unidades de fomento. La reforma se aprobó en diciembre de 1981 y entró en vigor en el año de 1982. En mi opinión, con esta reforma inicia la primera etapa del régimen de consolidación fiscal propiamente dicho.

Este nuevo esquema legal, reconoció la existencia de grupos económicos que venían consolidando su resultado financiero y la potencialidad de establecer un régimen especial de tributación al que pudieran acceder los grupos para llevar esta consolidación a nivel fiscal.

A diferencia del régimen anterior, este nuevo esquema permite llevar a cabo la consolidación para efectos fiscales de todas las empresas del Grupo, partiendo de la participación accionaria de la controladora en las controladas y reconociendo los efectos de las operaciones de empresas relacionadas en los resultados fiscales del Grupo.

El naciente régimen de consolidación fiscal opera bajo el concepto de sociedades controladas y controladoras, denominación que sólo refleja efectos adicionales en el ámbito contable y tributario. El derecho común no registró ningún cambio en su regulación, por lo que para otros efectos jurídicos seguían regidos por las normas del derecho mercantil que rigen el actuar de cualquier sociedad.

Lo anterior implicó romper el fondo con el concepto de atribuido de unidades económicas, para adoptar un régimen de individualidad de las empresas del Grupo pero con la cohesión que otorga operarlas como matriz y sucursales.

Se establece como un régimen opcional al que pueden acceder las empresas que califiquen como controladoras y controladas. La calificación no se da por el arbitrio de la autoridad sino por el cumplimiento de requisitos de ley. Los requisitos establecidos en la Ley del Impuesto sobre la Renta diferían totalmente de los mencionados en el Decreto de 1973.

Esté régimen de consolidación terminó su vigencia el 31 de diciembre de 1998 mediante las reformas efectuadas a la Ley del Impuesto sobre la Renta que entraron en vigor el 1° de enero de 1999, en dichas reformas se modificó de manera importante el régimen de consolidación fiscal.

El régimen de consolidación fue modificado nuevamente de forma sustancial en la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente a partir del 1° de enero de 2002 finalizando el 31 de diciembre de 2004.

Durante el ejercicio de 2004 el régimen de consolidación fiscal contenido en la Ley del Impuesto sobre la Renta sufrió modificaciones nuevamente, las cuales entraron en vigor el 1° de enero de 2005.

Por si fuera poco, en el ejercicio de 2010, el régimen de consolidación fiscal sufrió uno de los cambios más importantes en su historia, con lo cual el cambio de mayor importancia fue aquél consistente en que el impuesto que se hubiera diferido en el régimen de consolidación correspondiente al sexto ejercicio inmediato anterior debía ser enterado por parte de la sociedad controladora.

Sin duda uno de los regímenes fiscales con más modificaciones ha sido el régimen de consolidación fiscal, que como lo hemos señalado ha sufrido

por lo menos cuatro cambios importantes desde su incorporación en el año de 1982 y hasta el día de hoy.

A continuación describiremos brevemente las características generales que mantiene el régimen de consolidación, para después analizar las características específicas que ha mantenido el régimen de consolidación en cada uno de los periodos de tiempo antes citados.

Es importante mencionar que no es objeto de este estudio hacer un análisis detallado del sinnúmero de problemáticas de tipo práctico que pudieran llegar a presentarse para las empresas en la aplicación del régimen de consolidación fiscal, toda vez que este tema podría ser objeto de una obra sumamente extensa.

GENERALIDADES DEL REGIMEN DE CONSOLIDACIÓN

El régimen de consolidación fiscal es una ficción en la que un grupo de sociedades con intereses económicos comunes es representado ante las autoridades fiscales por una sola sociedad, la cual recibe el nombre de controladora, bajo la premisa de considerarse como una sola empresa para efectos del cumplimiento de sus obligaciones fiscales, y no afectando la independencia jurídica que cada sociedad tenga para otros fines.

Para tales efectos, la Ley del Impuesto sobre la Renta contempla que se considera que tendrá el carácter de sociedad controladora aquella sociedad, que siendo residente en México, sea propietaria de más del 50% de las acciones con derecho a voto de otras sociedades, siempre que estas últimas tengan la calidad de sociedades controladas, inclusive si esta

tenencia es poseída a través de alguna de las sociedades que tengan dicho carácter.

Este mismo ordenamiento señala que se considerará como una sociedad controladora, aquella en la que al menos el 50% de sus acciones con derecho a voto sean propiedad de personas físicas, o bien, de empresas residentes en el extranjero, siempre que en este último caso se trate de accionistas que residan en algún país con el que se tenga acuerdo amplio de intercambio de información.

Por lo que respecta al calificativo de sociedad controlada, éste aplica a las sociedades cuyas acciones con derecho a voto sean poseídas en más de un 50% por una controladora, ya sea en forma directa o indirecta.

Este mismo carácter se dará a las sociedades cuyas acciones con derecho a voto sean poseídas hasta en un 50% por la sociedad controladora o sus controladas, y siempre que se ejerza control efectivo sobre la misma de acuerdo con las definiciones que al respecto prevé la ley.

Así, las sociedades que califiquen dentro de los conceptos de sociedad controladora o controlada, conforme a los lineamientos antes mencionados, podrán acogerse al régimen de consolidación fiscal.

Ventajas del régimen

El régimen de consolidación fiscal permite integrar las utilidades o pérdidas fiscales a las diversas empresas que conforman el Grupo y determinar el impuesto sobre la renta sobre esta base; de esta manera, se logra que las pérdidas que se tengan en algunas empresas del Grupo sean

amortizadas de inmediato contra las utilidades de otras empresas integrantes del mismo.

Esto es, bajo este esquema una empresa no tiene que esperar a que en lo individual genere utilidades para aplicar las pérdidas sufridas en años anteriores, situación que puede generar beneficios financieros adicionales para el Grupo; en caso de que se incurra en una pérdida consolidada, ésta se podrá amortizar contra la utilidad fiscal consolidada que se obtenga en ejercicios futuros.

Por otra parte, este régimen permite el libre flujo de dividendos entre las empresas que conforman el Grupo consolidado, sin tener que pagar el impuesto sobre la renta hasta que dichos recursos sean distribuidos a personas ajenas a la consolidación.

Por supuesto, se establece en este régimen la constitución de una cuenta de utilidad fiscal neta (CUFIN) consolidada, contra la cual se aplican los dividendos que se paguen a personas distintas de la consolidación.

Cabe señalar que el beneficio del libre flujo de dividendos sin el pago de impuesto, se aprovechará por la empresa controladora o por las sociedades controladas hasta el porcentaje en que se lleve a cabo la consolidación.

Por lo que respecta a la parte de los flujos que no correspondan a la consolidación, deberá pagarse el impuesto sobre la renta que en su caso se genere, situación que se denominará como pago del impuesto por el interés minoritario.

Otra ventaja del régimen de consolidación es que permite efectuar los pagos provisionales en forma consolidada. Para tal efecto, las sociedades controladas deberán calcular el impuesto que les corresponda en lo individual y en lugar de pagarlo a la Secretaría de Hacienda, deberán entregarlo a la sociedad controladora en el porcentaje de participación accionaria que ésta tenga en la empresa controlada. La parte del pago provisional que corresponda al interés minoritario, deberá enterarse directamente a la Secretaría de Hacienda.

Lo anterior tiene como ventaja centralizar la tesorería del Grupo para llevar a cabo el pago de los impuestos. Si el pago provisional consolidado resulta inferior a los determinados individualmente, la controladora gozará de flujos de efectivo sin costo financiero, debido a los recursos canalizados por sus controladas.

Desventajas del régimen

Una vez autorizado el régimen, la obligación de consolidar es prácticamente irreversible, salvo que se cuente con autorización previa de la Secretaría de Hacienda, lo cual sólo puede obtenerse después de cinco años de permanecer en el régimen.

Como parte de las reformas realizadas a la Ley del Impuesto sobre la Renta que entraron en vigor a partir del 1° de enero de 2010, se estableció que el impuesto que se hubiera diferido en el sexto ejercicio fiscal anterior debía ser cubierto por la sociedad controladora, con lo cual se limitó el diferimiento permanente del impuesto en consolidación.

Solicitud de autorización

La solicitud de autorización para acogerse al régimen de consolidación fiscal, debe efectuarse ante las autoridades fiscales correspondientes, y surtirá sus efectos en el ejercicio siguiente a aquél en que dichas autoridades fiscales emitan su autorización.

Cabe recordar que de conformidad con el artículo 65, fracción I, segundo párrafo de la Ley del Impuesto sobre la Renta, las solicitudes para obtener autorización por parte de la Secretaría de Hacienda para acogerse al régimen de consolidación fiscal, deberán ser presentadas a más tardar el 15 de agosto del año previo al que se pretenda iniciar con este régimen.

Desincorporación del régimen de consolidación

Cuando una sociedad deje de cumplir con alguna de las características para calificar como una empresa controlada y en consecuencia tenga que ser excluida de la consolidación del Grupo, dicha sociedad deberá cumplir en forma individual con las obligaciones fiscales que le correspondan a partir del ejercicio en que esto ocurra; adicionalmente, deberá presentarse un aviso de desincorporación de dicha sociedad ante las autoridades fiscales.

Lo anterior significa que deberá darse efectos retroactivos a las obligaciones fiscales a cargo de la sociedad que se desincorpore como si en el ejercicio en que esto ocurra nunca hubiera formado parte de la consolidación del Grupo, debiendo cubrir sus cargas fiscales en forma individual.

Incorporación al régimen de consolidación

En caso de que una sociedad se incorpore al Grupo y cumpla con los requisitos para considerarse como una sociedad controlada, sus resultados podrán ser incluidos en la consolidación del Grupo en el ejercicio inmediato posterior a aquél en el cual se haya adquirido más del 50% de las acciones representativas del capital social de la empresa controlada, o bien, el control efectivo de la misma.

Impuesto consolidado del ejercicio

Para determinar el resultado fiscal consolidado, las disposiciones aplicables contemplan que cada sociedad del Grupo determinará su resultado fiscal en forma individual.

Posteriormente, la sociedad controladora sumará o restará las utilidades y/o pérdidas fiscales de las empresas del Grupo en proporción a su participación accionaria; asimismo, sumará o restará su propia utilidad o pérdida fiscal.

Una vez determinada la utilidad fiscal consolidada, la sociedad controladora disminuirá las pérdidas fiscales pendientes de amortizar que haya obtenido en la consolidación en ejercicios anteriores, obteniendo así el resultado fiscal consolidado.

El impuesto sobre la renta consolidado que resulte de aplicar la tasa corporativa aplicable en el ejercicio sobre el resultado fiscal consolidado, deberá ser enterado por la sociedad controladora a más tardar el día 30 de abril de cada año.

PARTICULARIDADES EN DISTINTAS ETAPAS DEL REGIMEN DE CONSOLIDACION

Ejercicio de 1998 y anteriores (consolidación al 100%)

Determinación de la utilidad fiscal consolidada

La Ley del Impuesto sobre la Renta vigente hasta el ejercicio de 1998 establecía que para efectos de determinar el resultado fiscal consolidado, la sociedad controladora debía determinar la utilidad fiscal conforme al siguiente procedimiento:

- a) Sumará las utilidades del ejercicio de que se trate correspondientes a las sociedades controladas.
- b) Restará las pérdidas fiscales del ejercicio en que hayan incurrido las sociedades controladas.
- c) Según sea el caso, sumará su utilidad fiscal o restará su pérdida fiscal del ejercicio de que se trate.
- d) Sumará o restará, en su caso, los conceptos especiales de consolidación del ejercicio y las modificaciones a dichos conceptos así como a la utilidad o pérdida fiscales de las controladas correspondientes a ejercicios anteriores.

La Ley del Impuesto sobre la Renta vigente hasta el ejercicio de 1998, preveía la posibilidad de disminuir las pérdidas fiscales sufridas a nivel individual por cada una de las sociedades controladas de un grupo en consolidación, para determinar la utilidad fiscal consolidada sin que existiera ninguna limitante u obligación de reversar el efecto de dichas pérdidas en caso de que la controlada no las amortizara a nivel individual,

como se estableció en las modificaciones realizadas al régimen de consolidación que entraron en vigor en el ejercicio de 1999.

En la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente hasta el ejercicio de 1998 no existía una limitación en relación con la participación consolidable, la cual se determinaba de acuerdo con la proporción en que participaba la controladora directa o indirectamente en el capital social de las controladas durante el ejercicio fiscal, y dicha proporción se determinaba en relación con el promedio por día que correspondiera a dicho ejercicio.

Pagos Provisionales

La Ley del Impuesto sobre la Renta vigente hasta 1998, señalaba que la controladora efectuaría mensualmente pagos provisionales consolidados a cuenta del impuesto sobre la renta del ejercicio que correspondiera al resultado fiscal consolidado.

Por otro lado, se establecía que las controladas calcularían sus pagos provisionales y su declaración anual del ejercicio, como si no hubiera consolidación, y de lo que resultara, entregarían a la controladora la parte que correspondiera a la proporción de la participación de la controladora en su capital social en el periodo que se tratara; la diferencia (interés minoritario), la enterarían directamente a la Secretaría de Hacienda.

Asimismo, la ley también establecía que en el primer ejercicio en que se determinara el resultado fiscal consolidado, la controladora y las controladas continuarían efectuando sus pagos provisionales en forma individual, y en la declaración anual de consolidación acreditarían dichos pagos provisionales.

Ejercicio de 1999 a 2002 (consolidación al 60%)

Determinación de la utilidad fiscal consolidada

El régimen de consolidación contenido en la Ley del Impuesto sobre la Renta que estuvo en vigor durante los ejercicios de 1999 a 2002, establecía que la sociedad controladora para determinar su resultado fiscal consolidado o pérdida fiscal consolidada, debía atender al siguiente procedimiento:

- a) Sumará las utilidades fiscales del ejercicio de que se trate correspondientes a las sociedades controladas.
- b) Restará las pérdidas fiscales del ejercicio en que hayan incurrido las sociedades controladas, sin actualización.
- c) Según sea el caso, sumará la utilidad fiscal o restará la pérdida fiscal que en lo individual haya obtenido la propia sociedad controladora en el ejercicio de que se trate. En caso de ser pérdida, ésta se considerará sin actualización.
- d) Disminuirá la utilidad fiscal que, en su caso, haya obtenido la controladora conforme al inciso anterior, con las pérdidas fiscales de ejercicios anteriores pendientes de disminuir que tuviera en el ejercicio en que empieza a consolidar, sin que dichas pérdidas puedan exceder el monto de la utilidad fiscal.
- e) Adicionará o disminuirá, según corresponda, los denominados conceptos especiales de consolidación del ejercicio.
- f) Adicionará o disminuirá, según corresponda, las modificaciones a los conceptos especiales de consolidación

y a las utilidades o pérdidas fiscales de las empresas controladas correspondientes a ejercicios anteriores.

Los conceptos mencionados anteriormente, se sumarán o restarán en la participación consolidable, es decir, en la participación accionaria que una sociedad controladora tenga en el capital social de una controlada, ya sea en forma directa o indirecta al cierre del ejercicio de que se trate, multiplicada por el factor de 0.60.

Como consecuencia de las múltiples reformas que sufrió el régimen de consolidación fiscal a partir del 1° de enero de 1999, se adicionó una limitante para llevar a cabo la disminución de pérdidas fiscales, la cual consiste en que las pérdidas fiscales obtenidas por la sociedad controladora o una sociedad controlada que no hubieran podido disminuirse por la sociedad que las generó, y que se hubieran considerado en algún ejercicio anterior para determinar la utilidad o pérdida fiscal consolidada, deberán adicionarse a la utilidad fiscal consolidada o disminuirse de la pérdida fiscal consolidada del ejercicio en que se perdiera dicho derecho a disminuirlas.

A partir del 1° de enero de 1999 se incorporó a la Ley del Impuesto sobre la Renta el concepto de sociedades controladoras "puras". El objeto de incluir dentro del régimen de consolidación fiscal el concepto de controladoras "puras" fue el permitir que las sociedades que califiquen como tales, consoliden su resultado individual al 100%.

Es decir, las sociedades controladoras que tras determinar la proporción del 80% a que hacía referencia la Ley del Impuesto sobre la Renta, califiquen como controladoras "puras" incluirán dentro del resultado fiscal

consolidado su resultado individual al 100%, mientras que las sociedades que no califiquen como tales, solamente podrán consolidar su resultado fiscal al 60%.

Para tales efectos se entenderá por controladoras puras aquéllas en las que al menos el 80% de sus ingresos provengan de operaciones realizadas con sus controladas, así como de la enajenación de acciones, intereses y ganancias en operaciones financieras derivadas de capital obtenidos de personas ajenas al grupo que consolida. Para estos efectos se considerarán como si fueran ingresos los dividendos que perciban dichas sociedades controladoras.

Asimismo se preveía que para efectos de determinar si una controladora es "pura" se considerará el total de los ingresos actualizados correspondientes al periodo de diez años inmediatos anteriores al ejercicio en curso.

Pagos Provisionales

Ahora bien, a partir del 1° de enero de 1999, la ley señala que tanto la controladora como las controladas, por sus ingresos propios, estarán obligadas a calcular, mientras tributen bajo el régimen de consolidación fiscal, sus pagos provisionales como si no hubiera consolidación, y el impuesto que resulte se enterará a la Secretaría de Hacienda; esto es, que tanto la sociedad controladora como las controladas determinarán y efectuarán sus pagos provisionales en forma individual como si no estuvieran en el régimen de consolidación.

Así las cosas, en dichos ejercicios no se contemplaba la obligación para las sociedades controladoras de determinar pagos provisionales consolidados.

Ejercicio de 2002 al 2004 (consolidación al 60%)

El 1° de enero de 2002 se publicó en el Diario Oficial de la Federación una nueva Ley del Impuesto sobre la Renta, que entró en vigor ese mismo día y que abrogó la ley anterior. En el texto de esta nueva ley se incluyeron diversas modificaciones en materia de consolidación fiscal.

Determinación de la utilidad o pérdida fiscal consolidada

La Ley del Impuesto sobre la Renta vigente hasta el ejercicio de 2004 establecía que para efectos de determinar la utilidad o pérdida fiscal consolidada la sociedad controladora debía seguir el procedimiento siguiente:

- a) Sumará las utilidades del ejercicio de que se trate correspondientes a las sociedades controladas.
- b) Restará las pérdidas fiscales del ejercicio en que hayan incurrido las sociedades controladas, sin actualización.
- c) Según sea el caso, sumará su utilidad fiscal o restará su pérdida fiscal del ejercicio de que se trate.
- d) Sumará o restará, en su caso, las modificaciones a la utilidad o pérdidas fiscales de las sociedades controladas correspondientes a ejercicios anteriores, a las pérdidas fiscales de ejercicios anteriores pendientes de disminuir y a las pérdidas que provengan de la enajenación de acciones de sociedades controladas.
- e) Restará el monto de las pérdidas que provengan de la enajenación de acciones de sociedades controladas, que no

hayan sido de las consideradas como colocadas entre el gran público inversionista para efectos fiscales.

- f) A la utilidad fiscal consolidada se le disminuirán, en su caso, las pérdidas fiscales consolidadas de ejercicios anteriores.

Para efectos de la determinación de la utilidad o pérdida fiscal consolidada, la participación consolidable correspondiente a los ejercicios de 2002 a 2004, sería la participación accionaria que una sociedad controladora tuviera en el capital social de una sociedad controlada durante el ejercicio fiscal de ésta, ya sea de forma directa o indirecta multiplicada por el factor de .60.

Dentro de las modificaciones efectuadas al régimen de consolidación contenido en la Ley del impuesto sobre la Renta en vigor a partir del ejercicio de 2002, uno de los cambios importantes fue la eliminación de los conceptos especiales de consolidación para efectos de la determinación de la utilidad o pérdida fiscal consolidada.

Con lo cual fue a partir de dicho ejercicio que las sociedades controladoras ya no se encontraban obligadas a considerar los conceptos especiales de consolidación para efectos de determinar su utilidad o pérdida fiscal consolidada.

Pagos Provisionales

A partir del ejercicio de 2002 y hasta el ejercicio de 2004, tanto la sociedad controladora como las sociedades controladas debían determinar sus pagos provisionales de forma individual, es decir, como si no hubiera

consolidación, enterando a la Secretaria de Hacienda el 40% del monto que resultara.

Asimismo, a partir de dicho ejercicio se previó la obligación para las sociedades controladoras de efectuar la determinación y el entero de los pagos provisionales consolidados, los cuales debían de ser calculados por la sociedad controladora considerando los ingresos de todas las controladas y los suyos propios, en la participación consolidable correspondiente al periodo por el que se efectuaba el pago.

Ejercicio 2005 a 2009 (consolidación al 100%)

Determinación de la utilidad o pérdida fiscal consolidada

A partir del ejercicio de 2005, se modificó el régimen de consolidación fiscal para establecer que la participación consolidable será del 100% de la participación accionaria promedio diaria que la sociedad controladora tenga en sus sociedades controladas, y por ende se modificaron las reglas relacionadas con la determinación del resultado fiscal, relativas a considerar las utilidades fiscales, pérdidas fiscales y demás conceptos se deban considerar en dicha proporción.

Pagos Provisionales

Asimismo, a partir de dicho ejercicio de 2005 se eliminó la obligación para las sociedades controladoras de determinar y presentar declaraciones anuales y de pagos provisionales de forma individual como si no hubiera consolidación, excepto en el caso del primer ejercicio de consolidación o durante el propio ejercicio de 2005, según lo preveían las disposiciones transitorias vigentes para dicho ejercicio de 2005.

Para estos efectos, se prevé que la sociedad controladora deberá proporcionar en la declaración anual de consolidación todos los datos que permitan determinar su utilidad o pérdida fiscal individual del ejercicio.

No obstante, en el caso de las sociedades controladas éstas debían determinar y enterar el monto de los pagos provisionales como si no hubiera consolidación. Del impuesto que resulte en cada uno de los pagos provisionales, debían entregar a la sociedad controladora el que corresponda a la participación consolidable en el periodo de que se trate.

Asimismo, dicha ley establecía la obligación para las sociedades controladoras de determinar los pagos provisionales consolidados para lo cual debían considerar los ingresos de todas las controladas y los suyos propios, en la participación consolidable correspondiente al periodo por el que se efectúe el pago, y el coeficiente de utilidad aplicable será el de consolidación, determinado éste con base en los ingresos nominales de todas las controladas y la controladora, en la participación consolidable, y la utilidad fiscal consolidada.

ISR diferido

Hasta el ejercicio de 2009, la Ley del Impuesto sobre la Renta establecía un mecanismo para que la sociedad controladora efectuara la determinación y pago del impuesto diferido generado con motivo de la consolidación fiscal, lo cual tenía que ser llevado a cabo cuando:

- a) la sociedad controladora disminuyera su participación accionaria en una sociedad controlada;

- b) se desincorporara de la consolidación una sociedad controlada;
- c) se desconsolidara el grupo; y
- d) cuando se tuvieran que revertir pérdidas de operación y pérdidas en venta de acciones incluidas en la determinación del resultado fiscal consolidado, debido a que la sociedad que las produjo no hubiere podido utilizarlas a nivel individual por haber perdido su derecho para ello.

Así las cosas, en caso de que la sociedad controladora estaba obligada a determinar el impuesto sobre la renta diferido en consolidación, en el momento en los que se dieran únicamente alguno de los supuestos antes mencionados, situación que cambió a partir del ejercicio de 2010 como consecuencia de las modificaciones efectuadas al régimen de consolidación contenido en la Ley del Impuesto sobre la Renta, lo cual será analizado más adelante.

Ejercicio de 2010 en adelante (consolidación al 100%)

Determinación de la utilidad o pérdida fiscal consolidada

A partir del ejercicio de 2010 la Ley del Impuesto sobre la Renta establece que la sociedad controladora para determinar su resultado fiscal consolidado o pérdida fiscal consolidada, deberá seguir el siguiente procedimiento:

- a) Sumará las utilidades fiscales del ejercicio de que se trate correspondientes a las sociedades controladas.

- b) Restará las pérdidas fiscales del ejercicio en que hayan incurrido las sociedades controladas, sin actualización.
- c) Según sea el caso, sumará su utilidad fiscal o restará su pérdida fiscal del ejercicio de que se trate.
- d) Sumará o restará, en su caso, las modificaciones a la utilidad o pérdida fiscales de las sociedades controladas correspondientes a ejercicios anteriores, a las pérdidas fiscales de ejercicios anteriores pendientes de disminuir y a las pérdidas que provengan de la enajenación de acciones de sociedades controladas.
- e) Restará el monto de las pérdidas que provengan de la enajenación de acciones de sociedades controladas, que no hayan sido de las consideradas como colocadas entre el gran público inversionista para efectos fiscales.
- f) A la utilidad fiscal consolidada se le disminuirán, en su caso, las pérdidas fiscales consolidadas de ejercicios anteriores.

Para efectos de lo anterior, la participación consolidable será la participación accionaria que una sociedad controladora tenga en el capital social de una sociedad controlada durante el ejercicio fiscal de ésta, ya sea en forma directa o indirecta. Para estos efectos, se considerará el promedio diario que corresponda a dicho ejercicio. La participación consolidable de las sociedades controladoras, será del 100%.

Pagos Provisionales

Tal y como se señaló en el apartado anterior, a partir del ejercicio de 2005 se eliminó la obligación para las sociedades controladoras de presentar

pagos provisionales y declaración anual de forma individual como si no hubiera consolidación.

No obstante, como ya fue comentado, la sociedad controladora debía determinar y enterar los pagos provisionales consolidados, atendiendo para tales efectos a la mecánica prevista en la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente en cada ejercicio.

Asimismo, la sociedad controladora debía presentar la declaración anual consolidada del ejercicio, en la cual debía manifestar los datos correspondientes a su utilidad o pérdida fiscal individual del ejercicio.

ISR diferido

El pasado 8 de septiembre de 2009, el Ejecutivo Federal presentó a la Cámara de Diputados la Iniciativa de Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones Fiscales, entre ellas la Ley del Impuesto sobre la Renta y particularmente al régimen de consolidación fiscal.

En la iniciativa del Ejecutivo Federal se señala como justificación a la reforma que existen ciertos supuestos previstos en el régimen de consolidación fiscal que originan el diferimiento de impuesto y que el propio esquema no prevé una fecha determinada para el pago del mismo, situación que incide en el Fisco Federal.

Lo anterior, en virtud de que, según se establece en la propia Iniciativa, el régimen de consolidación ha significado un mecanismo de financiamiento a cargo del Fisco Federal y a favor de los contribuyentes que tributan bajo

este régimen por un periodo de casi tres décadas, lo cual ha impactado de manera significativa la recaudación.

Tanto el Ejecutivo Federal como el Congreso coincidieron en que, no obstante la baja recaudación, el régimen de consolidación fiscal es un instrumento importante para que las empresas recuperen sus pérdidas y reinviertan sus utilidades dentro de un periodo razonable y, sobre todo, durante los primeros ejercicios en que se encuentran operando.

En este sentido, el régimen de consolidación, como un régimen de diferimiento de impuesto sobre la renta como se encuentra actualmente, no es justificable desde el punto de vista de la rentabilidad económica de un proyecto de inversión, ni puede ser acorde con las necesidades actuales de financiamiento del gasto público.

En virtud de lo anterior, el Ejecutivo Federal y el Congreso aprobaron que el régimen de consolidación mantenga una esencia de régimen de diferimiento del impuesto a un periodo limitado, al continuar permitiendo la amortización inmediata de pérdidas contra las utilidades que se generen en el Grupo, así como el libre flujo de dividendos entre las sociedades que integran el Grupo únicamente por dicho periodo.

Estas modificaciones a la Ley del Impuesto sobre la Renta fueron publicadas el 7 de diciembre de 2009 en el Diario Oficial de la Federación, entrando en vigor el 1° de enero de 2010.

Entre las reformas aprobadas destacan las modificaciones efectuadas al régimen de consolidación fiscal vigente, que incorporan un nuevo supuesto por el que los contribuyentes se encontrarán obligados a enterar al Fisco

Federal, los impuestos que, hubieran diferido por la aplicación del régimen de consolidación fiscal.

Específicamente, el nuevo supuesto de pago previsto para el régimen de consolidación fiscal señala que el impuesto sobre la renta que se hubiere diferido hasta; el ejercicio de 2004, en cada ejercicio desde 2005 y hasta el ejercicio de 2009, así como el que se difiera en ejercicios subsecuentes, se mantenga diferido por periodos de 5 ejercicios, señalándose al respecto lo siguiente:

El pago del impuesto sobre la renta diferido al 31 de diciembre de 2004 se hará 25% en el mes de junio del 2010, 25% en la misma fecha en que deba presentarse la declaración de consolidación del ejercicio fiscal de 2011, 20% en la misma fecha en que deba presentarse la declaración de consolidación del ejercicio fiscal de 2012, 15% en la misma fecha en que deba presentarse la declaración de consolidación del ejercicio fiscal de 2013 y 15% en la misma fecha en que deba presentarse la declaración de consolidación del ejercicio fiscal de 2014.

El pago del impuesto sobre la renta diferido, en cada ejercicio, a partir del ejercicio de 2005, se hará 25% en el ejercicio fiscal en el que se deba efectuar el pago del impuesto diferido, 25% en el segundo ejercicio fiscal, 20% en el tercer ejercicio fiscal y 15% en el cuarto y quinto ejercicio fiscal, respectivamente.

A partir de 2010 se incorporó en la Ley del Impuesto sobre la Renta un nuevo supuesto para el pago del impuesto que, en su caso, se hubiera diferido como consecuencia de la aplicación del régimen de consolidación fiscal, incorporándose como nuevo supuesto de pago, el hecho de que

hubieran transcurrido cinco ejercicios posteriores a la fecha en que el impuesto se hubiera diferido.

Los contribuyentes que hubieran optado por determinar su resultado fiscal consolidado, a partir de 2010 se encuentran obligados a determinar y pagar el llamado "impuesto diferido" por virtud de dicho régimen, correspondiente al sexto ejercicio fiscal anterior a aquél en que se deba realizar el pago del impuesto y que no se hubiera pagado a esa fecha.

En este sentido, tomando en cuenta que existen grupos empresariales que se encuentran consolidando para efectos fiscales con anterioridad a 2005, la Ley del Impuesto sobre la Renta establece dos mecanismos para la determinación del impuesto sobre la renta diferido que debe ser pagado por la sociedad controladora; uno aplicable a los ejercicios de 2004 y anteriores que se regula en disposiciones transitorias de la ley y otro aplicable a los ejercicios siguientes, que se encuentra contenido en los artículos 70-A, 71, 71-A y 78 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

Como se puede observar las nuevas modificaciones generaron que el diferimiento del impuesto generado en consolidación, se tuviera que enterar en el sexto ejercicio inmediato a aquél en el que dicho impuesto fue generado, con lo cual se comienza a limitar el régimen de consolidación fiscal que ha venido imperando en las últimas décadas.

Tal situación ocasionó que los contribuyentes recurrieran a los medios de defensa pertinentes en contra de las modificaciones realizadas a las disposiciones relativas al régimen de consolidación previsto en la Ley del Impuesto sobre la Renta.

En mi opinión, con las modificaciones realizadas al régimen de consolidación fiscal que entraron en vigor a partir del ejercicio de 2010, las autoridades fiscales confirman la postura que se ha venido manejando, en cuanto a que dicho régimen es utilizado por los contribuyentes con objeto de realizar una planeación fiscal, buscando limitar los beneficios del mismo al máximo.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Como fue señalado en apartados anteriores, el régimen de consolidación fiscal tiene por objeto establecer un régimen neutral del gravamen que resulta aplicable únicamente a los grupos de intereses comunes que por razones comerciales, financieras, laborales o de otra naturaleza decidieron organizarse a partir de sociedades mercantiles, básicamente sociedades anónimas, jurídicamente independientes entre si, de tal virtud que por su forma de organización no tuviera efectos favorables ni desfavorables desde el punto de vista del impuesto, respecto de los grupos organizados a partir de una sola empresa o de una matriz con sus sucursales.

Dicho régimen es una opción a través de la cual una sociedad tenedora de acciones denominada controladora, puede determinar su resultado fiscal consolidado considerando su utilidad o pérdida fiscal conjuntamente con la utilidad o pérdida fiscal que hubieran generados sus sociedades controladas en la proporción de su participación.

Uno de los problemas que siempre ha tenido el régimen de consolidación fiscal, son los casos en que existe una desincorporación, desconsolidación o variación de la participación accionaria, toda vez que el procedimiento previsto en la Ley del Impuesto sobre la Renta para estos efectos, no es el más exacto, considerando que en algunos casos genera que se duplique o triplique el pago del impuesto determinado de conformidad con el procedimiento previsto en la ley para los casos de desincorporación o desconsolidación.

Al respecto, mediante cierta regla miscelánea que ha sido publicada desde el ejercicio de 2002 y hasta la fecha, se ha tratado de corregir las deficiencias del procedimiento contenido en la Ley del Impuesto sobre la Renta para los casos de desincorporación o desconsolidación, sin embargo, lo criticable es que no obstante que han pasado 10 años desde que surgió dicha regla no se ha considerado la posibilidad por parte de los legisladores de modificar el artículo contenido en la ley para tales efectos, o incluso, incluir el procedimiento señalado en la regla miscelánea como parte de la ley o de su reglamento.

Sin embargo, el legislador se ha preocupado más por realizar modificaciones tendientes a desaparecer o modificar el régimen de consolidación, sosteniendo la postura que dicho régimen es utilizado por los Grupos económicos para evadir el pago del impuesto, a través de la planeación fiscal, lo cual como fue comentado anteriormente, la intención del régimen fiscal es crear una neutralidad dentro de un Grupo de sociedades que tienen el mismo interés económico, así como hacer nuestro sistema tributario más competitivo.

Como lo hemos señalado, el régimen fue creado con la finalidad de que un grupo de sociedades pertenecientes al mismo grupo de interés económico, estuvieran en posibilidad de determinar su resultado fiscal de manera conjunta, y no así para evitar el pago de impuestos.

Incluso las últimas modificaciones realizadas al régimen de consolidación aplicables al ejercicio de 2010, entre otros principios, violan claramente el principio de irretroactividad toda vez que dichas modificaciones cambian el esquema de consolidación de manera substancial que se tenía previsto con anterioridad, generando que grupos de sociedades que habían elegido con

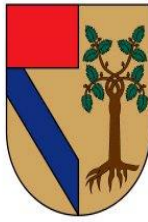
anterioridad tributar bajo dicho régimen, se encuentran obligados a determinar un impuesto diferido por ejercicios que ya han concluido, y para los cuales existían reglas distintas para el entero de dicho impuesto.

En mi opinión, los cambios que se deben realizar al régimen de consolidación, no deben ser en función de anticipar el pago del impuesto sobre la renta que se hubiera diferido en el régimen de consolidación, se podría empezar con poner reglas más estrictas para calificar como sociedades controladas y controladoras, y así ir generando cambios gradualmente en todo el régimen hasta llegar al pago del impuesto diferido, ya que con el cambio que se realizó para el ejercicio de 2010 se puede llegar a concluir que el mismo tiene una intención meramente recaudatoria por parte de las autoridades fiscales, y no arreglar las deficiencias con las que cuenta el régimen.

BIBLIOGRAFIA

1. Aguilar y Caballero Roberto, "Elementos de la Legislación Fiscal", México, 1974.
2. Lic. Luis Francisco Loyo Río, "Análisis Jurídico de la Consolidación Fiscal", México, Dofiscal, Lexis Nexis
3. Arrijo Vizcaño Adolfo, "Derecho Fiscal", 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1991.
4. Francisco Javier Labrador Goyeneche, Gerardo Penilla Guerrero, Consolidación Fiscal, México, Primera Edición, Instituto Mexicano de Contadores Públicos, Diciembre de 2006
5. Roberto Mantilla Molina, Derecho Mercantil, 25ª. Edición, Editorial Porrúa, México
6. Academia de Estudios Fiscales de la Contaduría Pública, A.C., Propuesta sobre el régimen de consolidación fiscal, 1ª Edición, Dofiscal Editores, México
7. Alberto Navarro Rodriguez, La consolidación Fiscal, Editorial Themis, México
8. Layda Cárcamo Sabido, Descripción y análisis crítico de la consolidación fiscal en 1999, Editorial Themis, Academia de Estudios Fiscales de la Contaduría Pública, A.C., México
9. Boeta Vega Alejandro, "Derecho Fiscal", Editorial Ecasa, México, 1991.

10. Falcon y Tella Ramón, “Introducción al Derecho Financiero y Tributario de la Comunidad Económica Europea”, Editorial Civitas, Madrid, 1988.
11. Garza Sergio, “Derecho Financiero Mexicano”, Editorial Porrúa, México, 1995.
12. Mantilla Molina Roberto, “Derecho Mercantil”, Editorial Porrúa, México, 1993.
13. Martínez López Luis, “Derecho Fiscal Mexicano”, 4ª Edición, Editorial Ecasa, México.
14. Rodríguez Joaquín, “Tratado de Sociedades Mercantiles”, Editorial Porrúa, México, 1971.
15. Rodríguez Lobato Raúl, “Derecho Fiscal”, 2ª Edición, Editorial Harla, México, 1986.
16. Sánchez Piña José de Jesús, “Nociones de Derecho Fiscal”, 4ª Edición, Editorial Pac, México, 1987.
17. Ley del Impuesto sobre la Renta 1998, 2000, 2004, 2010 y 2011.
18. Dictámenes de las Comisiones Unidas de Hacienda y Crédito Público de Estudios Legislativos de las reformas efectuadas a la Ley del Impuesto sobre la Renta en vigor a partir del ejercicio de 2010.



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

CASO PRACTICO

Trouts Hotels, Inc.

De acuerdo con la solicitud que nos fue realizada, a continuación encontrarán nuestros comentarios en relación con las implicaciones fiscales que se derivarían como consecuencia de implementar cierto esquema de compra de acciones por parte de Trouts Holdings, Inc., así como las posibles alternativas que se pudieran implementar con objeto de llevar a cabo dicha compra.

Alcance

Es importante mencionar que las conclusiones alcanzadas en el presente documento se encuentran basadas en las disposiciones fiscales aplicables a la fecha del presente, las cuales pueden ser modificadas o derogadas en cualquier momento, situación que generaría que nuestras conclusiones tuvieran que modificarse, caso en el cual deberá ser solicitado previamente por escrito.

Asimismo, las mismas fueron desarrolladas de acuerdo con la información que nos fue proporcionada por funcionarios de Trouts Holdings, Inc., mismas que son descritas en el apartado de Antecedentes del presente.

Antecedentes

De acuerdo con la información que nos fue proporcionada, tenemos entendido que Hoteles y Desarrollos, S.A. de C.V. (en adelante HYDESA) es una sociedad constituida conforme a las leyes de la República Mexicana, cuyas acciones se encuentran colocadas entre el gran público inversionista.

HYDESA a su vez es propietaria de más del 51% de las acciones emitidas por Pubasa, S.A. de C.V. (en adelante PUBASA), sociedad residente para efectos fiscales en México, cuya actividad principal consiste en operar diversos Hoteles localizados en la República Mexicana (en adelante los HOTELES).

Nos fue informado que dentro de las inversiones que HYDESA mantiene en distintas áreas económicas, la de los bienes inmuebles destinados a la Hotelería, se ha vuelto menos importante por distintas decisiones de negocio que se han tomado con anterioridad.

Así las cosas, entendemos que es interés de HYDESA enajenar los inmuebles localizados en México (HOTELES), para concentrar sus actividades en otras áreas económicas.

Ahora bien, Trouts Holdings, Inc. (en adelante TROUTS) es una sociedad residente para efectos fiscales en los Estados Unidos de América, cuyas acciones se encuentran cotizadas en bolsas de valores localizadas en el

extranjero, la cual encabeza a cierto Grupo de empresas pertenecientes al mismo sector económico, dentro del cual se encuentra Trouts Hoteles, Inc., también residente para efectos fiscales en Estados Unidos de América, cuya actividad principal consiste en llevar a cabo la totalidad de los servicios corporativos internacionales del Grupo.

De acuerdo con la información que nos fue proporcionada, entendemos que es intención de TROUTS adquirir los HOTELES propiedad de PUBASA, para lo cual HYDESA ha establecido una condición para que la compraventa de los HOTELES pueda llevarse a cabo, consistente en que TROUTS adquiriera las acciones de PUBASA, sociedad propietaria de los HOTELES, y no los HOTELES de forma directa.

Entendemos que la condición antes señalada fue aceptada por parte de TROUTS, dicha adquisición se realizaría en un 25% con capital y el 75% restante mediante la contratación de un crédito otorgado por un Banco en México, el cual entendemos solicitó que se otorgue una garantía hipotecaria sobre los HOTELES.

Considerando que la mayor parte de la adquisición se realizaría a través de un préstamo bancario, TROUTS a su vez estableció dos condiciones, la primera de éstas es que los intereses sean absorbidos por PUBASA en su operación cotidiana y así puedan deducirse para efectos fiscales de los ingresos generados por la explotación hotelera, y la segunda, que PUBASA haga frente al pago de la deuda con los flujos generados por la operación de los HOTELES, es decir, que la operación se estructure de tal manera, que la operación de PUBASA permita que el pago de la deuda incurrida para adquirir sus acciones por parte de TROUTS, se haga directamente por PUBASA.

Asimismo, TROUTS señaló una condición adicional, consistente en que la deuda también fuera considerada por PUBASA para la determinación del impuesto al activo a su cargo.

En resumen, de la información antes señalada, se desprende que la estructura actual de compra de acciones que se tiene pensado implementar, consiste en que TROUTS adquiriera las acciones de PUBASA de forma directa, y de esta manera adquirir los HOTELES.

Por lo anterior, a continuación señalaremos nuestros comentarios en relación con las implicaciones fiscales que se derivarían para TROUTS como consecuencia de llevar a cabo la estructura actual de compra, así como las posibles alternativas que pudieran ser implementadas por parte de TROUTS con objeto de llevar a cabo la adquisición de las acciones de PUBASA, cumpliendo con las condiciones propuestas en dicha operación.

Disposiciones fiscales
y nuestros comentarios

Con objeto de tener una comprensión más clara del presente documento, el mismo será dividido en los siguientes apartados:

- a) Estructura de compra actual
 - I. Deducción de intereses
 - II. Deuda para efectos del impuesto al activo
 - III. Impuesto empresarial a tasa única

- b) Alternativas propuestas para compra de HOTELES
 - I. Compra directa a través de sociedad mexicana
 - II. Fusión y reducción de capital
 - III. Consolidación fiscal

a) Estructura de compra actual

Con base en la información que nos fue proporcionada, entendemos que TROUTS adquiriría las acciones de PUBASA, la cual es la actual propietaria de los HOTELES. Nos fue informado que la adquisición se realizaría en un 25% con capital y el 75% restante mediante un préstamo que sería otorgado por parte de un Banco en México.

I. Deducción de intereses

El artículo 29 de la Ley del Impuesto sobre la Renta en vigor, establece que los contribuyentes podrán efectuar la deducción de ciertas erogaciones, entre otras, los intereses devengados a cargo en el ejercicio, sin ajuste alguno.

Para estos efectos, el artículo 31 de dicha ley, prevé que las deducciones que pretendan efectuar los contribuyentes deberán reunir ciertos requisitos para que las mismas sean consideradas para efectos de llevar a cabo la determinación del impuesto sobre la renta a cargo del contribuyente.

Entre otros requisitos, se establece que las mismas deben ser estrictamente indispensables para los fines de la actividad del contribuyente. Asimismo, se establece que las mismas deberán de estar amparadas con documentación que reúna requisitos fiscales.

Aun cuando no existe en la ley una definición de lo que se considera un gasto estrictamente indispensable, la Suprema Corte de Justicia de la

Nación realizó el análisis que se describe a continuación con objeto de definir qué se debe entender por el concepto “estrictamente indispensable”:

"...

De la transcripción anterior, se desprende que conforme a la fracción I, los contribuyentes para poder deducir los conceptos que permite el artículo 22 del citado ordenamiento, deberán ser estrictamente indispensables para los fines de la actividad del contribuyente, situación en la que difieren los Tribunales Colegiados en sus respectivas resoluciones.

Dentro de ese orden de ideas, esta Segunda Sala, al resolver la contradicción de tesis 134/2003-SS, consideró respecto a gastos deducibles lo siguiente:

"Ahora bien, de acuerdo a los principios de contabilidad, emitidos por el Instituto Mexicano de Contadores Públicos, por gasto se entiende lo siguiente:

“El decremento bruto de activos (cuando los gastos son sufragados de contado) o incremento de pasivos (cuando son sufragados a crédito) experimentado por una entidad, con efecto en su utilidad neta, durante un periodo contable, como resultado de las operaciones que constituyen sus actividades primarias o normales y que tienen por consecuencia la generación de ingresos.”

De la definición anterior obtenemos los siguientes elementos:

Decremento bruto de activos o incremento de pasivos con efecto en su utilidad neta:

Este elemento se refiere a los esfuerzos o sacrificios económicos efectuados por la administración para alcanzar sus logros (ingresos). Estos esfuerzos se ven reflejados en el consumo, uso o enajenación de activos, o en la incurrancia de pasivos.

Durante un periodo: Los gastos se pueden identificar directamente con los ingresos que aquéllos ayudaron a generar o se identifican con el periodo en el cual se generan los ingresos; el reconocimiento de los gastos sólo tiene significado dentro del periodo al cual corresponden.

Como resultado de operaciones que constituyen sus actividades primarias o normales:

Las actividades primarias, tal y como ya se señaló, son las que corresponden al giro de la entidad, y las normales son aquellas que sin ser la actividad primaria, son recurrentes a través del tiempo.

De lo anterior se puede concluir que tendrá el carácter de gasto la erogación que represente un decremento bruto de los activos cuando se cubra en efectivo, o incremento de pasivo, cuando se contrae a crédito; pudiéndose identificar directamente con los ingresos que ayudó a generar, teniendo significado únicamente durante el periodo en que se realizó y, a diferencia de los activos, el gasto pierde el potencial de generar ingresos en el futuro.

...

Al respecto, si la "indispensabilidad" en las deducciones constituye el principio rector de éstas, en términos del artículo transcrito, ello implica que sean estrictamente indispensables para los fines particulares de cada actividad empresarial; la concepción genérica de este requisito, que el legislador estableció en el precepto jurídico en comento es justificable al atender a la cantidad de supuestos casuísticos, que en cada caso concreto puedan recibir el calificativo de "estrictamente indispensables"; por tanto, siendo imposible dar una definición que abarque todas las hipótesis factibles o establecer reglas generales para su determinación, resulta necesario interpretar dicho concepto, atendiendo a los fines de cada empresa y al gasto específico de que se trate.

De esta manera, por gasto se entiende las erogaciones o salida de dinero o bienes del patrimonio de una empresa, sin ulterior recuperación.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, señala como significado de los conceptos estrictamente, estricto, indispensable y necesario, lo siguiente:

"Estrictamente: precisamente, en todo rigor de derecho. "

"Estricto: estrecho, ajustado enteramente a la necesidad o a la ley. "

"Indispensable: Adj. Que no se puede dispensar. Que es necesario o muy aconsejable que suceda. "

"Necesario: que precisa, forzosa e inevitablemente ha de ser o de suceder, dicese de lo que se hace y ejecuta obligado de otra cosa, como opuesto a voluntario y espontáneo y que es menester indispensablemente o hacer falta para un fin. "

En relación con los calificativos examinados, conviene atender a los elementos comunes que se han tomado en cuenta en la doctrina, para determinar cuándo puede considerarse un gasto como estrictamente indispensable para una empresa, a saber:

1) Que la erogación esté destinada o relacionada directamente con la actividad de la empresa;

- 2) Que sea necesario para alcanzar los fines de su actividad o el desarrollo de ésta;
- 3) Que de no producirse se podrían afectar sus actividades o entorpecer su normal funcionamiento o desarrollo;
- 4) Que deben representar un beneficio o ventaja para la empresa en cuanto a sus metas operativas; y
- 5) Que deben estar en proporción con las operaciones del contribuyente.

En tales condiciones, el carácter de indispensabilidad se encuentra estrechamente vinculado con la consecución del objeto social de la empresa, es decir, debe tratarse de un gasto necesario para que cumplimente en forma cabal sus actividades como persona moral y que le reporte un beneficio, de tal manera que de no realizarlo, se tendrían que suspender las actividades de la empresa, o éstas necesariamente disminuirían, es decir, cuando de no llevarse a cabo el gasto se dejaría de estimular la actividad de la misma, viéndose, en consecuencia, disminuidos sus ingresos en su perjuicio.

De ello se sigue que los gastos a que alude la fracción I del artículo 24, de la Ley del Impuesto sobre la Renta, en vigor hasta el dos mil uno, son aquellos que resultan necesarios para el funcionamiento de la empresa y sin los cuales sus metas operativas se verían obstaculizadas a tal grado que se impediría la realización de su objeto social, de donde se infiere que en este supuesto, el legislador únicamente podría excluir erogaciones de esa naturaleza al considerar la capacidad contributiva del sujeto, cuando existieran motivos de carácter jurídico, económico y/o social que justificara ese proceder.

Asimismo, para que un gasto se estime como estrictamente indispensable, debe cumplir con las obligaciones que la ley en cada caso exige para que los mismos no sean producto de un acto contrario a la misma. Dicho en otras palabras, si el gasto se produce por no cumplir con las obligaciones establecidas en ley, no puede constituir un "gasto estrictamente indispensable" y, por tanto, no se cumple con este requisito para la procedencia de una deducción.

...

En ese sentido, las autoridades fiscales pueden válidamente acudir a legislación diversa a la fiscal para verificar si algún acto puede o no ser susceptible de deducirse en caso de satisfacer los requisitos establecidos en el artículo 24 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, vigente en dos mil uno; situación que de ninguna manera constituye un prejuzgamiento de la validez jurídica del acto presumiblemente deducible; por lo que contrariamente a lo considerado por el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, la autoridad fiscal no fue más allá del ejercicio de sus facultades de

revisión, puesto que, como ya se dijo, no declara la validez o no del acto, sino solamente los efectos fiscales del mismo.

Lo anterior, tomando en cuenta que el concepto contenido en el artículo 24 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, vigente hasta dos mil uno, relativo a los gastos estrictamente indispensables no admite una definición clara respecto al término, sino que debe hacerse de forma casuística, atendiendo al acto mismo que se pretende deducir y a la normatividad que lo regula. En otras palabras, las autoridades fiscales pueden acudir a legislación que rija los actos de los contribuyentes, diversa a la tributaria, cuando de la propia legislación fiscal no se determine con precisión los alcances en materia fiscal de los mismos.

...”

Asimismo, a continuación se transcribe otro precedente que si bien no es de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, está relacionado con el concepto de estrictamente indispensable:

"DEDUCCIONES.- GASTOS ERICTAMENTE INDISPENSABLES.- SU CONCEPTO.- Son aquellos que resultan necesarios para el funcionamiento de la empresa y sin los cuales sus metas operativas se verían obstaculizados a tal grado que se impediría la realización de su objeto social, si se trata de persona moral, o los fines del negocio si no lo es, de donde se concluye que no pueden considerarse como tales los deducidos por la empresa, cuando no tienen relación con esos fines. (43).

Revisión No. 71/83.- Resuelta en sesión de 22 de noviembre de 1990, por unanimidad de 6 votos.- Magistrado Ponente.- Francisco Ponce Gómez.- Secretario: Lic. Alberto Ocampo Gómez".

De la resolución de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación antes citada se desprende que tiene la característica de “indispensable” cuando la erogación se encuentra ligada a la consecución del objeto social de la compañía o al desarrollo de sus actividades; en caso de que los contribuyentes no incurrieran en dichas erogaciones, no estaría en posibilidad de llevar a cabo el desarrollo de sus actividades o las mismas se verían impedidas.

En otras palabras, las deducciones son consideradas como “estrictamente indispensables” si éstas son necesarias para el funcionamiento de la sociedad, es decir, en caso de no incurrir en éstas, sus actividades se verían seriamente impedidas y el objeto para lo cual fue creada no se alcanzaría; asimismo, se considera que una deducción es estrictamente indispensable cuando resulta imprescindible para la generación de sus ingresos relacionados con su actividad.

Asimismo, es importante destacar que en nuestra opinión el hecho que una actividad se considere estrictamente indispensable para una empresa, no implica que sea exclusivamente la actividad preponderante para la cual fue constituida.

Lo anterior es así, ya que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que no es dable sostener la no deducibilidad de los gastos efectuados por los contribuyentes por la realización de actividades no preponderantes, cuando la realización de dichas actividades sea lícita.⁷

A efecto de acreditar lo anterior, a continuación se transcribe de manera literal la tesis 1a.XLVI/2009 emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que a la letra señala lo siguiente:

RENTA. LA PROCEDENCIA DE LAS DEDUCCIONES EN EL IMPUESTO RELATIVO NO ESTÁ CONDICIONADA AL HECHO DE QUE LAS EROGACIONES RESPECTIVAS SE VINCULEN NECESARIAMENTE CON LA ACTIVIDAD PREPONDERANTE DEL CONTRIBUYENTE. Es lógico y deseable que las erogaciones deducibles se justifiquen en la medida en que resulten necesarias frente a la generación del ingreso del contribuyente, como lo sostuvo la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 1a. XXIX/2007, de rubro: "DEDUCCIONES. CRITERIOS PARA

⁷ El artículo 57 del Reglamento del Código Fiscal de la Federación establece que se considera actividad preponderante aquella actividad económica por la que, en el ejercicio de que se trate, el contribuyente obtenga el ingreso superior respecto de cualquiera de sus otras actividades.

DISTINGUIR LAS DIFERENCIAS ENTRE LAS CONTEMPLADAS EN LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA, A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN IV, CONSTITUCIONAL."; sin embargo, el postulado que indica que la erogación respectiva debe vincularse necesariamente con la generación del ingreso no implica que de las erogaciones efectuadas para generar ingresos, únicamente serán deducibles las que correspondan a la actividad preponderante del contribuyente, considerando que sólo éstas tienen el carácter de "estrictamente indispensables". En efecto, si bien la Ley del Impuesto sobre la Renta señala que las deducciones deben ser estrictamente indispensables para los fines de "la actividad del contribuyente", ello no debe entenderse en el sentido de que cada contribuyente solamente puede dedicarse a un único giro, pues al ser el objeto del gravamen la obtención de ingresos, es evidente que los gastos en que se incurre para su obtención deben ser deducibles (sujeto a las condiciones y limitantes legales), independientemente de que el causante tenga más de una actividad. Ello es así, pues aunque no es dable sostener que la realización de una actividad no preponderante siempre se realiza para posibilitar las actividades que principalmente realiza el causante, tampoco puede afirmarse que aquélla sea un simple pasatiempo o que no tiene relevancia para quien la realiza, cuando se trata de una actividad lícita que se inscriba entre las que puede llevar a cabo el quejoso en el desarrollo de su objeto social, las cuales, de reportar ganancias, estarían gravadas, y que, aun si finalmente no generan ingresos, cuando menos se trata de operaciones en las que se involucran los causantes con la intención de generarlos. De aceptarse lo contrario, el contribuyente quedaría expuesto a la incertidumbre de no conocer bajo qué criterio se decidiría cuál es su actividad preponderante. Además, al limitar la posibilidad de deducir costos o gastos que no corresponden a lo que se identificaría como la actividad preponderante del contribuyente, se coartaría la posibilidad de diversificar, pues para las deducciones que correspondería al rubro no preponderante tendría que constituirse una nueva persona moral o, en su caso, liquidar la empresa activa, lo cual no debería tener cabida en tiempos de turbulencia económica o de poco crecimiento.⁸

Del análisis a la referida tesis, claramente se podrá percatar que en la misma la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que el hecho de que las deducciones deben vincularse con la generación de ingresos, no implica que únicamente serán deducibles las

⁸ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Primera Sala. Tesis 1a. XLVI/2009. Pag 589. No Registro 167388 en el IUS 2009. Amparo en revisión 297/2008. Servicios Administrativos Grupo Casa Saba, S.A. de C.V. 3 de septiembre de 2008. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo. Nota: La tesis 1a. XXIX/2007 citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, febrero de 2007, página 638.

que correspondan a la actividad preponderante del contribuyente, considerando que no sólo éstas tienen el carácter de indispensables.

Asimismo, en dicho precedente la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que aún en el caso de que por la realización de dichas actividades no se generaran ingresos, por el hecho de tratarse de operaciones que involucran la intención de los causantes de generar ingresos, las mismas deben ser deducibles.

Así, pudiéramos considerar que todas aquellas operaciones que tengan como “intención” generar ingresos, debieran considerarse como estrictamente indispensables para la actividad del contribuyente, ya que de obtenerlos, constituirían un ingreso acumulable, sobre todo si se trata de una actividad lícita que se encuentra circunscrita entre las que puede llevar a cabo el contribuyente en el desarrollo de su objeto social, a pesar de que no sea su “actividad preponderante”.

Adicionalmente, la fracción VIII del artículo 31 en estudio, señala que en caso de intereses por capitales tomados en préstamo, éstos serán deducibles siempre que hayan sido invertidos en los fines del negocio.

De lo anterior, es claro que en el caso bajo estudio, y considerando la estructura de adquisición actual contemplada por la Compañía, PUBASA no podría considerar como un concepto deducible para efectos de la Ley del Impuesto sobre la Renta, los intereses que se generen por el préstamo que sea contratado para la adquisición de sus acciones.

Lo anterior, ya que bajo la estructura actual de compra, PUBASA no sería la que persona que contrate el préstamo, ni tampoco aquella que pague los intereses, ya que según entendemos el préstamo y los interés que se devenguen del mismo, serán pagados por TROUTS.

II. Deuda para efectos del impuesto al activo

El 1° de octubre de 2007, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única, la cual entró en vigor a partir del 1° de enero de 2008. Lo anterior, derogó a la hasta entonces vigente, Ley del Impuesto al Activo.

De lo anterior, las condiciones planteadas en el apartado de Antecedentes relativas al impuesto al activo no resultarían validas, considerando que la ley que preveía dicho impuesto fue abrogada al momento en que se publicó la Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única.

III. Efectos en el impuesto empresarial a tasa única

No obstante la conclusión alcanzada en el apartado anterior, como se señaló en dicho apartado el 1° de octubre de 2007 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única, la cual entró en vigor a partir del 1° de enero de 2008.

Dicha ley establece que estarán obligadas al pago de este impuesto, las personas físicas y morales residentes en territorio nacional, así como los residentes en el extranjero con establecimiento permanente en el país, por los ingresos que obtengan, independientemente del lugar en donde se generen, por la realización de las siguientes actividades:

- I. Enajenación de bienes.
- II. Prestación de servicios independientes.
- III. Otorgamiento del uso o goce temporal de bienes.

Resulta importante señalar, que este nuevo impuesto se establece como un impuesto mínimo respecto del impuesto sobre la renta, generando un impacto adicional, para aquellos contribuyentes que generen un impuesto empresarial a tasa única mayor que el impuesto sobre la renta generado en el ejercicio de que se trate. Esto es, los contribuyentes deberán pagar el impuesto empresarial a tasa única generado en exceso en el ejercicio de que se trate.

En términos generales, la Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única establece que el impuesto empresarial a tasa única se determinará aplicando la tasa del 17.5%, para el ejercicio de 2011, a la cantidad que resulte de disminuir a los ingresos obtenidos en el ejercicio como resultado de la realización de las actividades objeto de este impuesto, las deducciones autorizadas por dicha ley.

Es importante señalar que, en términos generales, el impuesto empresarial a tasa única se determinará considerando los ingresos y las deducciones con base en flujos de efectivo. Esto es, los ingresos serán acumulados y los gastos serán deducibles cuando se cobren efectivamente las contraprestaciones o se paguen efectivamente los gastos de que se trate.

Considerando lo anterior, los contribuyentes que originalmente se encontraban pagando impuesto sobre la renta podrían estar obligados a pagar un excedente de impuesto empresarial a tasa única con respecto al impuesto sobre la renta.

Lo anterior se origina ya que para efectos de determinar el impuesto empresarial a tasa única, ciertas deducciones autorizadas por la Ley del Impuesto sobre la Renta no son reconocidas en su totalidad o no son reconocidas por la Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única.

En este sentido, el tercer párrafo de la fracción I del artículo 3 de la Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única establece que no se consideran dentro de las actividades a que se refiere la fracción en comento, es decir, prestación de servicios, las operaciones de financiamiento o de mutuo que den lugar al pago de intereses que no se consideren parte del precio en los términos del artículo 2 de dicha ley.

De lo anterior, la Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única claramente establece que las operaciones de financiamiento o de mutuo no constituyen actividades gravadas por la ley, y por tanto, el pago de intereses derivado de dichas operaciones no es deducible para determinar dicho impuesto.

Al respecto, el artículo 5 de la Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única establece que los contribuyentes podrán deducir, entre otras, 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 la ley comentada 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 el impuesto empresarial a tasa única.

Así las cosas, considerando la estructura actual para la compra de las acciones emitidas por PUBASA, ésta tampoco podría considerar como deducibles los intereses que sean pagados por el crédito contratado con el Banco, ya que conforme a la fracción I del artículo 3 de la Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única, los intereses no son objeto de la ley, a menos de que los mismos sean pagados por instituciones que conformen el sistema financiero para efectos fiscales.

Asimismo, como ya se mencionó anteriormente, PUBASA no es la titular del préstamo otorgado, por lo que suponiendo sin conceder, que los intereses fueran deducibles para efectos del impuesto empresarial a tasa única, tampoco se encontraría en posibilidad de efectuar la deducción de intereses para efectos de dicho impuesto, ya que no sería la titular del préstamo, y tampoco sería la persona encargada de efectuar el pago de los intereses correspondientes.

No obstante lo que hasta el momento ha sido analizado bajo la estructura actual de compra de las acciones de PUBASA, a continuación señalaremos algunas posibles alternativas que pudieran ser implementadas por parte de TROUTS, con objeto de adquirir los HOTELES mediante la adquisición de las acciones emitidas por PUBASA, cumpliendo a su vez con todas las condiciones solicitadas en dicha operación.

a) Alternativas propuestas para compra de HOTELES

I. Compra directa a través de sociedad mexicana

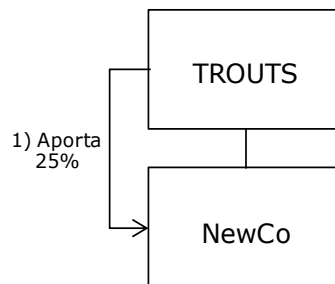
Con objeto de llevar a cabo la adquisición de las acciones de PUBASA por parte de TROUTS, una de las posibles alternativas que pudieran ser implementadas por parte de ésta, consistiría en llevar a cabo la

adquisición de las acciones a través de una sociedad constituida en México, para lo cual se tendrían que seguir los siguientes pasos:

- Paso 1 - Constitución de NewCo

TROUTS tendría que constituir una sociedad residente para efectos fiscales en México (en adelante NewCo), a la cual le sería aportado el 25% del valor de las acciones de PUBASA.

El paso anterior, se puede ejemplificar de la siguiente manera:



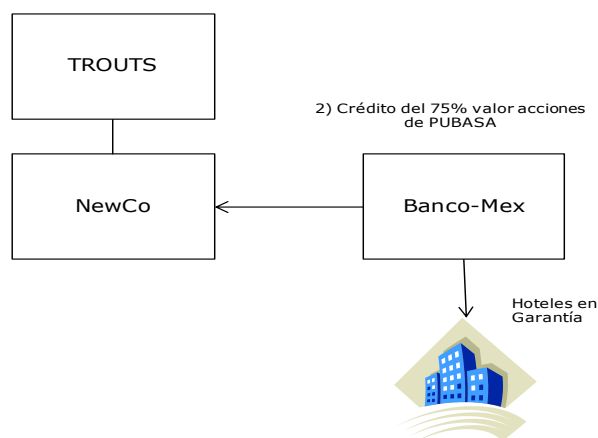
- Paso 2 – Solicitud de préstamo

El segundo paso consistiría en la obtención de un crédito por parte de NewCo otorgado por un Banco en México (en adelante el Banco), correspondiente al 75% del valor de las acciones de PUBASA. Como fue señalado en el apartado de Antecedentes, tenemos entendido que el Banco solicitaría que el crédito estuviera garantizado a través de una garantía hipotecara sobre los HOTELES.

Para estos efectos, TROUTS solicitaría a PUBASA que fungiera como su aval en el crédito que sería otorgado por el Banco, garantizando el mismo con los HOTELES, lo anterior sería muy viable llevarlo a cabo, ya que

entendemos las partes están en la mejor disposición de llevar a cabo la venta de los HOTELES, por lo que para efectos de lo anterior, consideramos no existiría ninguna objeción por parte de HYDESA o PUBASA de garantizar el préstamo con los HOTELES.

El paso anterior, se puede ejemplificar de la siguiente manera:



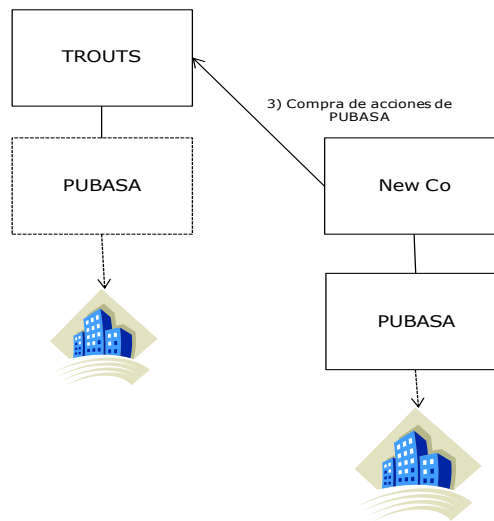
- Paso 3 – Compra de acciones de PUBASA

Posterior a la obtención del crédito, NewCo realizaría la adquisición de las acciones de PUBASA de manera directa, con lo cual HYDESA recibiría el 100% del precio de venta acordado con TROUTS para la adquisición de los HOTELES, mediante la adquisición de las acciones de PUBASA.

Con lo anterior, se lograría cumplir con una de las condiciones acordadas entre las partes, la cual consiste en que la adquisición de los HOTELES se realice mediante la adquisición de las acciones de PUBASA.

Es importante mencionar que las implicaciones fiscales que se derivarían para HYDESA por la venta de las acciones de PUBASA no son analizadas en el presente, toda vez que nos son objeto del mismo.

El paso anterior, se puede ejemplificar de la siguiente manera:



- Paso 4 – Fusión de NewCo en PUBASA

De acuerdo con la doctrina jurídica, una fusión es la unión jurídica de varias organizaciones sociales que se compenetran recíprocamente para que una organización jurídica unitaria sustituya a la pluralidad de organizaciones; es decir, es el proceso mediante el cual una o más sociedades desaparecen, con objeto de transmitir la totalidad de sus activos, pasivos y capital a otra sociedad ya existente o a otra sociedad que se constituya por virtud de la fusión.

En este sentido, la fusión de sociedades es una forma de reorganización de sociedades, prevista en la Ley General de Sociedades Mercantiles, que consiste en que una o más sociedades transmitan la totalidad de su patrimonio a otra, provocando con ello la disolución de las primeras.

En este sentido el siguiente paso que se tendría que seguir consistiría en fusionar a Newco en su carácter de sociedad fusionada, en PUBASA como sociedad fusionante, por lo que esta última adquiriría a título universal los

derechos y obligaciones que, en su carácter de sociedad fusionada, mantenía NewCo a la fecha de la fusión.

En materia fiscal, a través de una fusión, la sociedad fusionante adquiere todos los derechos y obligaciones de las sociedades fusionadas, salvo los expresamente señalados por la Ley del Impuesto sobre la Renta. Esto significa que todos los derechos y obligaciones correspondientes a las sociedades fusionadas son absorbidos por la sociedad fusionante, quien es la que continúa con la operación de la empresa fusionada.

Así, al tratarse de una transmisión a título universal de los derechos y obligaciones, la sociedad fusionante mantiene, salvo disposición expresa en contrario, los mismos derechos que le correspondían a la sociedad fusionada.

La fracción IX del artículo 14 del Código Fiscal de la Federación, establece que se entiende por enajenación de bienes la que se realice mediante fusión o escisión de sociedades, excepto en los supuestos a que se refiere el artículo 14-B de dicho ordenamiento.

Por su parte, el último párrafo de la fracción V del artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, establece que en los casos de fusión o escisión de sociedades, no se considerará ingreso acumulable la ganancia derivada de dichos actos, cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 14-B del Código Fiscal de la Federación.

La fracción I del artículo 14-B del Código Fiscal de la Federación señala que se considerará que no hay enajenación en el caso de fusión, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

a) Se presente el aviso de fusión a que se refiere el Reglamento del Código Fiscal de la Federación.

b) Que con posterioridad a la fusión, la sociedad fusionante continúe realizando las actividades que realizaban ésta y las sociedades fusionadas antes de la fusión, durante un periodo mínimo de un año inmediato posterior a la fecha en la que surta efectos la fusión. Este requisito no será exigible cuando se reúnan los siguientes supuestos:

1. Cuando los ingresos de la actividad preponderante de la fusionada correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la fusión, deriven del arrendamiento de bienes que se utilicen en la misma actividad de la fusionante.

2. Cuando en el ejercicio inmediato anterior a la fusión, la fusionada haya percibido más del 50% de sus ingresos de la fusionante, o esta última haya percibido más del 50% de sus ingresos de la fusionada.

No será exigible el requisito a que se refiere este inciso, cuando la sociedad que subsista se liquide antes de un año posterior a la fecha en que surte efectos la fusión.

c) Que la sociedad que subsista o la que surja con motivo de la fusión, presente las declaraciones de impuestos del ejercicio y las informativas que en los términos establecidos por las leyes fiscales les correspondan a la sociedad o sociedades fusionadas, correspondientes al ejercicio que terminó por fusión.

Así las cosas, a efecto de que la fusión que se pretende llevar a cabo entre PUBASA y NewCo, bajo la alternativa propuesta, no sea considerada como una enajenación para efectos fiscales, se tendrían que cumplir los requisitos antes mencionados.

Al respecto, consideramos que sería altamente probable que los requisitos señalados en la fracción I del artículo 14-B del Código Fiscal de la Federación sean cumplidos por parte de PUBASA como sociedad fusionante, y con esto, evitar que la fusión en cuestión sea considerada como una enajenación de bienes para efectos fiscales.

Ahora bien, considerando que la fusión de sociedades es una transmisión a título universal de todos los derechos y obligaciones de la sociedad fusionada a la sociedad fusionante, la deuda que sería contratada por parte de NewCo de conformidad con el Paso 2 antes descrito, pasaría a ser parte de las obligaciones de PUBASA, con lo cual ésta sería la responsable de efectuar el pago de los intereses correspondientes a dicho préstamo.

Así las cosas, el pago de intereses que realizaría PUBASA podría ser considerado como un concepto deducible para efectos de la determinación del impuesto sobre la renta a su cargo, siempre que se cumplan con los requisitos previstos en el artículo 31 de la Ley del Impuesto sobre la Renta señalados en apartados anteriores.

No obstante lo anterior, no descartamos la posibilidad de que las autoridades fiscales pudieran cuestionar la alternativa de compra antes propuesta, y pretender considerar que los intereses que son pagados por el préstamo califican como partidas no deducibles; sin embargo,

consideramos que existen argumentos legales para soportar esta postura, en el entendido que el préstamo adquirido por NewCo, obligación que fue transmitida por motivo de la fusión a PUBASA, en su momento fue utilizado para los fines del negocio de NewCo, dentro de los cuales se encontraba la adquisición de acciones de otras sociedades.

Así, consideramos que los movimientos contemplados en la estructura propuesta deben ser debidamente documentados a efecto de que en caso de una posible revisión por parte de las autoridades fiscales, la misma no realice observación alguna que ponga en riesgo a las Compañías involucradas.

Ahora bien, con objeto de contar con una mayor certeza de que los pagos por intereses que realizaría PUBASA califican como una deducción autorizada para ésta, correspondientes al préstamo que le fue transmitido como consecuencia de la fusión en NewCo, se podría realizar una confirmación de criterio ante las autoridades fiscales, con objeto de que dicha autoridad valide la deducción en comento.

El paso anterior, se puede ejemplificar de la siguiente manera:



II. Fusión y reducción de capital

Una alternativa adicional que pudiera ser implementada por parte de TROUTS, sería llevar a cabo una fusión de sociedades y después llevar a cabo una reducción de capital a favor de HYDESA, para lo cual se tendrán que llevar a cabo los pasos 1 y 2 de la alternativa señalada en el apartado denominado “*Compra directa a través de sociedad mexicana*” antes mencionada.

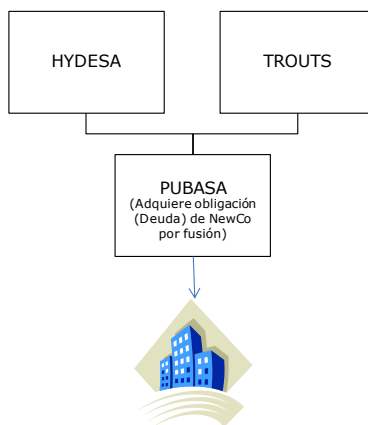
Una vez que se obtuviera el préstamo por parte del Banco Mexicano conforme al paso 2 de la alternativa “*Compra directa a través de sociedad mexicana*”, se tendrían que realizar los pasos que a continuación se señalan:

- Paso 1 – Fusión de sociedades

Este paso consistiría en fusionar a Newco en su carácter de sociedad fusionada, en PUBASA como sociedad fusionante, por lo que esta última como ya fue señalado anteriormente, adquiriría a título universal los derechos y obligaciones que, en su carácter de sociedad fusionada, mantenía NewCo a la fecha de la fusión.

Como ya fue señalado en apartados anteriores, PUBASA deberá cumplir una serie de requisitos formales a efectos de que dicha fusión no sea considerada como una enajenación de bienes para efectos fiscales, por lo que damos por reproducidos nuestros comentarios al respecto.

Derivado de la fusión antes mencionada, la estructura del Grupo quedaría de la siguiente manera:



- Paso 2 – Reducción de capital

Una vez que la fusión se lleve a cabo, PUBASA realizaría una reducción de capital a favor de HYDESA.

En este sentido, de conformidad con lo previsto en la Ley del Impuesto sobre la Renta las personas que distribuyan utilidades deberán efectuar el cálculo previsto en el artículo 89 de dicha ley, el cual de manera general, establece que tratándose de reducciones de capital en los que se paga un reembolso a los accionistas, es necesario hacer dos cálculos, mismos que se describen a continuación:

Fracción I

La fracción I del artículo 89 de la Ley del Impuesto sobre la Renta establece que las personas morales residentes en México que reduzcan su capital determinarán la utilidad distribuida sujeta al pago del impuesto sobre la renta disminuyendo del reembolso por acción el saldo de la Cuenta de Capital de Aportación Actualizado (en adelante CUCA) por acción que se tenga a la fecha en que se pague el reembolso.

La utilidad distribuida será la cantidad que resulte de multiplicar el número de acciones que se reembolsen o las que se hayan considerado para la reducción de capital de que se trate, según corresponda, por el monto que resulte conforme al párrafo anterior.

La utilidad distribuida gravable determinada conforme a lo anterior, podrá disminuirse con la Cuenta de Utilidad Fiscal Neta (en adelante CUFIN) hasta por la parte que del saldo de dicha cuenta le corresponda al número de acciones que se reembolsan.

En caso de haber algún exceso no cubierto por el saldo de la CUFIN por acción, deberá pagarse el impuesto sobre dicho exceso. El impuesto se calculará aplicando la tasa de impuesto corporativa del 30%, para el ejercicio de 2011, al importe que resulte de multiplicar la utilidad distribuida por el factor de piramidación que para el ejercicio de 2011 es de 1.4286.

Tratándose de reembolsos de capital que una sociedad entregue a sus accionistas, sobre los cuales se determine que existe una utilidad distribuida conforme a las disposiciones fiscales antes comentadas, la sociedad que efectúe el reembolso es la responsable de determinar y enterar el impuesto sobre la renta correspondiente al procedimiento señalado, dentro de los cinco días siguientes al momento de su causación.

Fracción II

La fracción II del artículo 89 establece un segundo procedimiento que deberá seguirse para determinar si, desde un punto de vista fiscal, en caso de una reducción de capital existe una utilidad distribuida gravable adicional a la prevista en el apartado anterior.

Para ello, dicho artículo señala que las personas morales residentes en México que disminuyan su capital considerarán dicha reducción como utilidad distribuida, hasta por la cantidad que resulte de restar al capital contable según el estado de posición financiera aprobado por la Asamblea de Accionistas para fines de dicha disminución, el saldo de CUCA que se tenga a la fecha en que se efectúe la reducción referida cuando éste sea menor.

La cantidad que se obtenga conforme a lo establecido en el párrafo anterior, se disminuirá con la utilidad distribuida determinada en los términos del primer cálculo (a fin de no gravar dos veces la misma utilidad) y el resultado será la utilidad distribuida gravable para efectos de esta fracción.

El citado artículo establece que cuando la utilidad distribuida gravable a que se refiere el párrafo anterior no provenga de la CUFIN, las personas morales deberán determinar y enterar el impuesto que corresponda a dicha utilidad, aplicando previamente a la misma el factor de piramidación que corresponda, y al resultado la tasa corporativa.

Este artículo señala que cuando la utilidad distribuida gravable provenga de la mencionada CUFIN no se pagará el impuesto sobre la renta y dicha utilidad deberá disminuir el saldo de la mencionada cuenta. La utilidad que se determine conforme a esta fracción se considerará para reducciones de capital subsecuentes como aportación de capital, es decir, como parte del saldo de la CUCA.

Así las cosas, la intención del artículo 89 de la Ley del Impuesto sobre la Renta es gravar cualquier distribución de utilidades proveniente de una reducción de capital, lo cual sucede ya sea cuando a los accionistas se les reembolsa una cantidad mayor a la que aportaron respecto de las acciones que se reembolsan, o bien, cuando existen utilidades contable en la sociedad, pues la mecánica parte de la teoría que lo primero que se distribuye son utilidades, y lo último el capital de aportación.

Venta de acciones ficta

Ahora bien, existen situaciones específicas que son también reguladas por el artículo 89, como son los aumentos de capital en los cuales antes de que transcurran dos años se da una reducción de capital.

En este sentido, el antepenúltimo párrafo del artículo 89 de la Ley del Impuesto sobre la Renta prevé que cuando una persona moral hubiera aumentado su capital dentro de un periodo de dos años anteriores a la fecha en la que se efectúe la reducción del mismo y ésta dé origen a la cancelación de acciones o a la disminución del valor de las acciones, esa persona moral calculará la ganancia que hubiera correspondido a los tenedores de las mismas de haberlas enajenado, conforme al artículo 24 de dicha ley, considerando para estos efectos como ingreso obtenido por acción el reembolso por acción.

Dicho párrafo continúa señalando que si la ganancia determinada conforme a lo anterior resulta mayor que la utilidad distribuida determinada conforme a las fracciones I y II del artículo 89 antes mencionado, esa ganancia se considerará como utilidad distribuida en los términos de este precepto.

Como se puede observar, la Ley del Impuesto sobre la Renta prevé que en aquellos casos en que una persona moral hubiera aumentado su capital dentro de un periodo de dos años anterior a la fecha en la que se efectúe la reducción del mismo y se cancelen acciones, la misma deberá efectuar un cálculo adicional al contenido en las fracciones I y II antes mencionadas, el cual consiste en determinar la ganancia que hubiera correspondido a los accionistas de haberlas enajenado; es decir, una ganancia en venta de acciones.

De manera general, el artículo 24 de la LISR señala ciertas mecánicas y cálculos que se deben de llevar a cabo para estar en posibilidad de determinar el costo fiscal de las acciones, mismo que al ser disminuido del precio de venta de la misma da como resultado la utilidad fiscal en venta de acciones.

Como se puede apreciar, en caso de que exista un aumento de capital y en un periodo de dos años una reducción de capital, se debe efectuar un cálculo teórico de la ganancia que hubieran tenido los accionistas de la persona moral que percibirían el reembolso de haber enajenado sus acciones y si esta ganancia resultara mayor a la utilidad distribuida conforme a las fracciones I y II del artículo 89 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, la ganancia teórica en la enajenación de acciones se debe considerar como utilidad distribuida en los términos de las citadas fracciones.

Toda vez que en el caso en estudio, el aumento y el reembolso no se realiza por todos los accionistas, sino únicamente a favor de HYDESA, y el mismo ser realizaría con posterioridad a un aumento de capital (fusión de

sociedades), se estará sujeto a lo dispuesto por el artículo 89 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

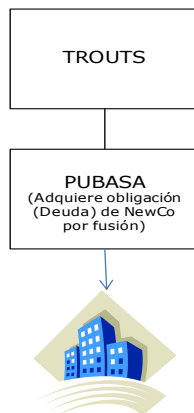
Como se mencionó en el apartado de Antecedentes, se pretende llevar a cabo una fusión de sociedades de NewCo en PUBASA, la cual es considerada para efectos legales como un aumento de capital por parte de TROUTS en PUBASA; para posteriormente realizar una reducción de capital a favor de HYDESA.

Derivado de lo anterior, PUBASA estaría obligado a realizar el procedimiento antes mencionado, a fin de conocer si la utilidad distribuida será la que se determine conforme a las fracciones I y II del artículo 89 de la Ley del Impuesto sobre la Renta o la ganancia que hubiera percibido HYDESA en caso de haber enajenado sus acciones.

Al respecto, a efecto de valorar si es viable llevar a cabo esta alternativa, será necesario conocer los atributos fiscales con los que cuenta PUBASA antes y después de la fusión, con objeto de evaluar la conveniencia de implementar dicha alternativa, así como determinar, en su caso, el monto del impuesto que se tendría que pagar por dicha enajenación de acciones ficta.

Es importante mencionar, que en algunos casos, dependiendo de los atributos de las partes involucradas el efecto de esta enajenación ficta, genera una optimización en el impuesto de haber llevado a cabo una enajenación directa de las acciones de PUBASA.

Una vez que se lleve a cabo la reducción de capital, la estructura del Grupo sería la siguiente:



III. Consolidación fiscal

Por último, existe una alternativa adicional que se podría evaluar por parte de TROUTS, la cual consistiría en incorporar un régimen de consolidación fiscal.

La consolidación es una ficción legal en la que un grupo de sociedades con intereses económicos comunes, es representado ante las autoridades fiscales por una sola sociedad, la cual recibe el nombre de controladora, bajo la premisa de considerarse como una sola empresa para efectos del cumplimiento de sus obligaciones fiscales, y no afectando la independencia jurídica que cada sociedad tenga para otros fines.

Para tales efectos, la Ley del Impuesto sobre la Renta contempla que se considera que tendrá el carácter de sociedad controladora aquella sociedad que siendo residente en México, sea propietaria de más del 50% de las acciones con derecho a voto de otras sociedades, siempre que estas últimas tengan la calidad de sociedades controladas, inclusive si esta

tenencia es poseída a través de alguna de las sociedades que tengan dicho carácter.

Este mismo ordenamiento señala que en la sociedad controladora, por lo menos el 50% de sus acciones con derecho a voto sean propiedad de personas físicas, o bien, de empresas residentes en el extranjero, siempre que en este último caso se trate de accionistas que residan en algún país con el que se tenga acuerdo amplio de intercambio de información.

Por lo que respecta al calificativo de sociedad controlada, éste aplica a las sociedades cuyas acciones con derecho a voto sean poseídas en más de un 50% por una controladora, ya sea en forma directa o indirecta.

Si no se tiene este porcentaje, también podrán considerarse como controladoras las sociedades cuyas acciones con derecho a voto sean poseídas hasta en un 50% por la sociedad controladora, y siempre que ejerza control efectivo sobre la misma de acuerdo con las definiciones que al respecto prevé la ley.

Dichas definiciones son subjetivas de lo que deberá entenderse por control efectivo; sin embargo, todas ellas están encaminadas en el sentido de que las decisiones sobre la administración de cada sociedad sean tomadas por la sociedad controladora o sus controladas.

En tales circunstancias, las sociedades que califiquen dentro de los conceptos de sociedad controladora o controladas, conforme a los lineamientos antes mencionados, podrán acogerse al régimen de consolidación fiscal, el cual es aplicable únicamente en materia de impuesto sobre la renta.

Ventajas del régimen

El régimen de consolidación fiscal permite integrar por ejercicio las utilidades o pérdidas fiscales de las diversas empresas que conforman el grupo, y determinar el impuesto sobre la renta sobre esta base; de esta manera, se logra que las pérdidas que se tengan en algunas empresas del grupo sean amortizadas de inmediato contra las utilidades de otras empresas integrantes del mismo.

Esto es, bajo este esquema una empresa no tiene que esperar a que en lo individual genere utilidades para amortizar sus pérdidas sufridas en años anteriores, situación que puede generar beneficios financieros adicionales para el grupo. En caso de que se incurra en una pérdida consolidada, ésta se podrá amortizar contra la utilidad fiscal consolidada que se obtenga en ejercicios futuros.

En caso de que las sociedades controladas hayan incurrido en pérdidas fiscales en ejercicios anteriores a aquél en que reciban la autorización para empezar a determinar sus resultados fiscales de manera consolidada, el importe de dichas pérdidas podrá disminuirse de la base para la determinación del resultado fiscal consolidado, hasta por el importe de la utilidad fiscal que genere en lo individual la sociedad controlada.

Por otra parte, este régimen permite el libre flujo de dividendos entre las empresas que conforman el grupo consolidado, sin tener que pagar el impuesto sobre la renta hasta que dichos recursos sean distribuidos a personas ajenas a la consolidación.

Por ello, se establece en este régimen la constitución de una CUFIN consolidada, contra la cual se aplican los dividendos que se paguen por la controladora.

Cabe señalar que el beneficio del libre flujo de dividendos sin el pago de impuesto, se aprovechará por la empresa controladora o por las sociedades controladas, hasta el porcentaje en que se lleve a cabo la consolidación (porcentaje de participación de la sociedad controladora en el capital social de las controladas).

Por lo que respecta a los flujos de impuestos por dividendos que no correspondan a la consolidación, deberá pagarse el impuesto sobre la renta que en su caso se genere directamente a las autoridades fiscales y siempre que no se tenga saldo de CUFIN en la controlada, situación que se denominará como pago del impuesto por el interés minoritario.

Otra ventaja del régimen de consolidación es que permite efectuar los pagos provisionales y el impuesto anual en forma consolidada. Para tal efecto, las sociedades controladas deberán calcular el impuesto que les corresponda en lo individual, y en lugar de pagarlo a las autoridades fiscales, deberán entregarlo a la sociedad controladora en el porcentaje de participación accionaria que ésta tenga en la empresa controlada. La parte del pago provisional y del impuesto anual que corresponda al interés minoritario, deberá pagarse directamente como impuesto al fisco federal.

Lo anterior tiene como ventaja centralizar la tesorería del Grupo para llevar a cabo el pago de los impuestos. Si el pago provisional consolidado resulta inferior a los determinados individualmente, la controladora gozará de

flujos de efectivo sin costo financiero, debido a los recursos canalizados por sus controladas.

Como se puede observar, la consolidación fiscal conlleva diversas ventajas que se traducen en ahorro de impuestos, sin que la misma pueda provocar una mayor carga fiscal para las empresas del grupo.

Desventajas

Una vez autorizado el régimen, la obligación de consolidar es prácticamente irreversible, salvo que se cuente con autorización previa del Servicio de Administración Tributaria, la cual sólo puede obtenerse después de cinco años de permanecer en el régimen.

Reforma el régimen en el ejercicio de 2010

En términos generales el régimen de consolidación fiscal que se tenía vigente hasta el ejercicio de 2009 preveía un diferimiento del impuesto de forma permanente, hasta que se dieran cualquiera de los siguientes supuestos: i) se desincorporara una sociedad controlada, ii) se desconsolidara el Grupo, o bien, iii) se efectuara una variación en la participación de una sociedad controlada.

El 7 de diciembre de 2009, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, entre otros, el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones a la Ley del Impuesto sobre la Renta para el ejercicio fiscal de 2010.

Entre las reformas aprobadas destacan las modificaciones efectuadas al régimen de consolidación fiscal vigente, que incorporan un nuevo supuesto

por el que los contribuyentes se encontrarán obligados a enterar al Fisco Federal, los impuestos que, hubieran diferido por la aplicación del régimen de consolidación fiscal.

En este sentido a partir del ejercicio de 2010 las sociedades controladoras deben enterar el impuesto diferido correspondiente al sexto ejercicio fiscal anterior, atendiendo para tales efectos a los procedimientos previstos en la Ley del Impuesto sobre la Renta, o bien, en sus Disposiciones Transitorias.

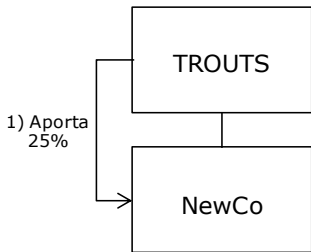
En el caso particular, si se optará por utilizar esta alternativa sería necesario valorar la conveniencia del mismo, considerando que el impuesto que se llegue a diferir en la consolidación se tendría que determinar y enterar en el sexto ejercicio posterior a aquél en el que se generó.

Para efectos de implementar la alternativa consistente en utilizar el régimen de consolidación se tendrían que llevar los siguientes pasos:

- Paso 1 - Constitución de NewCo

Para efectos de llevar a cabo la incorporación de las Compañías al régimen de consolidación, TROUTS tendría que constituir una sociedad residente para efectos fiscales en México (en adelante NewCo), a la cual le sería aportado el 25% del valor de las acciones de PUBASA.

El paso anterior, se puede ejemplificar de la siguiente manera:



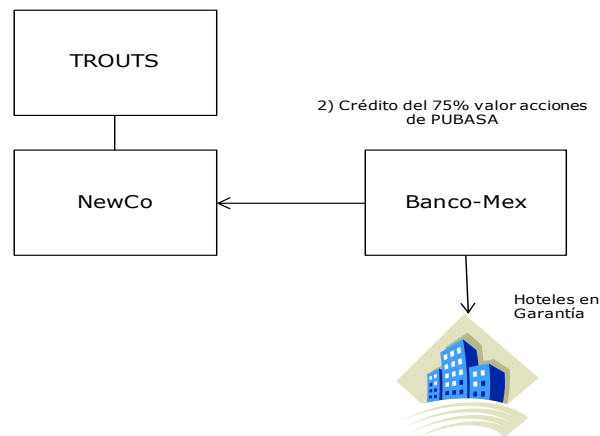
- Paso 2 – Solicitud de préstamo

El segundo paso consistiría en la obtención de un crédito por parte de NewCo solicitado a un Banco en México, por el 75% del valor de las acciones de PUBASA.

Como se señaló en el apartado de Antecedentes, tenemos entendido que el Banco solicitaría que el crédito estuviera garantizado a través de la hipoteca de los HOTELES.

Para estos efectos, TROUTS solicitaría a PUBASA que fungiera como su aval en el crédito que sería otorgado por el Banco, garantizando el mismo con los HOTELES, lo anterior sería muy viable llevarlo a cabo, ya que entendemos las partes están en la mejor disposición de llevar a cabo la venta de los HOTELES, por lo que para efectos de lo anterior, consideramos no existiría ninguna objeción por parte de HYDESA o PUBASA de garantizar el préstamo con los HOTELES.

El paso anterior, se puede ejemplificar de la siguiente manera:



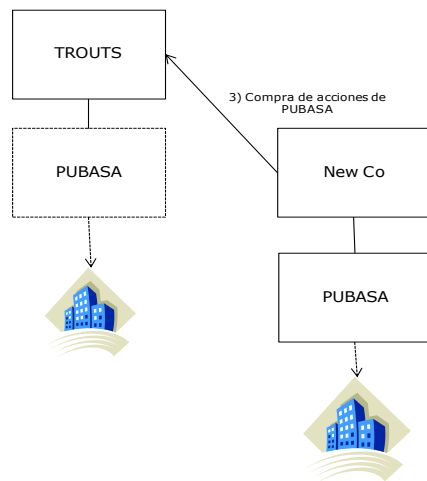
- Paso 3 – Compra de acciones de PUBASA

Posterior a la obtención del crédito, NewCo realizaría la adquisición de las acciones de PUBASA, con lo cual HYDESA recibiría el 100% del precio de venta acordado con TROUTS para la adquisición de los HOTELES, mediante la adquisición de las acciones de PUBASA.

Con lo anterior, se lograría cumplir con una condición más acordada entre las partes, la cual consiste en que la adquisición de los HOTELES se realice mediante la adquisición de las acciones de PUBASA.

Es importante mencionar que las implicaciones fiscales que se derivarían para HYDESA por la venta de las acciones de PUBASA no son analizadas, toda vez que nos son objeto del presente.

El paso anterior, se puede ejemplificar de la siguiente manera:



- Paso 4 – Solicitud de autorización para consolidar

Por último NewCo sería la encargada de actuar como sociedad controladora, y PUBASA como sociedad controlada dentro del Grupo de

consolidación, para lo cual tendría que solicitar dicha autorización ante las autoridades fiscales, cumpliendo con las obligaciones formales previstas en las disposiciones fiscales para tales efectos.

Una vez que haya sido autorizado el régimen de consolidación, el mismo funcionará dentro del Grupo, considerando que es muy probable que NewCo genera pérdidas fiscales a nivel individual considerando que el monto que pagaría de intereses, los cuales serían un concepto deducibles, serían superiores los ingresos que pudiera generar.

Asimismo, por lo que se refiere a PUBASA la misma generaría ingresos acumulables por la operación de los HOTELES, y con esto determinaría probablemente una utilidad fiscal a nivel individual.

No obstante como ya se mencionó, en el régimen de consolidación se debe determinar un resultado fiscal consolidado, es decir, la sociedad controladora deberá considerar las utilidades y/o pérdidas fiscales generadas por sus sociedades controladas y por ella misma a nivel individual.

Por lo anterior, las pérdidas fiscales que serían generadas por NewCo podrían ser disminuidas contra las utilidades fiscales generadas por PUBASA, para efectos de determinar el resultado fiscal consolidado, y con esto neutralizar la carga tributaria dentro del Grupo.

Sin embargo, será necesario analizar alternativas alternas que se pudieran implementar dentro del Grupo en consolidación, para los siguientes años con objeto de eficientar el impuesto diferido que se comience a generar en el mismo.

Con ésta alternativa, en principio no se estaría cumpliendo con la condición que nos fue planteada relativa a que PUBASA fuera la que tomara la deducción del pago de intereses, y llevara a cabo el pago de la deuda con los recursos que obtuviera por la operación de los HOTELES.

No obstante, como ya se comentó el resultado final a nivel del impuesto determinado dentro por el Grupo en consolidación, sería muy parecido a la condición acordada entre las partes, ya que como se señaló anteriormente, las utilidades que generara una sociedad podrían ser disminuidas con las pérdidas fiscales de la otra, además de las posibles ventajas que representa estar en el régimen de consolidación como lo es, entre otros, el libre flujo de dividendos.

Otras consideraciones

- *Simulación*

El artículo 109, fracción IV del Código Fiscal de la Federación prevé que será sancionado con las mismas penas del delito de defraudación fiscal a quien simule uno o más actos o contratos obteniendo un beneficio indebido con perjuicio del fisco federal.

En nuestra opinión, las alternativas antes señaladas no contienen el elemento de simulación en su realización, ya que se ejecuta a través de la realización de actos jurídicos reales y válidos, toda vez que las operaciones que se realizan están permitidas en ley, por lo que no deben calificarse como defraudatorias.

De lo anterior, cabe referirnos al artículo 2180 del Código Civil en el que se establece textualmente que "es simulado el acto en que las partes declaren o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas".

De igual forma, el propio Código reconoce dos tipos de simulaciones, mismas que se encuentran descritas en su artículo 2181, como:

- i) Absoluta: Cuando el acto simulado nada tiene de real; y
- ii) Relativa: Cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter.

En este sentido, conforme a nuestra legislación civil federal, así como conforme a los criterios adoptados por nuestros Tribunales Federales, el concepto de simulación se configura cuando conscientemente se declara una supuesta voluntad de las partes con el propósito de engañar a un tercero, creando un negocio jurídico que en realidad no existe o, en su caso, es distinto a aquél que ocultamente celebran las partes.

Somos de la opinión que las alternativas en estudio no deben de considerarse como defraudatorias en los términos de simulación señalados en el Código Fiscal de la Federación, toda vez que las mismas no pretenden fingir la realización de un acto o contrato o hacerlo parecer como uno distinto al realmente acordado por las partes, sino que son actos reales, válidos y legales entre las partes, toda vez que TROUTS cumpliría con todas las obligaciones que se generen dependiendo de la alternativa elegida.

Es decir, el instrumentar y documentar mediante actas, contratos y demás documentos los distintos pasos previstos en cada una de las alternativas propuestas, muestra la verdadera intención de las partes de realizar la venta de las acciones de PUBASA con lo cual lo que se busca es precisamente adquirir los HOTELES, sin buscar fingir o disfrazar un acto distinto al realmente acordado por las partes.

No dejamos de advertir que los criterios antes vertidos podrían no ser compartidos por las autoridades fiscales, no obstante creemos que existen medios de defensa suficientes para obtener una resolución favorable del mismo, en caso de que tuviera que ser dirimido en instancias legales, sin embargo como en el caso de cualquier litigio no estamos en posibilidad de garantizar el resultado.

Sin más por el momento, quedamos a sus órdenes para cualquiera aclaración o ampliación que requieras en relación con el contenido del presente.

A t e n t a m e n t e,

L.C.P. Javier Alberto González Franco