



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública, bajo

acuerdo número 974181 de fecha 15 de julio de 1997

Enajenación de Bienes por Fusión para Efectos Fiscales

Tesis que para obtener el grado de

Maestro en Derecho Fiscal

Sustenta el

C.P. Enrique Cevallos Orvañanos

Director de la Tesis

Dr. Guillermo Antonio Tenorio Cueto

Índice

I. Introducción	3
II. Desarrollo	4
1. Aspectos jurídicos de la fusión	4
i. Concepto	4
ii. Efectos mercantiles	8
iii. Tipos de fusión	11
iv. Procedimiento y formalidades	12
a) Aprobación del último balance	13
b) Celebración del acuerdo de fusión	14
c) Celebración de las Asambleas Generales Extraordinarias de accionistas en las que conste la fusión	14
d) Protocolización de las actas de fusión	15
e) Publicaciones	15
f) Surtimiento de efectos	16
2. Efectos fiscales	19
i. Régimen aplicable hasta 1991	20
ii. Régimen aplicable de 1992 a 2003	22
iii. Régimen actual	25
a) Aviso de fusión	30
b) Actividades fusionante	31
c) Declaraciones sociedades fusionadas	32
d) Autorización 5 ejercicios	33
III. Conclusiones	35
IV. Bibliografía	36
V. Caso Práctico “Trouts Hotels Inc.”	39

I. Introducción

La fusión de sociedades es un tema actual y de gran interés ya que es una figura muy usada para llevar a cabo reestructuras corporativas que ayudan a mejorar y simplificar la operación y administración de las empresas mediante la optimización de los recursos y la generación de sinergias, entre otros beneficios.

Como parte de la resolución del caso “Trousts Hotels, Inc.”, propuse dos alternativas que pudieran implementarse para estructurar una operación de compra de acciones emitidas por una sociedad residente en México para efectos fiscales, de manera tal que esta última se encontrara en posibilidad de absorber y deducir para la determinación del impuesto sobre la renta a su cargo los intereses derivados del financiamiento que sería contratado para su adquisición.

Al respecto, es importante mencionar que por distintos motivos ambas alternativas contemplaban el llevar a cabo una fusión entre sociedades residentes en México para efectos fiscales.

En el primer caso (Alternativa A), el propósito de la fusión consistió en transmitir a la sociedad operativa el pasivo contratado para llevar a cabo su adquisición. En el segundo caso (Alternativa B), la finalidad de la fusión fue agrupar a los vehículos que fueron segregados de la sociedad operativa en una sola entidad que concentraría los recursos de la venta, para su administración y posterior distribución a favor de sus accionistas.

Derivado de lo anterior, el objeto de la presente tesina consiste en analizar el régimen fiscal que resulta aplicable en México para la fusión de sociedades mexicanas, en específico por lo que se refiere a las disposiciones fiscales que regulan el tratamiento aplicable a los bienes transmitidos con motivo de una fusión.

II. Desarrollo

Antes de analizar el régimen fiscal que resulta aplicable en México para la fusión de sociedades, en un primer término resulta indispensable analizar su naturaleza jurídica partiendo por su concepto, sus efectos en el ámbito mercantil, los tipos de fusiones que existen, así como los procedimientos y formalidades que deben cumplirse de conformidad con las disposiciones legales aplicables.

1. Aspectos jurídicos de la fusión

i. Concepto

La fusión de sociedades se encuentra regulada en los artículos 222 a 226 del Capítulo IX de la Ley General de Sociedades Mercantiles “De la Fusión, Transformación y Escisión de las Sociedades”.

Sin embargo, dentro de los artículos contenidos en el citado capítulo, la Ley General de Sociedades Mercantiles no prevé una definición asentada de lo que debe entenderse por fusión.

En realidad, el Capítulo IX de la Ley General de Sociedades Mercantiles describe el procedimiento conforme al cual deben llevarse a cabo las fusiones y transformaciones de las sociedades mercantiles, dando por sentado el conocimiento de su significado, sin brindar más detalles al respecto.

Al acudir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española¹ puede observarse que en relación con el término “fusión”, el mismo contempla la siguiente definición:

¹ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Editorial Espasa Calpe, España, 2001, Vigésima Segunda Edición

Fusión: *“Efecto de fundir o fundirse. Unión de intereses, ideas o partidos que antes estaban en pugna”*.

Fundir: *“Reducir a una sola dos o más cosas diferentes”*.

De un análisis a las definiciones anteriores, tampoco es posible desprender acertadamente lo que debe entenderse por fusión de sociedades, y por ende, mucho menos identificar los posibles efectos o implicaciones que en materia mercantil pudieran derivarse en virtud de dicho acto.

En otras palabras, el término fusión en sí mismo es tan explícito que cualquier persona lo puede entender sin menor dificultad, ya que la primera idea resulta de este concepto, es la unión de dos o más cosas.

Sin embargo, como lo exponen Humberto y Joaquín Rodríguez Domínguez, “jurídicamente esta idea primaria es insuficiente para entender cabalmente las consecuencias de la fusión, ya que pudiera pensarse que la unión de dos o más personas no afecta la individualidad de cada una de ellas, así como que tampoco influye en la existencia de las mismas, cosa por demás incierta, pues la fusión implica la extinción de una o más de las sociedades unidas y doctrinariamente se considera que la fusión es una forma especial de disolución de las sociedades”².

Derivado de lo anterior, a fin de establecer una definición del concepto de “fusión”, resulta necesario recurrir a la doctrina jurídica, la cual expresamente contempla a “la fusión como una figura exclusiva de las sociedades mercantiles, al no existir el caso de una

² RODRIGUEZ DOMINGUEZ, Humberto y Joaquín, El Tratamiento Fiscal de los Contratos, Editora y Distribuidora Rodom, S.A., México, 1975, p. 178

persona física con un negocio que se fusione con una sociedad o de una asociación civil que se fusione con una sociedad mercantil”³.

En palabras del jurista Mantilla Molina, la fusión “es un caso especial de disolución de sociedades mediante la cual una sociedad se extingue por la transmisión total de su patrimonio a otra sociedad preexistente o que se constituye con las aportaciones de los patrimonios de dos o más sociedades que en ella se fusionan”⁴.

Por su parte, Joaquín Rodríguez y Rodríguez habla del término fusión aludiendo a un fenómeno de mezcla de empresas sociales, tratándose de la absorción íntegra por una sociedad, nueva o ya existente, del patrimonio de otra u otras sociedades, consistiendo en la unión jurídica de varias organizaciones sociales que se compenetran recíprocamente para que una organización jurídicamente unitaria, sustituya a una pluralidad de organizaciones⁵.

Otro estudioso del tema, Jorge Barrera Graf, menciona que la fusión es “un negocio corporativo, complejo, de naturaleza contractual, *sui generis*, que se desarrolla en diversas etapas sucesivas y cuyos efectos consisten en la sucesión universal del activo y del pasivo de la o de las sociedades fusionadas a favor de la fusionante, lo cual, además, implica el paso y la adición de los socios de aquéllas, a las de ésta, generalmente mediante aumento de su capital social; y que consiste, por otra parte, en la extinción de la o las fusionadas, ya sea para incorporarse a otra que existe (fusión por incorporación), o para integrar y constituir una sociedad nueva (fusión por integración).”⁶

³ DEL TORO ROVIRA, Roberto, Estudio sobre Fusiones y Adquisiciones, Ed. Instituto Mexicano de Contadores Públicos, México, 1992, pp. 2-3

⁴ MANTILLA MOLINA, Roberto, Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, S.A., México, 1966, p. 434

⁵ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín, Derecho Mercantil, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., México 1966, p. 215

⁶ BARRERA GRAF, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, S.A., México, 1989, pp. 692 y 693

Por su parte, Joaquín Garrigues considera que “la fusión es la transmisión del patrimonio entero de una sociedad a otra, a cambio de acciones que entrega la sociedad que recibe ese patrimonio. Mas, según que la disolución afecte a ambas (o varias) sociedades o a una sola, se distingue entre fusión propiamente dicha y absorción o incorporación”⁷.

En la primera forma, las sociedades que se fusionan se disuelven, viniendo a constituir con sus respectivos patrimonios una nueva sociedad.

En la segunda forma, hay una sociedad que se disuelve y transfiere íntegramente su patrimonio a otra, recibiendo de ella acciones como contraprestación.

Como puede apreciarse, las definiciones anteriores coinciden que la fusión es una unión de empresas mediante la cual una o varias sociedades llamadas fusionadas transmiten a una sociedad existente o a una sociedad de nueva creación que subsiste, llamada fusionante, la totalidad de patrimonio.

La transmisión del patrimonio de las sociedades fusionadas a favor de la sociedad fusionante implica que esta última se convierta en titular de todos los bienes y obligaciones que le son transmitidos por virtud de la fusión.

Es decir, por virtud de una fusión la sociedad fusionante adquiere el carácter de propietario de todos los bienes que le son transmitidos, y a su vez asume el carácter de deudor respecto de la totalidad de las deudas y demás obligaciones que también le sean transmitidas.

⁷ GARRIGUES, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, p. 610

Asimismo, como consecuencia de una fusión las sociedades fusionadas desaparecen y los accionistas de éstas suscriben nuevas acciones de la sociedad fusionante, como resultado del aumento de capital que se da en dicha sociedad.

ii. Efectos mercantiles

Existen varias teorías adoptadas por la doctrina que pretenden explicar los efectos mercantiles de la fusión de sociedades, las cuales han tratado de establecer aquellos efectos jurídicos inherentes a dicho acto:

a) Teoría de la Sucesión Universal: Concibe que la fusión de sociedades implica la transmisión de un patrimonio social, considerando como un solo título jurídico con todas sus relaciones, derechos y obligaciones, a otra sociedad que surge o permanece como consecuencia de la fusión y que responde con todo su patrimonio ahora formado por el de los entes absorbidos y en el caso de la fusión por incorporación con el suyo propio; frente a todas las relaciones de su nuevo patrimonio⁸.

b) Teoría del Acto Corporativo: Plantea que las sociedades que se fusionan no desaparecen, porque el vínculo social continúa en un vínculo diverso, integrada en una misma unidad orgánica en la que los socios, capitales, acreedores, deudores y negocios son los mismos que los de las sociedades fusionadas.

“Lo que sucede es que los entes que se compenetran, modifican su estructura interna debida al negocio que se realiza y hace que éstos participen en la creación de un nuevo modo de ser de la corporación”⁹.

⁸ GÓMEZ COTERO, José de Jesús, *Fusión y Escisión de Sociedades Mercantiles*, Ed. Themis, 5ta. Edición, México, 1998, pp. 5 y 6

⁹ Ibid p. 6

c) Teoría de la Disolución: Considera que la fusión es una forma de disolución voluntaria de sociedades en las que éstas se extinguen por virtud de la incorporación o integración jurídica que otra sociedad ejerce respecto de la primera, sin que exista una liquidación¹⁰.

d) Teoría Contractual: Los expositores de esta teoría, ampliamente aceptada por los tratadistas del tema, señalan que la fusión de sociedades se da en dos momentos principales:

- 1) El acuerdo de asamblea de cada una de las sociedades que proponen su fusión.

El acuerdo de la asamblea de cada una de las sociedades participantes, es una declaración unilateral de los entes que van a fusionarse en el que la asamblea social resuelve sobre la fusión propuesta, sin que esta resolución implique alguna obligación para con las demás sociedades ya que su eficacia se agota en las relaciones internas de los entes de los cuales emana.

- 2) El acto de fusión por los representantes legales de las sociedades participantes.

Una vez configurada la voluntad de cada uno de los entes participantes, surge el acto de fusión que a decir de Vázquez del Mercado¹¹ “es un negocio bilateral celebrado en ejecución de la voluntad de las asambleas, por los representantes legales de las sociedades participantes en la fusión.”

Así las cosas, en el contrato de fusión por incorporación hay una absorción por parte del fusionante del patrimonio de la fusionada, y en el caso de la fusión por integración hay una constitución de una nueva sociedad a la que las fusionadas transmiten sus relaciones.

¹⁰ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín, Derecho Mercantil, Tomo I, Op. Cit. p. 215

¹¹ VÁZQUEZ DEL MERCADO, Óscar, Asambleas, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles, Ed. Porrúa, 5ta ed., México, 1996, p. 314

La fusión, nos dice Vázquez del Mercado, tiene efectos de extinción y organización porque las sociedades que se fusionan dejan de existir como organizaciones autónomas y al mismo tiempo surge una nueva organización absorbiendo en sí a las sociedades que participan en ella.¹²

De un análisis a las teorías antes mencionadas puede concluirse que la fusión consiste en un contrato, cuyo objetivo es la unión de sociedades, pudiendo revestir consecuencias distintas según se trate de una fusión por absorción o por integración, bien porque se dé una modificación en la estructura interna de la fusionante, o porque se dé la creación de una nueva sociedad, la que según sea el caso adquiriera el patrimonio de las fusionadas.

En este sentido, como todo contrato, la fusión requiere de un acuerdo de voluntades, que se forma con el acuerdo de fusión adoptado por cada una de las sociedades participantes y que se exterioriza a través de sus representantes a concretizar el acto de fusión.

En el acuerdo de voluntades correspondiente, las partes deberán estipular las bases conforme a las cuales se llevará a cabo la transmisión del activo, pasivo y capital de la sociedad fusionada a la fusionante, así como la fecha en la cual dicho acto se llevará a cabo.

Al respecto, es importante mencionar que toda fusión es regida por la figura de la causahabencia, principio establecido en nuestro sistema jurídico por virtud de la cual se transmiten los bienes, derechos y obligaciones por una persona llamada causante, a otra llamada causahabiente, como ocurre en el caso de la fusión por absorción o incorporación.

¹² Ibidem

Cabe referirse al Diccionario Jurídico de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en el cual se define al causahabiente de la siguiente manera¹³:

"Persona que ha sucedido o se ha subrogado por cualquier otro título en el derecho de otra u otras. Junto a las partes, en determinados actos jurídicos, están aquellas personas que por un acontecimiento posterior a la realización del mismo, adquieren en forma derivada los derechos y obligaciones de quienes fueron sus autores. A aquéllos se les conoce con el nombre de causahabientes, a éstos con el de causantes."

Con base en lo anterior, una de las consecuencias de la fusión consiste precisamente en la transmisión de todos los bienes, derechos y obligaciones de las sociedades fusionadas a la sociedad que subsistiera o a otra nueva (sociedad fusionante), siguiendo el principio jurídico de causahabencia contemplado en nuestra legislación.

iii. Tipos de fusión

Diversos autores contemplan distintas clasificaciones de fusiones, ya sea por la relación que guardan las sociedades involucradas en la fusión, como es el caso de las fusiones laterales, ascendentes o descendentes, o bien, por la razón de negocios de la misma, como es el caso de la fusión de conglomerado¹⁴.

Desde un punto de vista mercantil, el artículo 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles hace referencia en su último párrafo a "la sociedad que subsista o la que resulte de la fusión". Por otra parte, el artículo 226 de la misma ley menciona que "cuando de la fusión de varias sociedades haya de resultar una distinta...".

¹³ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2007, Tomo 1

¹⁴ STEVENSON, Richard A., Fundamentos de Finanzas, Mc Graw Hill, México, 1980, pp. 389 a 391

Derivado de las disposiciones anteriores y por las condiciones en que en la práctica se llevan a cabo, la doctrina coincide en que desde el punto de vista jurídico, existen dos tipos de fusión de sociedades:

- Fusión pura o propiamente dicha, también llamada fusión por integración
- Fusión por incorporación o absorción

En el caso de la primera, dos o más sociedades se unen para formar una nueva sociedad, transmitiéndole a ésta todos sus recursos. La nueva sociedad representará la suma de los patrimonios de las sociedades que desaparecen.

En la fusión por absorción, los recursos de una sociedad que desaparece (fusionada) se incorporan en su totalidad a otra sociedad ya existente (fusionante), pudiendo haber un incremento en el capital de la sociedad que absorbe a la otra pero no necesariamente, pues la que subsiste puede ser dueña de la que desaparece y, en dado caso, no se incrementa el capital de la primera.

iv. Procedimiento y formalidades

La fusión de sociedades involucra un proceso largo y complicado que se compone de diversas etapas, en el que intervienen todos los órganos de las sociedades que se someterán a ella, así como los acreedores, principalmente de los entes que se fusionan y que han de desaparecer.

Conforme al artículo 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la fusión debe ser resuelta mediante la asamblea general extraordinaria de accionistas y debido a que dicho proceso implica la integración de dos o más sociedades, debe existir un convenio previo o una negociación anterior llevada a cabo por los órganos de representación de cada

empresa o por sus diversos socios, ya que una sociedad no puede tomar el acuerdo de fusión, sin que la otra sociedad esté dispuesta a llevarla a cabo.

Derivado de lo anterior, el artículo 223 de la Ley General de Sociedades Mercantiles hace referencia a un acuerdo de fusión que deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio, y que aunque no se prevé de forma expresa, suele tratarse de un contrato de naturaleza corporativa¹⁵ y suele incluirse en los proyectos de fusión entre las sociedades que se fusionan, pudiendo ser muy variado su contenido.

En adición a lo anterior, el artículo 223 de la misma ley señala que en la fusión deberá contarse con un último balance que se hará público en el Periódico Oficial de las sociedades que vayan a fusionarse y, en el caso de las sociedades que desaparezcan con motivo de la fusión, se deberá publicar además el sistema de extinción de su pasivo.

Por su parte, el artículo 224 de dicha ley establece que la fusión no podrá tener efectos sino tres meses después de haber efectuado la inscripción en el Registro Público de Comercio y durante dicho plazo los acreedores de la sociedad podrán oponerse a la fusión, suspendiéndose dicho acto hasta que se declare infundada la oposición.

Con base en lo anterior, el proceso de fusión conlleva las siguientes etapas:

a) Aprobación del último balance

Derivado de la información financiera que debe llevar la sociedad y conforme lo dispuesto en la legislación mercantil, el balance correspondiente al último ejercicio social de las sociedades involucradas en la fusión debe ser aprobado por la asamblea general de accionistas.

¹⁵ BARRERA GRAF, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, Op. Cit. pp. 692 y 693.

Asimismo, es conveniente practicar un “balance especial de la fusión”¹⁶ previamente a la celebración del acuerdo de fusión, que servirá de base para dicho acto, siendo de especial importancia que en él se presente la relación de los acreedores para que, en su caso, ejerciten el derecho de oposición que la ley les concede.

b) Celebración del acuerdo de fusión

Una vez aprobados los estados financieros, los representantes de las sociedades involucradas en la fusión, deberán celebrar un acuerdo, en el que consten los términos establecidos para la fusión, mismo que deberá constar en las actas de asamblea de accionistas en las que se resuelva llevar a cabo la fusión.

c) Celebración de las Asambleas Generales Extraordinarias de accionistas en las que conste la fusión

Atendiendo a lo establecido en el artículo 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la fusión con otra sociedad es uno de los asuntos que deben resolver los accionistas de la sociedad en Asamblea Extraordinaria, debiendo estar representadas cuando menos, las tres cuartas partes del capital y tomándose las resoluciones por el voto de las acciones que representen la mitad del capital social.

En este sentido, una vez celebrado el acuerdo de fusión correspondiente, la fusión deberá ser resuelta en la Asamblea Extraordinaria de cada una de las sociedades que intervienen en la fusión y aprobada por los accionistas cuyos votos representen al menos la mitad del capital social.

¹⁶ ARCE GARGOLLO, Javier, Fusión de Sociedades Mercantiles, Ed. Porrúa, México, 2001, p. 23

d) Protocolización de las actas de fusión

Al tener el carácter de extraordinarias, las actas de las asambleas en las que se apruebe la fusión deben protocolizarse ante notario y ser inscritas en el Registro Público de Comercio. Todas las actas de las Asambleas Extraordinarias de las sociedades involucradas en la fusión se protocolizan en un solo instrumento, el cual debe incluir:

- Los antecedentes de las sociedades, acreditando su existencia legal, validez y eficacia del acuerdo de fusión
- Convocatorias a las asambleas
- Actas de cada una de las asambleas, ya sea las transcritas en el libro de actas, o en hojas sueltas con la firma del Presidente y Secretario
- Lista de asistencia y cartas poder o representación de los asistentes a las asambleas
- Es conveniente incluir las publicaciones del último balance y la forma de extinción del pasivo de las sociedades fusionadas

e) Publicaciones

El artículo 223 de La Ley General de Sociedades Mercantiles establece que las sociedades que se fusionan deberán publicar en el Periódico Oficial de las sociedades que se fusionan, el acuerdo de fusión junto con su último balance. Las sociedades que desaparezcan con motivo de la fusión, además deberán publicar la forma en que se llevará a cabo la extinción de su pasivo.

Cabe aclarar que el periódico oficial del domicilio de las sociedades que participarán en la fusión corresponde al Estado en el que tenga el domicilio cada sociedad.

Cabe enfatizar que la finalidad de la publicidad es que durante un plazo de tres meses contados a partir de la inscripción de la fusión en el Registro Público de Comercio, los

acreedores (tanto de la fusionante como de las fusionadas) puedan oponerse a la fusión, siempre y cuando dicha oposición esté debidamente fundada, la cual involucra la suspensión de la fusión hasta que el juez dicte la sentencia que la declare fundada o infundada.

Una vez transcurrido el plazo señalado sin que se haya formulado oposición, podrá llevarse a cabo la fusión, y la sociedad que subsista o la que resulte de la fusión, tomará a su cargo los derechos y obligaciones de las sociedades que desaparecen.

f) Surtimiento de efectos

El artículo 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que la fusión no podrá tener efectos sino tres meses después de haberse efectuado la inscripción del acuerdo de fusión en el Registro Público de Comercio, plazo durante el cual cualquier acreedor de las sociedades que se fusionan podrá oponerse judicialmente en la vía sumaria, a la fusión.

Transcurrido dicho plazo, la sociedad que subsista o la que resulte de la fusión, tomará a cargo los derechos y las obligaciones de las sociedades extinguidas.

No obstante lo anterior, el artículo 225 de la Ley General de Sociedades Mercantiles prevé que la fusión podrá tener efectos en el momento de la inscripción en el Registro Público de Comercio, siempre que se pacte el pago de las deudas de las sociedades que se fusionen, se constituya el depósito de su importe a una institución de crédito, o todos los acreedores den su consentimiento.

Es decir, una fusión podrá tener efectos incluso en el momento de la propia inscripción en el Registro Público de Comercio, siempre que se garantice a los acreedores de la sociedad fusionada el pago o intención de pago de los importes adeudados mediante las formas previstas en dicho artículo 225.

Así, tanto el plazo de tres meses como el registro del acuerdo y su publicación en el diario de mayor circulación, es para hacer valer el derecho de oposición que pudieran tener acreedores y otros terceros, para oponerse al acto de fusión.

Derivado de lo anterior, de una interpretación de las disposiciones previstas en la Ley General de Sociedades Mercantiles es posible concluir sobre los momentos en los cuales debe considerarse que surte efectos una fusión ante terceros, lo cual será necesariamente, según sea el caso, en cualquiera de los siguientes momentos:

- Una vez transcurrido un plazo de tres meses posteriores a la inscripción de los acuerdos de fusión en el Registro Público de Comercio y publicado en el periódico de mayor circulación y sólo si no existe oposición alguna de los acreedores de la sociedad, o bien
- En el momento de inscripción en el Registro Público de Comercio, siempre que se pacte el pago de todas las deudas de las sociedades que se fusionen o se constituya el depósito de su importe en una institución de crédito

Con objeto de determinar el efecto que genera entre las partes y ante terceros el inscribir en el Registro Público de Comercio el acuerdo de fusión, consideramos conveniente citar al maestro Guillermo Colín Sánchez¹⁷, quien señala en su obra “Procedimiento Registral de la Propiedad”, que la palabra “registro” significa la anotación o inscripción que se realiza sobre alguna cosa y que también con ello se alude al libro o libros en donde se llevan las anotaciones. Por último, con el término "registro" se hace referencia a la oficina encargada de realizar las anotaciones o asientos.

¹⁷ COLIN SÁNCHEZ, Guillermo, Procedimiento Registral de la Propiedad, Editorial Porrúa, 6ª Edición, 2006, México, D.F., p. 5

Continúa señalando el maestro en su obra que el Registro Público de Comercio se incluye para proporcionar seguridad jurídica a los actos que han adquirido forma, entre otros, a través de un instrumento público autorizado por el notario; esto significa que en la función registral, dicha seguridad se funda en la oportuna publicidad de ciertos actos y situaciones jurídicas, logrando con ello su perfeccionamiento y la consiguiente protección de los derechos inscritos frente a posibles derechos contradictorios, sustraídos a los efectos de dicha publicidad.

No obstante lo hasta aquí analizado, es importante mencionar que aún cuando para efectos mercantiles la fusión surte efectos en los momentos antes mencionados, en la práctica las autoridades fiscales consideran que la fusión surte efectos en los siguientes momentos:

“3/2011/CFF Momento en que se lleva a cabo la fusión, para efectos de la presentación del aviso de cancelación en el Registro Federal de Contribuyentes por fusión de sociedades.

El artículo 14-B, fracción I, inciso a) del Código Fiscal de la Federación establece la obligación de presentar el aviso de fusión de sociedades y el diverso 26, fracción XIII de su Reglamento, señala que con la presentación del aviso de cancelación en el Registro Federal de Contribuyentes por fusión de sociedades, se tendrá por cumplido lo previsto en el citado artículo 14-B.

En consecuencia, para efectos de la presentación del aviso de cancelación en el Registro Federal de Contribuyentes por fusión de sociedades, se considera que la fusión de las personas morales se lleva a cabo en la fecha en que se toma el acuerdo respectivo o, en su caso, en la fecha que se haya señalado en el acuerdo tomado en la asamblea general ordinaria o extraordinaria de accionistas, por ser ésta el órgano supremo de las sociedades mercantiles.

Lo anterior, con fundamento en los artículos 11, segundo párrafo del Código Fiscal de la Federación; 178, 182, fracción VII, 200, 222 y 223 de la Ley General de Sociedades Mercantiles; 21, fracción V del Código de Comercio y, 1o., del Reglamento del Registro Público de Comercio.”

En términos del criterio normativo antes mencionado publicado por el Servicio de Administración Tributaria, para efectos fiscales la autoridad considera que la fusión surte efectos en la fecha en que se toma el acuerdo respectivo o, en su caso, en la fecha que se haya señalado en el acuerdo tomado en la asamblea general ordinaria o extraordinaria de accionistas.

2. Efectos fiscales

Como fue previamente analizado, conforme a la doctrina jurídica la fusión de sociedades implica la unión jurídica de varias organizaciones sociales que se compenetrán 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.

Como ya fue señalado, toda fusión es regida por la figura de la causahabencia, principio establecido en nuestro sistema jurídico por virtud de la cual se transmiten los bienes, derechos y obligaciones por una persona llamada causante (sociedad fusionada), a otra llamada causahabiente (sociedad fusionante), como ocurre en el caso de la fusión por absorción o incorporación.

Con base en lo anterior, la fusión implica la transmisión de todos los bienes, derechos y obligaciones de las sociedades fusionadas a la sociedad que subsistiera o a otra nueva (sociedad fusionante), siguiendo el principio jurídico de causahabencia, por lo que desde

un punto de vista fiscal es necesario determinar si los bienes transmitidos por virtud de una fusión también se consideran enajenados para efectos fiscales.

Lo anterior es de suma importancia, ya que si una fusión implica una enajenación para efectos fiscales, esto daría lugar al reconocimiento de los efectos que en materia de impuestos federales, como es el caso del impuesto sobre la renta, impuesto al valor agregado e impuesto empresarial a tasa única, se derivarían como resultado de dicha enajenación.

Por lo anterior, a continuación se analiza el régimen fiscal aplicable en México para la fusión de sociedades mexicanas, en específico por lo que se refiere a las disposiciones fiscales que regulan el tratamiento aplicable a los bienes transmitidos con motivo de una fusión.

Con objeto de desarrollar el citado análisis, en un primer término se analizará el régimen fiscal que se encontró vigente hasta 1991, así como el régimen aplicable de 1992 a 2003, con objeto de entender cómo han evolucionado las disposiciones fiscales que regulan la transmisión de bienes por virtud de una fusión, y finalmente se analizarán las disposiciones vigentes.

i. Régimen aplicable hasta 1991

Hasta 1991, el Código Fiscal de la Federación establecía en su artículo 14 lo siguiente:

“Artículo 14. Se entiende por enajenación de bienes:

I. Toda transmisión de propiedad, aun en la que el enajenante se reserva el dominio del bien enajenado...”.

Derivado de lo anterior, la transmisión universal de bienes y derechos, incluso aquélla llevada a cabo como resultado de una fusión de sociedades debía ser considerada como una enajenación de bienes para efectos fiscales.

En congruencia con lo anterior, el artículo 17, fracción V de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente en 1991 establecía lo siguiente:

“Para los efectos de este Título (de las sociedades mercantiles) se consideran ingresos acumulables, además de los señalados en otros artículos de esta Ley, los siguientes:

...

V. ... la ganancia que derive de fusión de sociedades en las que el contribuyente sea socio o accionista.”

Por otra parte, la fracción XVII del artículo 25 de la citada ley, establecía que no serían deducibles:

“Las pérdidas que deriven de fusión, reducción de capital o liquidación de sociedades en las que el contribuyente hubiera adquirido acciones, partes sociales o certificados de aportación patrimonial de las sociedades nacionales de crédito”.

Las disposiciones antes mencionadas previstas tanto en el Código Fiscal de la Federación como en la Ley del Impuesto sobre la Renta regulaban el régimen fiscal aplicable a una fusión de sociedades hasta 1991, sin que en dicho ejercicio se contemplara una excepción para no considerar una fusión de sociedades como una enajenación.

Por lo anterior, conforme a la legislación fiscal vigente hasta 1991 toda fusión, sin excepción, era considerada como una enajenación de bienes para efectos fiscales, por lo

que los contribuyentes se encontraban obligados a determinar la ganancia o pérdida derivada de la enajenación y pagar el impuesto sobre la renta correspondiente.

Lo anterior resultaba sumamente criticable ya que las fusiones en muchas ocasiones tienen como finalidad una reorganización corporativa sin fines de lucro, por lo que resultaba absurdo que los contribuyentes se encontraran sujetos al pago del impuesto sobre la renta por la ganancia derivada de una fusión y, peor aún, imposibilitados a deducir la pérdida fiscal derivada de dicha enajenación.

Es importante mencionar que el régimen fiscal para las fusiones vigente hasta 1991 dejaba a México fuera del contexto internacional, pues la mayoría de los países desarrollados contemplaban en su legislación disposiciones que exceptuaban del tratamiento de enajenación a aquellas fusiones que tienen como finalidad la reorganización corporativa sin fines de lucro.

ii. Régimen aplicable de 1992 a 2003

Consientes de que el régimen fiscal vigente hasta 1991 desincentivaba totalmente el uso de fusiones como un mecanismo para la reorganización de empresas, el Dictamen de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados relativo a las reformas al Código Fiscal de la Federación vigente a partir de 1992 señalaba lo siguiente en lo concerniente a la enajenación de bienes derivada de la fusión de sociedades:

“La Iniciativa en estudio propone no gravar la transmisión de propiedad que se genera como consecuencia de una fusión o escisión de sociedades, toda vez que éstas se realizan para reorganizar empresas con fines de eficiencia económica y considerando que esta medida beneficiará en forma exclusiva a las empresas que realmente pretenden mejorar su organización corporativa, sin obtener un lucro o

evitar el pago de impuestos por dicha transmisión, no existiendo inconveniente para su aprobación...”.

Con base en lo anterior, a partir de 1992 el artículo 14 del Código Fiscal de la Federación se modificó para señalar lo siguiente:

“Artículo 14. Se entiende por enajenación de bienes:

I. Toda transmisión de propiedad aún en la que el enajenante se reserva el dominio del bien enajenado, con excepción de los actos de fusión o escisión a que se refiere el artículo 14-A”.

Para tales efectos, en el mismo año fue adicionado al Código Fiscal de la Federación el artículo 14-A el cual señalaba a la letra lo siguiente:

“Artículo 14-A. Se entiende que no hay enajenación en los siguientes casos:

...

II. En fusión, siempre que los accionistas propietarios de las acciones con derecho a voto de la sociedad que surge con motivo de la misma, no las enajenen durante un periodo de tres años contado a partir del momento en que se efectúe la fusión.

Cuando se realicen varias fusiones o escisiones sucesivas, los periodos señalados para cada fracción concluyen tres años después de efectuado el último acto...”.

Como se aprecia en la disposición anterior, a través del artículo 14-A del Código Fiscal de la Federación se estableció por primera vez una excepción a la regla general prevista en el artículo 14 del citado código para considerar que en la fusión de sociedades no hay enajenación para efectos fiscales, en la medida en que los accionistas de la sociedad fusionante no enajenen sus acciones por un periodo de tres años, lo cual supuestamente

tenía como fin evitar posibles planeaciones fiscales que pudieran involucrar la fusión y posterior venta de las acciones de la sociedad fusionante.

Lo anterior presupone que, como regla general, una fusión implica la enajenación de los bienes transmitidos por virtud de la misma, y sólo como una excepción, el Código Fiscal de la Federación no considera que existe tal enajenación cuando se reúnan los requisitos del artículo 14-A.

En congruencia con la reforma efectuada al Código Fiscal de la Federación, a partir de 1992 el artículo 17 de la Ley del Impuesto sobre la Renta fue modificado para señalar que en los casos de fusión no se considerará ingreso acumulable la ganancia cuando se reúnan los requisitos que establece el artículo 14-A del Código Fiscal de la Federación, siempre que el adquirente de los bienes cumpla con lo dispuesto en la ley respecto de dichos bienes.

Finalmente, cabe señalar que en una fusión en la que no surgiera una sociedad, como es el caso de fusión por incorporación, no se encontraba en el supuesto de excepción a que se refiere el citado artículo 14-A, por lo que la fusión por incorporación no quedaba comprendida, lo cual evidentemente resultaba absurdo ya que no existía un motivo económico o mercantil para tratar a una fusión por integración o por incorporación de forma distinta para efectos fiscales.

No obstante lo anterior, por virtud de la reforma al Código Fiscal de la Federación que entró en vigor en 1992 se dio un paso importante para incentivar el uso de la fusión de sociedades como un medio para la reorganización corporativa, aunque la excepción prevista en el citado artículo 14-A no representara una medida efectiva para evitar el uso de planeaciones fiscales para la venta de empresas, sino que por el contrario limitó excesivamente y sin motivo alguno el llevar a cabo la enajenación de la sociedad fusionante durante un periodo de 3 años.

iii. Régimen actual

Considerando que las reformas efectuadas al Código Fiscal de la Federación que entraron en vigor en 1992 no cumplieron totalmente con el objetivo de incentivar el uso de la fusión para la reorganización de empresas y al mismo tiempo evitar planeaciones fiscales mediante el uso de esta figura, como parte del paquete de reformas para el ejercicio 2004 el Ejecutivo Federal propuso reformar en su totalidad las disposiciones fiscales que regulan los supuestos de excepción para no considerar una fusión como una enajenación para efectos fiscales.

En su exposición de motivos el Ejecutivo Federal expuso lo siguiente:

“Las disposiciones vigentes establecen que no se considera enajenación la transmisión de bienes que se realiza por causa de escisión de sociedades, siempre que se cumplan diversos requisitos de control previstos en el propio Código Fiscal de la Federación. Al respecto, debe señalarse que los requisitos establecidos en la legislación resultan sumamente laxos y han propiciado que algunos contribuyentes disfracen operaciones de enajenación como si fueran escisiones, con el único propósito de evitar el pago del impuesto correspondiente.

...

En congruencia con lo anterior, se proponen requisitos de control para el caso de fusiones o escisiones que se realicen posteriormente, con el objeto de que en las mismas no se varíen los supuestos que permitieron no considerar enajenación a la primera escisión o fusión.”

En respuesta a la propuesta ingresada por el Ejecutivo Federal, la Cámara de Diputados expuso lo siguiente en el dictamen correspondiente:

“Asimismo, esta Comisión Dictaminadora coincide con la propuesta del Ejecutivo Federal en el sentido de aclarar que también se considera enajenación, la que se realice mediante fusión o escisión de sociedades, salvo en los supuestos a que se refiere el artículo 14-B del Código Fiscal de la Federación.

En este orden de ideas, se propone modificar la fracción IX del artículo 14 del Código Fiscal de la Federación propuesto, para establecer el supuesto contenido en la fracción X de dicho Código.

...

En ese sentido, la que dictamina considera correcto el establecimiento de nuevos requisitos, toda vez que estos tienen por objeto limitar la utilización de las figuras de escisión y fusión para los casos en que existen razones de negocios o corporativos y no para evadir el cumplimiento de las obligaciones fiscales mediante la enajenación disfrazada.

...

El artículo 14-B del Código Fiscal de la Federación propuesto establece que las fusiones que se lleven a cabo dentro de los tres años posteriores a la realización de una fusión o escisión, deberán solicitar autorización a las autoridades fiscales con anterioridad a dicha fusión.

Al respecto, esta Dictaminadora considera acertado establecer la limitante señalada en el párrafo que precede. No obstante, el período establecido como limitante se considera reducido como para evitar que los contribuyentes manipulen esta figura con el objeto de llevar a cabo la enajenación de activos, acciones, etc., de una determinada empresa, por lo que esta Dictaminadora estima conveniente ampliar dicho plazo de tres a cinco años.

Ahora bien, la que suscribe estima necesario otorgar a las autoridades fiscales la facultad para poder negar la autorización de llevar a cabo una fusión o escisión de

sociedades, cuando por virtud de la revisión efectuada a la documentación aportada por el contribuyente se desprenda que dicha fusión o escisión se pretende realizar sólo con el objeto de pagar un impuesto menor al que le correspondería pagar y no por razones de carácter mercantil.

De esta manera, las autoridades fiscales tendrían un mayor control del cumplimiento de las obligaciones fiscales de los contribuyentes que utilicen estas figuras jurídicas, cerrando las brechas de elusión y evasión fiscales que actualmente existen.”

Por último, la Cámara de Senadores expuso en su dictamen lo siguiente:

“El artículo 14-B prevé los requisitos para que en caso de fusión o escisión de sociedades no se considere que existe enajenación para efectos fiscales. En el caso de fusión se establece, entre otros requisitos, que con posterioridad a la fusión, la sociedad fusionante continúe realizando la misma actividad preponderante que realizaban ésta y las sociedades fusionadas antes de la fusión, durante un período mínimo de un año inmediato posterior a la fecha en que surtió efectos la fusión. Estas dictaminadoras consideran que no debe sujetarse a dicho requisito en los siguientes supuestos: 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 y, cuando en el ejercicio inmediato anterior a la fusión, la sociedad fusionada o la fusionante, según sea el caso, hayan percibido más del 50% de sus ingresos ya sea de la sociedad fusionante o de la fusionada.”

Después de una serie de modificaciones a lo largo del proceso legislativo a la propuesta original presentada por el Ejecutivo Federal, el 5 de enero de 2004 finalmente se publicó

el Decreto que incluyó las reformas al Código Fiscal de la Federación en materia de fusión y escisión de sociedades.

Si bien la fracción I del artículo 14 del Código Fiscal de la Federación ya contemplaba que se entiende por enajenación de bienes toda transmisión de propiedad, lo cual en un sentido “lato” incluía a la transmisión de bienes llevada a cabo por virtud de una fusión, se reformó el citado artículo para incorporar una nueva fracción que aclarara que como regla general toda fusión se considera una enajenación de bienes para efectos fiscales:

“Artículo 14. Se entiende por enajenación de bienes:

...

IX. La que se realice mediante fusión o escisión de sociedades, excepto en los supuestos a que se refiere el artículo 14-B de este Código.”

Asimismo, se adicionó el artículo 14-B al citado código para regular los casos en los que una fusión o escisión no se consideran una enajenación de bienes para efectos fiscales. Dicha disposición establece en lo conducente lo siguiente:

“Artículo 14-B. Para los efectos de lo dispuesto en el artículo 14, fracción IX, de este Código, se considerará que no hay enajenación en los siguientes casos:

I. 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 de este Código.

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.

...

Cuando dentro de los cinco años posteriores a la realización de una fusión o de una escisión de sociedades, se pretenda realizar una fusión, se deberá solicitar autorización a las autoridades fiscales con anterioridad a dicha fusión. En este caso para comprobar el cumplimiento de los requisitos establecidos en este artículo, los contribuyentes estarán a lo dispuesto en las reglas generales que al efecto expida el Servicio de Administración Tributaria."

Como puede observarse, la reforma al Código Fiscal de la Federación que entró en vigor en 2004 y que continúa vigente al día de hoy, modificó en su totalidad los requisitos

previstos en el citado ordenamiento para que una fusión de sociedades no sea considerada como una enajenación para efectos fiscales.

Es importante mencionar que el requisito de permanencia accionaria que resultaba aplicable a la sociedad fusionante fue eliminado, ya que como señalé anteriormente ésta no era una medida efectiva que evitara planeaciones fiscales para la venta de empresas, sino que por el contrario era una medida rígida que limitaba excesivamente y sin motivo alguno el llevar a cabo la enajenación de la sociedad fusionante durante un periodo de 3 años.

En este contexto, a continuación se analizan cada uno de los requisitos previstos en el artículo 14-B del Código Fiscal de la Federación para considerar que una fusión de sociedades no se considera una enajenación de bienes para efectos fiscales.

a) Aviso de fusión

Durante los primeros años siguientes a la incorporación de este requisito, la sociedad fusionante se encontraba obligada a presentar ante la autoridad correspondiente un escrito mediante el cual se daba aviso de las sociedades involucradas en una fusión de sociedades, acompañando para tales efectos toda la información relativa a la fusión.

Este requisito originalmente fue contemplado como un mecanismo de fiscalización para que las autoridades fiscales contaran con toda la información necesaria para tener un control más adecuado de los contribuyentes que habían participado en un proceso de fusión.

No obstante lo anterior, en el transcurso de los años este requisito se volvió innecesario considerando que las sociedades fusionantes ya se encuentran obligadas a presentar una serie de información al Registro Federal de Contribuyentes con motivo de una fusión.

En consecuencia, en términos de la fracción XVI del artículo 25 del Reglamento del Código Fiscal de la Federación, la obligación de presentar el aviso de fusión a que se refiere el inciso a) antes citado, hoy en día se tiene por cumplida con la presentación del aviso de cancelación en el Registro Federal de Contribuyentes por fusión de sociedades.

Dicho precepto establece que el citado aviso se deberá presentar dentro del mes siguiente a aquél en que se actualice el supuesto jurídico o el hecho que lo motive, previo a la presentación de cualquier trámite que deba realizarse ante el Servicio de Administración Tributaria.

Por su parte, la Resolución Miscelánea Fiscal vigente señala que el aviso de cancelación en el RFC por fusión de sociedades señalado en el artículo 25 del Reglamento del Código Fiscal de la Federación se deberá presentar de acuerdo con la ficha de trámite 94/CFF del Anexo 1-A (Trámites fiscales) de la Resolución Miscelánea Fiscal vigente, donde se señala que para efectos del trámite 94/CFF (Aviso de cancelación en el RFC por fusión de sociedades) se debe cumplir con los requisitos que en el mismo se señalan.

b) Actividades fusionante

El inciso b) del artículo 14-B del Código Fiscal de la Federación establece que con posterioridad a la fusión, la sociedad fusionante deberá continuar 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.

El propósito de este requisito consiste en evitar el uso de fusiones con el propósito de aprovechar los atributos fiscales de sociedades cuando realicen giros distintos, ya que en estos casos la fusión difícilmente contará con sustancia económica que la justifique.

Cabe señalar que hasta el pasado 9 de diciembre de 2011 la Resolución Miscelánea Fiscal establecía que el representante legal de la sociedad fusionante o de la que surgió con motivo de la fusión, dentro de los 30 días siguientes a la conclusión del año a que se refiere dicho inciso, deberá presentar un informe firmado por el contador público registrado que formulará los dictámenes fiscales a que se refiere el artículo 32-A, fracción III del Código Fiscal de la Federación, en el que manifieste, bajo protesta de decir verdad, los términos en que se cumplió el requisito previsto en el citado inciso.

No obstante lo anterior, en la Primera Resolución de Modificaciones a la Resolución Miscelánea Fiscal vigente a partir del 10 de diciembre de 2011 se eliminó la obligación de presentar el citado informe, sin que esto implique que la sociedad fusionante no deba continuar cumpliendo con el requisito previsto en el inciso b) del artículo 14-B del Código Fiscal de la Federación, lo cual generará incertidumbre jurídica ya que se elimina una herramienta importante para demostrar el cumplimiento de este requisito.

c) Declaraciones sociedades fusionadas

Como ya fue señalado, toda fusión es regida por la figura de la causahabencia, principio establecido en nuestro sistema jurídico por virtud de la cual se transmiten los bienes, derechos y obligaciones por una persona llamada causante, a otra llamada causahabiente.

El Código Fiscal de la Federación recoge este principio y establece la obligación para la sociedad fusionante (causahabiente) de presentar 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.

Desde mi punto de vista, el considerar como una enajenación para efectos fiscales a una fusión de sociedades por el simple hecho de no haber presentado las declaraciones correspondientes a las sociedades fusionadas, incluyendo las informativas, resulta un castigo excesivo, por lo que la sanción debiera limitarse a las multas y recargos previstos en el Código Fiscal de la Federación para tales efectos.

d) Autorización 5 ejercicios

El segundo párrafo del referido artículo 14-B establece que cuando dentro de los cinco años posteriores a la realización de una fusión o de una escisión de sociedades se pretenda realizar una fusión, se deberá solicitar autorización a las autoridades fiscales con anterioridad a dicha fusión para que no se considere que existe enajenación de bienes para efectos fiscales; para tales efectos, los contribuyentes estarán a lo dispuesto en las reglas generales que al efecto expida el Servicio de Administración Tributaria a fin de comprobar el cumplimiento de los requisitos señalados en el propio artículo 14-B del Código Fiscal de la Federación.

De conformidad con el dictamen emitido por la Cámara de Diputados en relación con la citada reforma, este requisito le otorgó a las autoridades fiscales la facultad para poder negar la autorización de llevar a cabo una fusión o escisión de sociedades, cuando por virtud de la revisión efectuada a la documentación aportada por el contribuyente se desprenda, a criterio de la autoridad, que dicha fusión o escisión se pretende realizar sólo con el objeto de pagar un impuesto menor al que le correspondería pagar y no por razones de negocios o de carácter mercantil.

Al respecto, resulta muy criticable el hecho de que la citada disposición deje en manos de la autoridad el autorizar que una fusión tenga o no efectos de enajenación para efectos fiscales, ya que esto le permite a la autoridad negar de forma arbitraria una solicitud de autorización de fusión, aún cuando los contribuyentes cumplieran con los demás

requisitos previstos en el Código Fiscal de la Federación para que la fusión no fuera considerada como una enajenación.

A manera de ejemplo, en la práctica si la sociedad fusionante cuenta con pérdidas fiscales pendientes de disminuir, o bien, si las sociedades que participan en la fusión cuentan con atributos fiscales importantes como es el caso de la Cuenta de Utilidad Fiscal Neta (CUFIN) o la Cuenta de Capital de Aportación (CUCA), es común que las autoridades fiscales rechacen las solicitudes de autorización de fusión, asumiendo injustificadamente que la fusión tenía como propósito exclusivo la obtención de un beneficio fiscal.

Lo anterior es muy grave ya que la propia Ley del Impuesto sobre la Renta contempla reglas que limitan el uso de pérdidas fiscales en una fusión, así como la transmisión de atributos fiscales entre las sociedades fusionadas y la fusionante, por lo que la mera existencia de pérdidas fiscales o de saldos en las referidas cuentas no constituye un motivo para negar una solicitud de autorización de fusión.

Afortunadamente, considerando los problemas que causaba este requisito, aunado al hecho de que esto implicaba que los contribuyentes tenían que esperar varios meses hasta obtener la autorización por parte de las autoridades fiscales para llevar a cabo una fusión, las autoridades fiscales publicaron una Regla Miscelánea que contempla la posibilidad de presentar un aviso que sustituye a la solicitud de autorización.

Si bien este aviso vino a reducir significativamente los tiempos para poder llevar a cabo una fusión de sociedades sin que sea considerada como una enajenación fiscal, es importante mencionar que Regla Miscelánea genera incertidumbre jurídica para los contribuyentes, ya que las autoridades en todo momento se reservan su derecho a revisar la información acompañada al citado aviso y pueden determinar que no se cumplieron cabalmente con los requisitos correspondientes y, en consecuencia, que existe una enajenación para efectos fiscales por virtud de la fusión.

III. Conclusiones

La fusión de sociedades es una figura contemplada en nuestra legislación mercantil que desde un punto de vista de negocios sirve para llevar a cabo reestructuras corporativas que ayudan a mejorar y simplificar la operación y administración de las empresas mediante la optimización de los recursos y la generación de sinergias, entre otros beneficios.

Una de las principales consecuencias de una fusión de sociedades es la transmisión de todos los bienes, derechos y obligaciones de las sociedades fusionadas a la sociedad fusionante, por lo que desde un punto de vista fiscal es de suma importancia determinar si los bienes transmitidos por virtud de una fusión se consideran enajenados para efectos fiscales.

De conformidad con el régimen fiscal vigente, como regla general toda fusión es considerada como una enajenación para efectos fiscales.

Sin embargo, las disposiciones fiscales vigentes prevén que una fusión no se considerará como una enajenación de bienes para efectos fiscales en la medida en que se cumpla con una serie de requisitos, los cuales en ciertos casos resultan excesivos.

En los últimos años las autoridades fiscales han emitido reglas administrativas que simplifican y facilitan el cumplimiento de dichos requisitos, sin embargo es importante mencionar que en ciertos casos estas facilidades también generan incertidumbre jurídica, ya que las autoridades fiscales se encuentran en posibilidad de considerar arbitrariamente que los requisitos no han sido cabalmente cumplidos y por tanto existe el riesgo de que una fusión se debe tratar como una enajenación de bienes para efectos fiscales.

* * * * *

IV. Bibliografía

1. Doctrina

ARCE GARGOLLO, Javier, Fusión de Sociedades Mercantiles, Ed. Porrúa, México, 2001

BARRERA GRAF, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, S.A., México, 1989

COLIN SÁNCHEZ, Guillermo, Procedimiento Registral de la Propiedad, Editorial Porrúa, 6ª Edición, México, 2006

DE PINA VARA, Rafael, Derecho Mercantil Mexicano, Ed. Porrúa, México, 1983

DEL TORO ROVIRA, Roberto, Estudio sobre Fusiones y Escisiones, Ed. Instituto Mexicano de Contadores Públicos, México, 1992

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Editorial Espasa Calpe, España, 2001, Vigésima Segunda Edición

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Tomo 1, México, 2007

GARRIGUES, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993

GÓMEZ COTERO, José de Jesús, Fusión y Escisión de Sociedades Mercantiles, Ed. Themis, 5ta ed., México, 1998

LOZANO MOLINA, Tomás, Fusión y Escisión de Sociedades, Ed. Porrúa, México, 2002

MANTILLA MOLINA, Roberto, Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, S.A., México, 1966

MUÑOZ LÓPEZ, Rafael, Estudio Práctico de la Escisión de Sociedades, Ed. Fiscales ISEF, 3ra ed., México, 1997

RODRIGUEZ DOMINGUEZ, Humberto y Joaquín, El Tratamiento Fiscal de los Contratos, Editora y Distribuidora Rodom, S.A., México, 1975

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín, Derecho Mercantil, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., México, 1966

STEVENSON, Richard A., Fundamentos de Finanzas, Mc Graw Hill, México, 1980

TRUEBA, José Manuel, Aspectos Fiscales de la Fusión de Sociedades, Instituto Mexicano de Contadores Públicos, A.C., México, 1993

VÁZQUEZ DEL MERCADO, Óscar, Asambleas, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles, Ed. Porrúa, 5ta ed., México, 1996

2. Publicaciones

REVISTA PUNTOS FINOS No. 146, México, 1ra. Quincena marzo 2008

3. Legislación

Código Fiscal de la Federación vigente en 1991

Código Fiscal de la Federación vigente en 1992

Código Fiscal de la Federación vigente en 2004

Código Fiscal de la Federación vigente en 2012

Ley del Impuesto sobre la Renta vigente en 1991

Ley del Impuesto sobre la Renta vigente en 1992

Ley del Impuesto sobre la Renta vigente en 2004

Ley del Impuesto sobre la Renta vigente en 2012

Ley General de Sociedades Mercantiles vigente en 2012

Resolución Miscelánea Fiscal para 2012

4. Sitios de Internet

www.sat.gob.mx

V. Caso Práctico “Trouts Hotels Inc.”

Antecedentes

De acuerdo con la información que nos fue proporcionada el pasado 8 de octubre de 2007, entendemos que Hoteles y Desarrollos, S.A. de C.V. (en adelante HYDESA) es una sociedad residente en México para efectos fiscales, la cual posee el 99.99% de las acciones emitidas por otra sociedad también residente en México para efectos fiscales denominada Pubasa, S.A. de C.V. (en adelante PUBASA).

Entendemos que PUBASA es propietaria de 2 inmuebles ubicados en México que se encuentran destinados a la hotelería. Para la consecución de sus actividades, entendemos que el objeto social de PUBASA contempla la posibilidad de invertir en el capital de todo tipo de sociedades.

Nos fue informado que HYDESA desea llevar a cabo la enajenación de sus inversiones en inmuebles destinados a la hotelería, como es el caso de los inmuebles propiedad de PUBASA.

Por otra parte, entendemos que Trouts Holdings, Inc. es una sociedad residente en los Estados Unidos de América para efectos fiscales que encabeza un grupo de empresas dedicadas a la inversión en inmuebles y a la operación de hoteles en distintos países, como es el caso de Trouts Hotels, Inc. (en adelante TROUTS), también residente para efectos fiscales en los Estados Unidos de América.

Entendemos que TROUTS es una parte no relacionada de HYDESA y PUBASA que se encuentra interesada en invertir en México.

Derivado de lo anterior, representantes de HYDESA y PUBASA se han reunido para discutir y negociar la posible venta del negocio hotelero antes mencionado.

Para tales efectos, entendemos que HYDESA desea enajenar su negocio hotelero mediante la enajenación de las acciones de su propiedad emitidas por PUBASA.

Asimismo, entendemos que los recursos que TROUTS destinará para la adquisición de las acciones de PUBASA provendrán en un 25% de capital y en un 75% de deuda, cuyo financiamiento será otorgado por un banco mexicano, el cual ha solicitado una garantía hipotecaria sobre los inmuebles.

Por tal motivo, nos fue informado que TROUTS desea que los intereses que la deuda genere sean absorbidos y pagados por PUBASA y que, por lo tanto, sean deducibles para efectos fiscales de los ingresos derivados de la explotación hotelera.

Con base en lo anterior, se desea conocer nuestros comentarios en relación con las alternativas que se pudieran implementar para estructurar la adquisición de compra de las acciones de PUBASA de manera tal que los flujos para el servicio de la deuda sean generados directa e inmediatamente por dicha sociedad.

Asimismo, se desea conocer nuestros comentarios en relación a si PUBASA se encontraría en posibilidad de considerar que los intereses derivados del financiamiento en cuestión sean deducibles para efectos de la determinación del impuesto sobre la renta (en adelante ISR) y el impuesto al activo (en adelante IMPAC) a su cargo.

Es importante señalar que el pasado 1° de octubre de 2007 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto que, entre otras cosas, contempla la nueva Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única (en adelante IETU) que entrará en vigor a partir del 1° de enero de 2008 y que en términos de su Artículo Segundo Transitorio abrogará a partir de esa misma fecha la Ley del IMPAC, por lo que también se analizarán las implicaciones fiscales que se derivarían para PUBASA con motivo del pago de los intereses derivados del financiamiento antes mencionado para efectos de dicho impuesto.

Alternativas propuestas

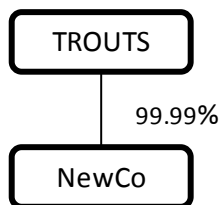
Como fue señalado en el apartado de Antecedentes, se desea crear una estructura para que TROUTS lleve a cabo la adquisición de las acciones de PUBASA y que permita que el financiamiento contratado para su compra, así como los intereses derivados del mismo, sean absorbidos y pagados por esta última.

A continuación se describen las alternativas que pudieran ser implementadas para lograr lo anterior, así como el análisis de las implicaciones fiscales que se derivarían de su implementación y de la posibilidad de deducir los intereses a cargo de PUBASA para efectos de la determinación del ISR, IMPAC e IETU a su cargo.

Alternativa A

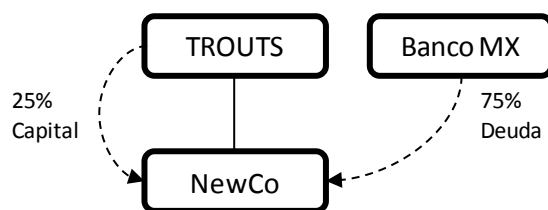
La primera alternativa que consideramos pudiera ser implementada para lograr los objetivos que nos fueron planteados consistiría en la creación de un vehículo que sería fondeado para la adquisición de PUBASA, el cual sería posteriormente fusionado en esta última. A continuación se describen los pasos que se deberían llevar a cabo.

Paso 1 (Constitución NewCo) - TROUTS llevaría a cabo la constitución de una sociedad anónima residente para efectos fiscales en México (en adelante NewCo) cuya principal actividad consistiría en ser tenedora de acciones de todo tipo de sociedades, para efectos de llevar a cabo la adquisición de PUBASA a través de dicho vehículo.



Paso 2 (Fondeo NewCo) - TROUTS efectuaría una aportación de capital en NewCo por una cantidad equivalente al 25% del precio de venta de las acciones emitidas por PUBASA. El 75% restante del precio de venta sería fondeado a NewCo a través de un financiamiento otorgado por un banco mexicano que calificaría como una parte independiente, el cual generaría intereses.

Cuando NewCo lleve a cabo la compra de las acciones de PUBASA, el pasivo se garantizaría con los inmuebles propiedad de esta última.



En términos del segundo párrafo del artículo 17 de la Ley del ISR, la aportación de capital que TROUTS efectuaría a favor de NewCo no representaría un ingreso acumulable para esta última para efectos de dicho impuesto.

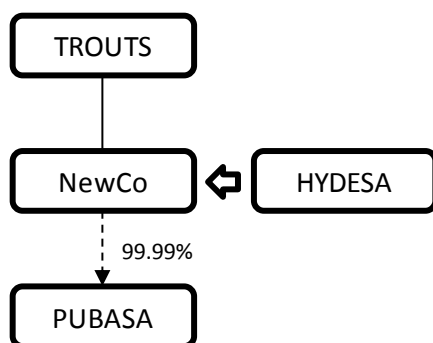
La aportación del capital que TROUTS efectuaría en NewCo sería considerada como costo comprobado de adquisición para efectos de la determinación del costo fiscal de las acciones emitidas por NewCo, en términos del artículo 24 de la LISR.

Asimismo, la aportación de capital tampoco sería un ingreso gravable para NewCo para efectos del IETU, al no derivar de la realización de las actividades gravadas a que se refiere el artículo 1° de la Ley del IETU.

Por su parte, NewCo se encontraría en posibilidad de deducir los intereses derivados del financiamiento otorgado por el banco mexicano conforme se devenguen en términos del artículo 29 fracción IX de la Ley del ISR. Dicho préstamo deberá ser considerado por

NewCo como una deuda para efectos de la determinación de su ajuste anual por inflación en términos del artículo 46 de la LISR.

Paso 3 (Compra PUBASA) - NewCo llevaría a cabo la adquisición de las acciones emitidas por PUBASA propiedad de HYDESA.

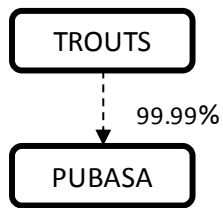


HYDESA determinaría la ganancia por enajenación de las acciones de su propiedad emitidas por PUBASA, para lo cual disminuiría del ingreso por acción, el costo promedio por acción determinado en términos del artículo 24 de la Ley del ISR.

Por su parte, NewCo consideraría el precio pagado por la adquisición de las acciones de PUBASA como costo comprobado de adquisición para la determinación del costo fiscal de dichas acciones en términos del artículo 24 de la LISR, lo cual sería relevante para cuando lleve a cabo su enajenación.

Paso 4 (Fusión NewCo en PUBASA) - Inmediatamente después de la compra de las acciones de PUBASA, se llevaría a cabo la fusión de NewCo, en su carácter de sociedad fusionada, en PUBASA, en su carácter de sociedad fusionante. De esta forma el pasivo bancario contratado por NewCo sería transmitido a PUBASA.

Asimismo, por virtud de dicha fusión las acciones emitidas por NewCo propiedad de TROUTS serían canjeadas por acciones emitidas por PUBASA.



En un primer término es importante mencionar que PUBASA cumpliría con todos los requisitos previstos en el artículo 14-B del Código Fiscal de la Federación (en adelante CFF) a efecto de que la fusión antes mencionada no sea considerada como una enajenación para efectos fiscales.

Incluso, aún y cuando se incumpliera alguno de los requisitos previstos en el artículo 14-B del CFF, consideramos que PUBASA, en su calidad de sociedad fusionante, no obtendría ninguna ganancia derivada de la enajenación por fusión, ya que el único activo con el que contaría NewCo previo a la fusión consistiría en las propias acciones de PUBASA, respecto de las cuales contaría con suficiente costo fiscal como resultado del precio pagado por la compra de las acciones de PUBASA (Paso 3).

Asimismo, es relevante mencionar que en términos del cuarto párrafo del artículo 25 de la Ley del ISR, para la determinación del costo fiscal de las acciones de PUBASA propiedad de TROUTS, esta última consideraría como costo comprobado por acción el costo promedio por acción que NewCo tenía en dicha sociedad.

Respecto al préstamo bancario que se transmitiría a PUBASA por virtud de la fusión, ésta última consideraría dicho pasivo como una deuda para efectos de la determinación del ajuste por inflación a que se refiere el artículo 46 de la Ley del ISR.

Por lo que se refiere a la deducción de los intereses que se devengarían a cargo de PUBASA por virtud del referido préstamo bancario, a continuación se analizan los requisitos previstos en la Ley del ISR, IMPAC e IETU para efectos de determinar si PUBASA

se encontraría en posibilidad de llevar a cabo su deducción para efectos de dichos impuestos.

Impuesto sobre la Renta

Como ya se mencionó, la fracción IX del artículo 29 de la Ley del ISR establece que los contribuyentes podrán deducir los intereses devengados a cargo en el ejercicio, sin ajuste alguno, en la medida en que se cumplan los siguientes requisitos.

- *Estricta indispensabilidad y destino del préstamo*

La fracción I del artículo 31 de la Ley del ISR establece que las deducciones autorizadas deberán ser estrictamente indispensables para los fines de la actividad del contribuyente.

A falta de una definición en la Ley del ISR o en cualquier otro ordenamiento fiscal que establezca lo que debe entenderse por estrictamente indispensable, resulta necesario atender a lo que los tribunales han señalado al respecto.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver sobre este tema en la contradicción de tesis 128/2004-SS, consideró que 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 de 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 estas necesariamente disminuirían.

Derivado de lo anterior, una deducción califica como “estrictamente indispensable” cuando ésta tiene relación con los fines del negocio y resulta necesaria para cumplir con el

correcto desarrollo y funcionamiento de la sociedad; es decir, cuando es necesaria para cumplir sus fines.

Por su parte, la fracción VIII del referido artículo 31 de la Ley del ISR establece como requisito para la deducción de intereses por capitales tomados en préstamo, que éstos se hayan invertido en los fines del negocio.

En el caso particular, el préstamo que sería transmitido a PUBASA por virtud de la fusión, originalmente sería contratado por NewCo para la consecución de su objeto social, el cual consistiría en ser tenedora de acciones de todo tipo de sociedades.

En efecto, NewCo utilizó el préstamo otorgado por el banco mexicano para la adquisición de las acciones de PUBASA, por lo que claramente la contratación de dicho préstamo fue estrictamente indispensable para la consecución de su objeto social.

Por lo anterior, se desprende que NewCo cumpliría el requisito previsto en la fracciones I del artículo 31 de la Ley del ISR relativo a la estricta indispensabilidad y el previsto en la fracción VIII del mismo artículo que se refiere a que los capitales tomados en préstamos se hubieran invertido en los fines del negocio.

Una vez que NewCo se fusione en PUBASA, esta última se encontraría obligada en su calidad de sociedad fusionante a cumplir con el pago del principal y de los intereses devengados por el préstamo originalmente recibido por NewCo, lo cual evidencia que al no poderse negar a su pago, el cumplimiento de esta obligación se convertiría en estrictamente indispensable para PUBASA.

Esto es, si PUBASA se negara a efectuar el pago de los intereses a su cargo, el banco pudiera ejecutar la garantía que tendría respecto de los inmuebles propiedad de PUBASA,

lo cual traería como consecuencia la suspensión de sus actividades, por lo que el pago de los intereses sería estrictamente indispensable para la consecución de sus fines.

- *Diferencia tasas interés*

La fracción VIII del artículo 31 en cuestión establece que cuando el contribuyente otorgue préstamos a terceros, a sus trabajadores o a sus funcionarios, o a sus socios o accionistas, sólo serán deducibles los intereses que se devenguen de capitales tomados en préstamos hasta por el monto de la tasa más baja de los intereses estipulados en los préstamos a terceros, a sus trabajadores o a sus socios o accionistas, en la porción del préstamo que se hubiera hecho a éstos; si en alguna de estas operaciones no se estipularan intereses, no procederá la deducción respecto al monto proporcional de los préstamos hechos a las personas citadas. Estas últimas limitaciones no rigen para instituciones de crédito, sociedades financieras de objeto limitado u organizaciones auxiliares del crédito, en la realización de las operaciones propias de su objeto.

En el caso particular PUBASA no otorgaría préstamos a terceros, a sus trabajadores o a sus funcionarios, o a sus socios o accionistas, por lo que dicho requisito no resultaría aplicable.

- *Capitalización delgada*

La fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del ISR establece que no serán deducibles los intereses que deriven del monto de las deudas del contribuyente que excedan del triple de su capital contable que provengan de deudas contraídas con partes relacionadas residentes en el extranjero en los términos del artículo 215 de la Ley.

En el caso particular, el préstamo a cargo de PUBASA fue contraído con un banco mexicano que es una parte independiente tanto de HYDESA y PUBASA, por lo que las reglas de capitalización delgada tampoco resultarían aplicables.

- *Créditos respaldados*

El artículo 92 de la Ley del ISR establece diversos supuestos que limitan la deducción de intereses al recharacterizarlos como dividendos. Tal es el caso de los intereses que previenen de créditos respaldados, inclusive cuando se otorguen a través de una institución financiera en el país o en el extranjero.

Para tales efectos, la Ley del ISR establece que se consideran créditos respaldados las operaciones por medio de las cuales una persona le proporciona efectivo, bienes o servicios a otra persona, quien a su vez le proporciona directa o indirectamente, efectivo, bienes o servicios a la persona mencionada en primer lugar o a una parte relacionada de ésta. También se consideran créditos respaldados aquellas operaciones en las que una persona otorga un financiamiento y el crédito está garantizado por efectivo, depósito de efectivo, acciones o instrumentos de deuda de cualquier clase, de una parte relacionada o del mismo acreditado, en la medida en la que esté garantizado de esta forma. Para estos efectos, se considera que el crédito también está garantizado en los términos de esta fracción, cuando su otorgamiento se condicione a la celebración de uno o varios contratos que otorguen un derecho de opción a favor del acreditante o de una parte relacionada de éste, cuyo ejercicio dependa del incumplimiento parcial o total del pago del crédito o de sus accesorios a cargo del acreditado.

En el caso en cuestión no se estaría ante la presencia de un crédito respaldado, ya que el banco mexicano que otorgaría el crédito no recibiría efectivo, bienes o servicios de PUBASA ni de una parte relacionada de ésta, y el crédito tampoco estaría garantizado por efectivo, depósito de efectivo, acciones o instrumentos de deuda de cualquier clase de PUBASA ni de una parte relacionada de ésta.

Impuesto al Activo

Como parte de las reformas que se efectuaron a la Ley del IMPAC que entraron en vigor a partir del 1 de enero de 2007, se derogó el artículo 5 de dicha ley que permitía la deducción de ciertas deudas del valor del activo en el ejercicio.

Por virtud de lo anterior, PUBASA no se encontraría en posibilidad de deducir durante el ejercicio 2007 el préstamo bancario para efectos de la determinación del IMPAC a su cargo.

Como fue mencionado, a partir del 1° de enero de 2008 entrará en vigor la Ley del IETU, la cual en términos de su Artículo Segundo Transitorio abrogará a partir de esa misma fecha la Ley del IMPAC, por lo que la conclusión antes mencionada sólo será aplicable por el ejercicio 2007.

Impuesto Empresarial a Tasa Única

El tercer párrafo de la fracción I del artículo 3 de la Ley del IETU establece que no se consideran dentro de las actividades gravadas por dicho impuesto a 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 ni a las operaciones financieras derivadas a que se refiere el artículo 16-A del Código Fiscal de la Federación, cuando la enajenación del subyacente al que se encuentren referidas no esté afecta al pago del impuesto empresarial a tasa única.

Sin embargo, el cuarto párrafo de la fracción I del citado artículo establece que tratándose de las instituciones de crédito, las instituciones de seguros, los almacenes generales de depósito, las arrendadoras financieras, las casas de bolsa, las uniones de crédito, las sociedades financieras populares, las empresas de factoraje financiero, las sociedades financieras de objeto limitado y las sociedades financieras de objeto múltiple que se

consideren como integrantes del sistema financiero en los términos del artículo 8 de la Ley del ISR, así como de las personas cuya actividad exclusiva sea la intermediación financiera y de aquéllas que realicen operaciones de cobranza de cartera crediticia, respecto de los servicios por los que paguen y cobren intereses, se considera como prestación de servicio independiente el margen de intermediación financiera correspondiente a dichas operaciones.

Para efectos de lo anterior, se establece que se considera actividad exclusiva, cuando el ingreso por el margen de intermediación financiera represente, cuando menos, el noventa por ciento de los ingresos que perciba el contribuyente por la realización de las actividades a que se refiere el artículo 1 de la Ley del IETU.

Como se puede observar, como regla general los intereses que cobre y pague una sociedad residente en México no serán ni acumulables ni deducibles para efectos del IETU, salvo que dicha sociedad califique como algunas de las mencionadas en el cuarto párrafo de la fracción I del artículo 3 en comento.

En el caso en cuestión, PUBASA no califica como alguna de las sociedades antes referidas, por lo que los intereses que PUBASA pague al banco mexicano no serían deducibles para efectos de la determinación del IETU a su cargo.

Impuesto al Valor Agregado

Aun cuando el financiamiento que sería otorgado por el banco mexicano calificaría como una prestación de servicios sujeta al impuesto al valor agregado (en adelante IVA), es importante mencionar que el artículo 15-X (b) de la Ley del IVA exenta del pago de dicho impuesto a los intereses que reciban y paguen las instituciones de crédito, por lo que los intereses pagados por PUBASA no se encontrarían sujetos al pago de dicho impuesto.

Conclusión Alternativa A

Con base en la alternativa antes propuesta, consideramos que se lograría el objetivo de que el pasivo bancario que serían contratado para la adquisición de las acciones de PUBASA sea posteriormente absorbido por esta última, y, en consecuencia, que los intereses que se devenguen a cargo de PUBASA por virtud de dicho préstamo sean deducibles para la determinación del ISR a su cargo.

Por lo que se refiere a la posibilidad de deducir los intereses a cargo de PUBASA para efectos de la determinación del IMPAC a su cargo, consideramos que esto no sería posible ya que a partir del ejercicio 2007 se derogó el artículo que permitía llevar a cabo dicha deducción, aunque este efecto sólo sería relevante por el ejercicio 2007 ya que la Ley del IMPAC será abrogada a partir del 1° de enero de 2008.

En relación con la deducibilidad de los intereses a cargo de PUBASA para la determinación del IETU que entrará en vigor a partir del 1° de enero de 2008, consideramos que esto tampoco sería posible, al no calificar como una de las sociedades a que se refiere el cuarto párrafo de la fracción I del artículo 3 de la Ley del IETU.

Alternativa B

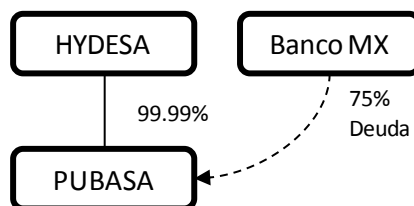
Esta alternativa consistiría en crear una estructura que permita que HYDESA reciba la contraprestación que desea recibir respecto de las acciones de PUBASA que desea enajenar en 2 partes: i) el 75% del valor de la operación provendrían de un préstamo que sería otorgado por un banco mexicano a favor de PUBASA y que después de ciertos actos corporativos sería reembolsado a favor de HYDESA y ii) el 25% restante provendrían del precio de venta de las acciones emitidas por PUBASA propiedad de HYDESA que sería pagado por TROUTS.

Asimismo, esta alternativa permitiría que el préstamo bancario sea contratado directamente por PUBASA, por lo que los intereses derivados de dicho financiamiento serían pagados por esta última.

Los pasos relativos a esta Alternativa serían los siguientes:

Paso 1 (Financiamiento PUBASA) - El banco mexicano otorgaría a PUBASA un préstamo por un monto equivalente al 75% del precio de venta que sería acordado con TROUTS, el cual generaría intereses.

Dicho banco sería una parte independiente de HYDESA y PUBASA y el préstamo estaría garantizado con los inmuebles propiedad de esta última.



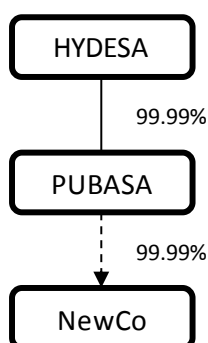
PUBASA se encontraría en posibilidad de deducir los intereses derivados del financiamiento otorgado por el banco mexicano conforme se devenguen en términos del artículo 29 fracción IX de la Ley del ISR, en la medida en que se cumplan los requisitos previstos en dicha ley para la deducción de intereses, los cuales ya fueron analizados en la alternativa anterior y que consideramos que resultan igualmente aplicables para esta segunda alternativa.

En efecto, consideramos que los intereses a cargo de PUBASA serían deducibles para efectos del ISR ya que estos serían estrictamente indispensables para la consecución de su objeto social, el cual como se mencionó incluye la inversión en el capital de toda clase de sociedades.

Asimismo, dicho préstamo deberá ser considerado por PUBASA como una deuda para efectos de la determinación de su ajuste anual por inflación en términos del artículo 46 de la LISR.

Por lo que se refiere al IMPAC y al IETU, como ya fue analizado los intereses no podrán ser deducibles, mientras que en el caso del IVA los intereses se encontrarían exentos, al ser cobrados por una institución de crédito.

Paso 2 (Constitución y aportación capital NewCo) - PUBASA llevaría a cabo la constitución de una sociedad residente en México para efectos fiscales (en adelante NewCo), a la cual le aportaría los recursos provenientes del financiamiento otorgado por el banco mexicano.

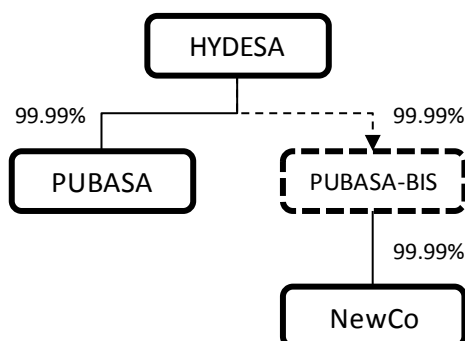


En términos del segundo párrafo del artículo 17 de la Ley del ISR, la aportación de capital que PUBASA efectuaría a favor de NewCo no representaría un ingreso acumulable para esta última para efectos de dicho impuesto.

La aportación del capital que PUBASA efectuaría en NewCo sería considerada como costo comprobado de adquisición para efectos de la determinación del costo fiscal de las acciones emitidas por NewCo, en términos del artículo 24 de la Ley del ISR.

Paso 3 (Escisión PUBASA) - Se llevaría a cabo la escisión de PUBASA, en su carácter de sociedad escidente, dando origen a la sociedad escindida PUBASA-Bis. Por virtud de dicha escisión se transmitirían a PUBASA-Bis las acciones emitidas por NewCo, mientras

que los inmuebles y el pasivo contratado con el banco mexicano se mantendrían en PUBASA.

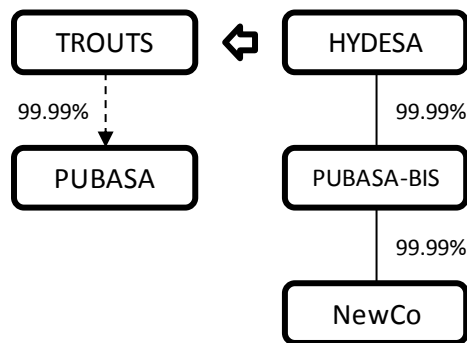


En términos del artículo 14-B del CFF, para que una escisión no se considere como una enajenación para efectos fiscales se requiere que los accionistas propietarios de por lo menos el 51% de las acciones con derecho a voto de las sociedad escidente y de las sociedades escindidas, sean los mismos durante un periodo de tres años contados a partir del año inmediato anterior a la fecha en la que se realice la escisión.

Asimismo, se prevé que durante el periodo a que se refiere este inciso, los accionistas de por lo menos el 51% de las acciones con derecho a voto o los socios de por lo menos el 51% de las partes sociales antes señaladas, según corresponda, de la sociedad escidente, deberán mantener la misma proporción en el capital de las escindidas que tenían en la escidente antes de la escisión, así como en el de la sociedad escidente, cuando ésta subsista.

En estos términos, en mero hecho de escindir a PUBASA no implicaría una enajenación para efectos fiscales, ya que inmediatamente después de la escisión HYDESA continuaría siendo el accionista de prácticamente la totalidad de las acciones emitidas por PUBASA y PUBASA-Bis.

Paso 4 (Compra PUBASA)- TROUTS llevaría a cabo la adquisición de las acciones emitidas por PUBASA propiedad de HYDESA por un monto equivalente al 25% de la operación.



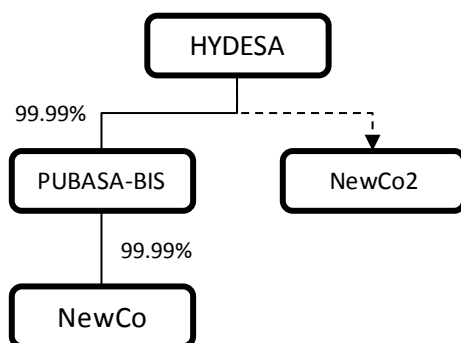
En un primer término HYDESA calcularía la ganancia derivada de la enajenación de las acciones emitidas por PUBASA, para lo cual disminuiría del ingreso por acción el costo promedio por acción determinado en términos del artículo 24 de la Ley del ISR.

Por su parte, TROUTS consideraría el precio pagado por la adquisición de las acciones de PUBASA como costo comprobado de adquisición para la determinación del costo fiscal de dichas acciones en términos del artículo 24 de la LISR, lo cual será relevante para cuando lleve a cabo su enajenación en términos de lo previsto en el artículo 190 de la Ley del ISR.

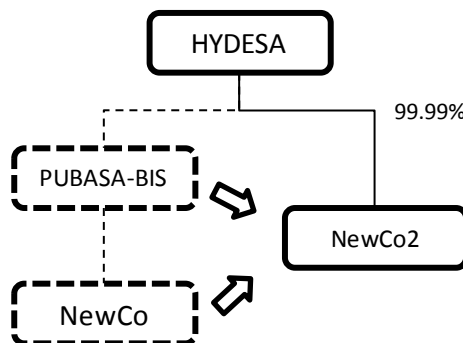
En adición a lo anterior, al enajenarse las acciones de PUBASA se estaría incumpliendo con el requisito previsto en el artículo 14-B mencionado en el paso anterior, ya que HYDESA dejaría de ser accionista de PUBASA dentro del plazo de 2 años siguientes a la escisión, por lo que la escisión que se llevaría a cabo en términos del Paso 3 antes descrito se consideraría como una enajenación para efectos fiscales.

No obstante lo anterior, los únicos activos que se transmitirían con motivo de la escisión serían las acciones emitidas por NewCo, respecto de las cuales PUBASA contaría con suficiente costo fiscal por virtud de la aportación de capital efectuada en el Paso 2 anterior, por lo que no se generaría una ganancia acumulable como resultado de dicha enajenación.

Paso 5 (Constitución NewCo2) - HYDESA llevaría a cabo la constitución de una nueva sociedad residente en México para efectos fiscales (en adelante NewCo2).



Paso 6 (Fusión PUBASA-Bis y NewCo en NewCo2) - Se llevaría a cabo la fusión de PUBASA-Bis y NewCo, en su carácter de sociedades fusionadas, en NewCo2, en su carácter de sociedad fusionante.

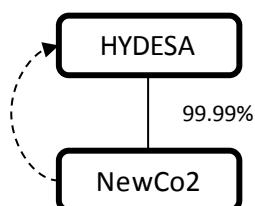


La finalidad de este paso consiste en reubicar los recursos provenientes del préstamo contratado con el banco mexicano que se encontrarían en NewCo, en una sociedad residente en México para efectos fiscales directamente propiedad de HYDESA.

Es importante comentar que con motivo de esta fusión, el saldo de la Cuenta de Capital de Aportación (CUCA) de NewCo sería transmitido a NewCo2 en términos del artículo 89 de la Ley del ISR. El saldo de dicha cuenta sería relevante para cuando NewCo2 rembolsa su capital a favor de HYDESA, ya que en la medida en que la reducción de capital provenga de dicha cuenta, no se generaría efecto fiscal alguno.

El saldo de la CUCA en NewCo2 sería equivalente a su capital contable y a su efectivo disponible.

Paso 7 (Reducción de capital) - Dos años después de la fusión mencionada en el paso anterior, NewCo2 llevaría a cabo una reducción de capital a favor de HYDESA por un monto equivalente al aumento de capital originalmente efectuado por PUBASA en NewCO.



El artículo 89 de la Ley del ISR contempla una regla que en términos generales recaracteriza una reducción de capital como una enajenación de acciones, cuando esta se realiza dentro de un periodo de 2 años siguientes a un aumento de capital.

Considerando que por virtud de la fusión que se llevaría a cabo de conformidad con el Paso 6 se incrementaría el capital de NewCo, se estaría en el supuesto antes mencionado.

Por lo anterior, si la reducción de capital se efectúa después de los 2 años siguientes a la fusión, no se generaría ningún efecto fiscal por virtud de la reducción de capital, ya que como se mencionó, ésta provendría del saldo de la CUCA de NewCo2.

Conclusión Alternativa B

Bajo esta alternativa consideramos que también se lograría el objetivo de que PUBASA absorba el pasivo bancario y, en consecuencia, que los intereses que se devenguen por virtud de dicho préstamo sean deducibles para la determinación del ISR a cargo.

Por lo que se refiere a la posibilidad de deducir los intereses a cargo de PUBASA para efectos de la determinación del IMPAC a su cargo, consideramos que esto no sería posible ya que a partir del ejercicio 2007 se derogó el artículo que permitía llevar a cabo dicha deducción, aunque este efecto sólo será relevante por el ejercicio 2007 ya que la Ley del IMPAC será abrogada a partir del 1° de enero de 2008.

En relación con la deducibilidad de los intereses a cargo de PUBASA para la determinación del IETU que entrará en vigor a partir del 1° de enero de 2008, consideramos que esto tampoco sería posible, al no calificar como una de las sociedades a que se refiere el cuarto párrafo de la fracción I del artículo 3 de la Ley del IETU.

* * * * *