



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

Fusión – Alternativa eficiente
para una reorganización de sociedades

Tesis que para obtener el grado de

Maestro en Derecho Fiscal

Sustenta el

Lic. Oscar Villagómez Domínguez

Director de la Tesis

Dr. Carlos Espinosa Berecochea

INDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	pág. 3
II.	DESARROLLO	
	1. ¿Qué es una fusión de sociedades?.....	pág. 6
	2. Tipo de fusiones.....	pág. 12
	3. ¿Por qué realizar una fusión?.....	pág.15
	4. Fusión ante la perspectiva recaudatoria del Estado.....	pág. 17
	5. Efectos fiscales de una fusión.....	pág. 21
	6. Fusión como alternativa eficiente para la reestructuración de sociedades – Problemática actual desde un punto de vista fiscal.....	pág. 28
III.	CONCLUSIONES.....	pág. 29
IV.	BIBLIOGRAFÍA.....	pág. 31
V.	CASO PRÁCTICO.....	pág. 33

INTRODUCCIÓN

Es un hecho que el fin primordial de cualquier sociedad mercantil es la maximización de sus utilidades para un retorno atractivo de la inversión efectuada por sus accionistas.

Los planteamientos keynesianos y marxistas señalan que el motor del sistema capitalista es la inversión o acumulación de capital que condiciona el proceso de crecimiento y desarrollo de la sociedad.

Lo anterior significa que los accionistas invierten en la sociedad, para que esta pueda tener un capital necesario para el desarrollo de sus actividades de manera tal que generen la riqueza que le permitan al accionista maximizar el rendimiento de su inversión.

En una búsqueda para que las empresas logren el objetivo antes señalado, a lo largo de los años se han implementado diversas estrategias con el ánimo de maximizar las utilidades de las empresas. En términos generales, estas estrategias van encaminadas a: (i) disminuir costos y (ii) elevar el nivel de ingresos a través de una mejor y mayor presencia en el mercado.

Actualmente la mayoría de las empresas que tienen una participación importante en casi cualquier mercado (consumo, servicios, industrial, etc.) pertenecen a un Grupo de empresas, entendiéndose Grupo como a una concentración de sociedades que se encuentran unidas en función de un objetivo común a todas ellas, y entre las cuales existen relaciones de capital, que permiten mantener el control de las mismas y orientarlas hacia la consecución del fin del grupo.¹

¹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, “Enciclopedia Jurídica Mexicana, Tomo IV”, Editorial Porrúa, México, D.F., 2002, p. 255.

Bajo esta premisa de Grupo, una de las alternativas que las empresas han implementado es la realización de actos corporativos denominados “fusiones”, a fin de ya sea aprovechar características de una de sus empresas afiliadas o subsidiarias, o bien, disminuir costos administrativos de tener más de una sociedad con el mismo giro.

El presente trabajo de investigación deriva de una resolución de un caso práctico, en la cual se propuso como una alternativa de respuesta, la realización de una fusión a fin de transmitir cierto pasivo y fuera la empresa fusionante la que tuviera la obligación de pagar los intereses. A través de esta resolución se ilustra uno de los usos de una fusión, ya que al ser la empresa fusionante, la sociedad con los flujos disponibles sería esta la indicada para cubrir el capital tomado en préstamo.

Si bien la utilización de la figura de una fusión para la resolución del caso antes señalado tiene un sentido económico y de negocios, no así lo tiene ante la perspectiva de las autoridades fiscales.

En efecto, desde hace tiempo las autoridades fiscales han considerado todo tipo de reorganización o reestructura corporativa como una actividad de elusión fiscal, entendiéndose elusión como el no pago de las contribuciones de manera lícita, donde quien los lleva a cabo se aprovecha de los puntos lánguidos o irregularidades de la ley, de esta manera no se incide en la hipótesis normativa quedando libre de gravamen.²

Es importante señalar que la elusión fiscal es distinta a la evasión fiscal, ya que esta última es una conducta ilícita del contribuyente para omitir el pago de las contribuciones a que está obligado. Y la elusión es el aprovechamiento de las deficiencias en la estructuración de la norma tributaria, para alcanzar el fin

² ALVAREZ OCHOA, Martín, “Tesis doctoral de Economía. Insuficiencias Legales de la Reducción de Capital en las Pequeñas Empresas Agroindustriales Caso Colima 2004-2005”.

económico sin realizar el hecho generador y, por lo tanto, evitar el nacimiento de la obligación³.

En el caso de fusión de sociedades, se han implementando diversos candados para la realización de ésta, mismos que analizaremos en el presente.

Así las cosas, el propósito del presente trabajo es analizar desde un punto de vista económico, corporativo y fiscal a la fusión como una figura corporativa eficiente de llevar a cabo una reorganización de sociedades, analizando desde la toma de decisión para llevar a cabo la fusión, los beneficios generados por dicha fusión, como el perjuicio que pudiera existir para la finanzas públicas por la realización de dichos actos.

³ DELGADILLO GUTIERREZ, Luis Humberto, “Principios de Derecho Tributario”, Limusa, México, D.F., 2008, p. 76.

DESARROLLO

1. ¿Qué es una fusión de sociedades?

Antes de realizar el estudio de una fusión desde el punto de vista meramente fiscal, que es el que nos acontece, primeramente debiéramos definir lo que se debe entender por una fusión.

La fusión desde un punto de vista contable se denomina comúnmente “combinación de negocios”⁴, y es utilizado para denominar transacciones a partir de las cuales se obtiene el control sobre otra(s) entidad (es)⁵.

En efecto, una fusión tiene un rol muy importante en el ámbito contable y constantemente se están buscando formas eficientes de registrar los movimientos que se generan a través de una fusión, ya que derivada de ésta se genera la modificación del patrimonio social, entendido éste como el conjunto de bienes y derechos de la sociedad, y jugando papel importantísimo el contenido de las obligaciones de la misma sociedad, es decir, los efectos de una fusión se observan tanto en el capital social, en el activo y en el pasivo de la sociedad.

Desde un punto de vista económico la fusión es el efecto de unir dos o más sociedades en una sola entidad jurídicamente independiente⁶.

Si bien las definiciones anteriores nos dan una muy buena idea de lo que debe entenderse por una fusión, no resulta demás definir el término de fusión desde un punto de vista gramatical.

⁴ NIIF 3 de las Normas de Información Financiera emitido por el Consejo Mexicano para la Investigación y Desarrollo de Información Financiera, A.C.

⁵ SEVILLA GUERRERO, Ma. TERESA/VILLAR MINABURO, SANDRA “Adquisiciones de negocios”, Instituto Mexicano de Contadores Públicos, A.C., México, D.F. 2007, pag. 22.

⁶ TAMEZ MARTINEZ, Xochitl, “Contabilidad de Sociedades, Teoría y Práctica”, Eumed, México, D.F. 2009, p. 36.

En efecto, el diccionario de la Real Academia Española define por fusión: “Como la acción de fundir o fundirse; unión de intereses, ideas o partidos que antes se encontraban en pugna”⁷.

Si bien la definición anterior no es precisamente adecuada para lo que estamos analizando, desde un punto de vista jurídico se toma el nombre de “fusión” para describir el acto corporativo en estudio.

En efecto, desde un punto de vista jurídico la fusión se presenta cuando varias sociedades se unen para formar una, la cual se sujetará a los principios del género al que pertenezcan. La sociedad que subsista o la que resulte tomará a su cargo los derechos y obligaciones de la sociedad extinguida.⁸

Asimismo, continúa señalando la doctrina jurídica que el patrimonio se transmite a título universal a la sociedad preexistente o a la que resulta de las aportaciones de los patrimonios de dos o más sociedades que en ella se fusionan.

En este sentido, 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 efecto, el tratadista Jorge Barrera Graf establece que una fusión se trata de 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,

⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua Española”, ESPASA-CALPE, Madrid, España, 2001.

⁸ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, “Enciclopedia ...”, *op. cit.* p. 176.

a los de ésta, generalmente mediante aumento de su capital social; y 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 construir una sociedad nueva (fusión por integración).

Asimismo, dicho tratadista señala que “tomará a su cargo los derechos y las obligaciones de las sociedades extinguidas” señalado en el tercer párrafo del artículo 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Esto, se refiere a una transmisión de todo el patrimonio de las sociedades fusionadas a favor de la fusionante; de una sucesión universal, como admite la doctrina, por actos entre vivos, semejante a la sucesión universal mortis causa, testamentaria o legítima.

Adicionalmente, el Diccionario Jurídico Espasa señala que la fusión de varias sociedades en una nueva, implicará la extinción de cada una de ellas y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad que habrá de adquirir por sucesión universal los derechos y las obligaciones de aquéllas (fusión por creación). Si la fusión hubiera de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, ésta adquirirá en igual forma los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirían, aumentando en su caso el capital social en la cuantía que proceda.

Considerando lo anterior, pudiéramos concluir que la doctrina mexicana define a la fusión como la reunión de dos o más patrimonios sociales, cuyas titularidades desaparecen, para dar lugar a uno nuevo, o cuando sobrevive un titular éste absorbe el patrimonio de todos y cada uno de los demás; en ambos casos el ente está formado por los mismos socios que constituían los entes exteriores y aquellos, en su caso, reciben los nuevos títulos en sustitución de los que poseían, o se les reconoce la parte social correspondiente⁹.

⁹ VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar, “Asambleas, fusión, liquidación y escisión de sociedades mercantiles”, Editorial Porrúa, México, D.F., 2001, pp. 304 y 305.

Considerando las definiciones anteriores expuestas por diversos catedráticos en la doctrina jurídica, en una definición lisa y llana pudiéramos definir a la fusión de sociedades como 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 extinción de las primeras.

En este sentido, desde mi punto de vista, las definiciones anteriores nos dejan los siguientes elementos que son indispensables en una fusión:

- a) Sociedad fusionante: es la sociedad que adquiere el control de los activos, pasivos y capital de otra sociedad
- b) Sociedad fusionada: es la sociedad que transmite sus activos, pasivos y capital a otra sociedad
- c) Transmisión universal de los derechos y obligaciones

Así, la fusión es un acto corporativo a través del cual se transmiten a una sociedad que se denomina fusionante adquiere el control de los activos, pasivos y capital de otra sociedad denominada fusionada.

En el ámbito fiscal, el término fusión no se encuentra definido en ninguna legislación, lo anterior pudiera ser que el término en si es comprendido por la mayoría de las personas, sin embargo, resulta criticable que en una materia en la cual se debe delimitar explícitamente sus elementos (sujeto, objeto, base) no se establezca una definición de este concepto.

Incluso, el catedrático Lic. Humberto Rodríguez Domínguez señala que el termino fusión en sí mismo, es tan explicito que cualquier persona lo capta sin mayor

dificultad, ya que la primera idea que casi automáticamente resulta de este concepto es la unión de dos o más personas, sin embargo jurídicamente esta idea primaria es insuficiente para entender cabalmente las consecuencias de la fusión, pues puede pensarse que la unión de dos o más personas no afecta la individualidad de cada una de ellas, así como 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 sociedades¹⁰.

En este sentido, aún y cuando el acto corporativo de una fusión no se encuentra plenamente definido en las Leyes Fiscales, el fisco, como se verá en el apartado fiscal correspondiente, ha pretendido muchas veces castigar a los contribuyentes que utilizan este mecanismo.

Incluso en algunos casos, el fisco ha tratado de gravar las fusiones, argumentando que los activos de una sociedad fusionada fueron enajenados a la sociedad fusionante. Esto desde mi punto de vista, resulta excesivo ya que esto nos llevaría a considerar que la sociedad fusionada se extinguió o liquidó y por lo tanto hubo esa enajenación de activos.

Al respecto, una fusión no debiera ser considerada como una liquidación o disolución de sociedades, ya que realizada ésta, el contrato social de las sociedades aún existe¹¹, ya que los accionistas de las sociedades reciben en canje de acciones, acciones de la sociedad fusionante, ya sean de una nueva sociedad creada con motivo de la fusión o de la sociedad que subsiste como sociedad fusionante.

¹⁰ RODRIGUEZ DOMINGUEZ, Humberto y Joaquín, “El Tratamiento Fiscal de los Contratos de Fideicomiso, Fusión y Sociedades – 1982 Modulo 5, Dofiscal Editores, México D.F., 1982, pps. 26 y 27.

¹¹ RODRIGUEZ DOMINGUEZ, Humberto y Joaquín, “El Tratamiento Fiscal ...” *op. cit.* p. 27.

Con esto podemos delimitar que una fusión en ningún momento se trata de una liquidación de sociedades, ya que se trata de dos conceptos completamente distintos, incluso, la liquidación de sociedades se encuentra regulada en las leyes fiscales.

Incluso en el ámbito internacional, la figura de la fusión no es precisamente como la concebimos en México, ya que algunos países anglosajones no tienen en si la figura corporativa de la fusión, sino que tiene una figura similar denominada “*amalgamation*”, en la cual, si bien, dos sociedades se unen en una corporación (*amalgamated corporation*), ambas sociedades siguen existiendo¹².

- *Fusión desde el punto de vista legal en México*

Para efectos legales mexicanos, la fusión de sociedades es regulada a través de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

En efecto, en el Capítulo IX “De la Fusión, Transformación y Escisión de las Sociedades” de la Ley General de Sociedades Mercantiles se señalan los ordenamientos para tratar, desde un punto de vista jurídico, a las fusiones.

Para tales efectos, los artículos 222 a 227 de dicho ordenamiento señalan el tratamiento legal mercantil de cualquier fusión.

En este sentido, todo lo que una persona quisiera saber de fusiones en México se encuentra regulada en 5 artículos.

Resulta criticable que un acto corporativo tan complejo como una fusión se encuentre regulada en sólo 5 artículos de nuestra legislación, ya que muchas veces, algunos casos son tan específicos que pudieran ser reguladas con reglas muy generales que pudieran resultar injustas para los contribuyentes.

¹² Secciones 184,185 y 186 del *Canada Business Corporation Act*.

2. Tipo de fusiones

Pudiéramos considerar que existen dos principales formas de clasificar a las fusiones, una desde un punto de vista legal, y la otra desde un punto de vista financiero o económico.

Desde un punto de vista legal, pudiéramos concluir que existen dos tipos de fusiones:

- (i) fusión por incorporación, y
- (ii) fusión pura.¹³

En la fusión por incorporación, la sociedad o sociedades que se incorporan a otra sociedad ya existente, desaparecen, se extinguen, transmiten a la sociedad incorporante todo su patrimonio, y sus socios representarán en la propia sociedad incorporante la parte de interés o acciones que equivalgan al patrimonio aportado por la sociedad a la que pertenecían.

En el caso de fusión pura, las sociedades fusionadas desaparecen y se constituye una nueva sociedad mediante la aportación de los patrimonios de aquéllas¹⁴.

Otra clasificación de fusiones, desde el punto de vista jurídico, esta dado considerando la doctrina española.

En efecto, en la doctrina española, algunos autores, distinguen entre fusiones realmente negociadas entre grupos independientes y fusiones intragrupo, entendiendo por fusiones intragrupo las producidas dentro de un grupo de sociedades, según la definición de grupo dada por el artículo 42 del Código de Comercio español. En el primer caso, resulta que predomina el aspecto contractual de la fusión. Para tales efectos, el proyecto de fusión no es sino la

¹³ DE PINA VARA, Rafael, “Diccionario de Derecho”, Editorial Porrúa, México, D.F., 1995, p. 297.

¹⁴ No. 12 y 13 *Ibidem*.

culminación de un proceso de negociación entre partes independientes, donde la principal preocupación del ordenamiento debe ser la de proteger a los accionistas contra un actuación desleal o negligente por parte de los administradores. Por el contrario, en el caso de fusiones intragrupo, las más usuales cuantitativamente debe predominar la fusión como acto corporativo¹⁵.

El mismo catedrático señala que otra clasificación es la que distingue entre fusiones propias y fusiones impropias. Las fusiones propias son aquellas que se apegan en todos sus lineamientos a lo establecido por la Ley, en este caso, por la Ley General de Sociedades Mercantiles. Las fusiones impropias (como la cesión global del activo y pasivo) son aquellas operaciones que tienen el mismo efecto, o muy similar al de la fusión, pero que por alguna razón (fiscal, deudores) no se apegan a los lineamientos establecidos en la Ley. En este caso hay que revisar si se justifica la razón de la utilización de otra figura en lugar de la fusión, para que no se incurra en fraude a la ley.¹⁶

Considerando esta clasificación resulta atinada la crítica que se realizó en el apartado anterior, en el sentido, de que la regulación de una fusión de sociedades mercantiles puede llegar a ser tan compleja que la regulación de la misma en sólo 5 artículos de nuestra legislación mercantil resulta criticable.

Ahora bien, desde un punto de vista económico, pudiéramos tipificar a la fusión como:

- (i) Fusión horizontal,
- (ii) Fusión vertical, y
- (iii) Conglomerado.

¹⁵ GINEBRA SERRABOU, Xavier, “Fusión, transformación y escisión de sociedades ante la realidad de la empresa actual”, Editorial Porrúa, México, D.F., 2003, p. 10.

¹⁶ GINEBRA SERRABOU, Xavier, “Fusión, Transformación...”, *op.cit.*, p. 11.

La fusión horizontal, consiste en la fusión de empresas dentro de un mismo nivel de actividad, es decir, empresas que compiten entre sí. Sería el caso de fusiones de bancos, de eléctricas, etc. (fusiones de este tipo serán comentadas más adelante).¹⁷

La fusión vertical se da entre una empresa y su proveedor o, visto desde otra perspectiva, entre una empresa y su cliente. Si las sociedades implicadas son más de dos, pueden abarcar diversas fases sucesivas de la cadena de valor. Puede tratarse de fases no sucesivas, como consecuencia de una estrategia de incremento del poder de negociación con un cliente o un proveedor.¹⁸

El conglomerado implica la extensión de la empresa hacia campos no relacionados con sus intereses actuales. Aquí no se intensifica la concentración, sino que se produce una mayor diversificación de la actividad económica total de la nueva empresa¹⁹.

Nuevamente es importante señalar que las clasificaciones antes señaladas no se encuentran reguladas en nuestra legislación, por lo que cuando se trata de fusiones, muchos abogados y autoridades se refieren a la doctrina jurídica, lo cual desde mi punto de vista, pudiera dejar en un estado de incertidumbre a los participantes de la fusión.

Hasta aquí con lo antes analizado, podemos concluir que tanto de un punto de vista jurídico como económico, existen distintas clasificaciones de fusiones, lo que genera un problema práctico, ya que nuestra legislación es muy escueta al señalar el tratamiento corporativo y fiscal de una fusión.

¹⁷ GALINDO LUCAS, Alfonso, “Fundamento de Valoración de Empresas”, EUMED, Málaga, España, 2005, p 101.

¹⁸ No. 18, *Ibidem*, p. 101.

¹⁹ Nos. 18 y 19, *Ibidem*, p. 101.

En efecto, como se analizará más adelante, el tratamiento fiscal de una fusión en términos generales es muy sencillo, y se encuentra regulado en unos cuantos artículos, teniendo como premisa si una fusión se considera como una enajenación o no para efectos fiscales, así como la transmisión de atributos fiscales.

En este sentido, como bien señala el Lic. Xavier Ginebra Serrabou en su obra²⁰, la constante aparición de nuevas fórmulas de concentración y de financiación de las empresas, hace que las respuestas jurídicas tradicionales y el material legislativo vayan quedando fugazmente obsoletos.

3. ¿Por qué realizar una fusión?

En este apartado, analizaremos algunos de los elementos por los cuales las empresas deciden fusionarse como una alternativa viable de una reorganización de negocios.

a) Eficiencia operativa

En un mundo donde, como ya se mencionó en el apartado de Introducción, los Grupos de empresas (transnacionales muchas veces) son los que dominan los mercados, se puede llegar a presentar grupos muy cargados, con duplicidad en operaciones que generan altos costos administrativos. En este sentido, a fin de adelgazar o simplificar el Grupo, las fusiones son una herramienta imprescindible, ya que muchas veces la liquidación de sociedades genera más costos administrativos que la propia permanencia de la sociedad.

²⁰ GINEBRA SERRABOU, Xavier, “Fusión, Transformación y...”, *op cit.*, p. 5-

b) Recursos complementarios

Muchas veces las empresas del Grupo adquieren diversos activos que pudieran resultar necesarios para otras empresas del mismo grupo. En este sentido, pudiera resultar más barato fusionar a la empresa que tiene en su balance este tipo de activos en la empresa que lo necesita. Esta es una razón perfectamente válida cuando la sociedad que tiene los contratos de venta es la empresa que necesita el activo.

c) Uso de fondos excedentes

Una de las razones que actualmente se encuentra a la vanguardia en nuestro sistema fiscal mexicana es esta razón. Si bien, desde un punto de vista financiero y económico, es perfectamente válido fusionar a una empresa que tiene un excedente de efectivo con una empresa que tiene faltante de efectivo y tiene a su cargo diversas obligaciones por cumplir, desde el punto de vista de las autoridades fiscales, dicha razón es considerada como un “debt-push down”.

Asimismo, existen otras tantas razones, cuya finalidad pareciera discutible y que han ocasionado que las autoridades fiscales tengan aversión a las fusiones, por solo nombrar algunas, pudiéramos señalar:

- Aumento de las ganancias por acción
- Adquisición hostil de empresas
- Compra de activos por debajo del costo

d) Inversión de nuevo inversionista

La fusión puede servir para que nuevos inversionistas participen en un negocio en marcha. A través de la misma, el nuevo inversionista puede llevar a la nueva empresa algún activo que resulte atractivo a la sociedad fusionante, a través de participación en esta última.

4. Fusión ante la perspectiva recaudatoria del Estado

Como se comentará más adelante, desde un punto de vista fiscal, la fusión en México se encuentra regulada en el Código Fiscal de la Federación. La premisa más importante es identificar si la fusión es un acto gravado o no, es decir, si a través de la fusión efectivamente se está configurando una enajenación de bienes.

Ante tal escenario, se han establecido diversos requisitos que se deben cumplir en cualquier fusión a fin de que la misma no califique como una enajenación de bienes.

En términos generales, el cumplimiento de dichos requisitos se acredita a través de lo siguiente:

- a) Notificando a las autoridades fiscales de la fusión (ya sea a través de un aviso o la cancelación del Registro Federal de Contribuyentes de la sociedad fusionada por parte de la fusionante)
- b) La continuidad del negocio de las sociedades fusionadas como fusionantes

c) Certidumbre del cumplimiento de obligaciones fiscales con posterioridad a la fusión

Considero que los requisitos antes señalados obedecen a la premisa o principio que debe obedecer la fiscalización de un acto corporativo de la fusión, que es la continuidad del negocio.

En efecto, en el ámbito tributario debe presidir la idea de continuidad a través de la absorbente, de las empresas que se disuelven, idea que se concreta a través de la sucesión a título universal de aquélla en los derechos y obligaciones patrimoniales de éstas.

Existe, en efecto, una transmisión que podría ser y es objeto de tributación en base a los distintos supuestos de hecho, que en la fusión se producen, pero así como están claras las razones por las que se exigen los impuestos hereditarios sobre los bienes que se transmiten, aunque lo sean a título universal, la doctrina y la opinión fundada de importantes organismos supranacionales abonan el criterio, basado en el principio de continuidad, de que el Fisco debe mantener una posición neutral ante el hecho de la fusión, eliminando cualquier impuesto, tanto directo como indirecto que se derive del hecho de la transmisión de patrimonios o del canje de acciones, bajo la concurrencia de determinados supuestos²¹.

La aversión por parte de las autoridades fiscales ante las reorganizaciones de sociedades, en específico, ante la fusión, han obligado a los legisladores a establecer diversos candados en las disposiciones fiscales.

En efecto, según se señala en la Exposición de Motivos de la Cámara de Diputados de fecha 5 de abril de 2001, se establecen requisitos de control para el caso de fusiones o escisiones que se realicen posteriormente, con el objeto de

²¹ SANCHEZ OLIVAN, José, “La Fusión de Sociedades. Estudio Económico, Jurídico y Fiscal”, Editorial de Derecho Financiero, Madrid España, 1984, p. 155.

que en las mismas no se varíen los supuestos que permitieron no considerar enajenación a la primera escisión o fusión.

Adicionalmente a partir del ejercicio de 2004, se incorporaron mayores requisitos para realizar una fusión o una escisión, con el ánimo de reducir o evitar las planeaciones fiscales que involucrarán este tipo figuras.

En efecto, se reformó el Código Fiscal de la Federación, y a partir de dicho ejercicio se incluyó una fracción IX al artículo 14, así como el artículo 14-B para regular cuando existe o no enajenación para efectos fiscales.

El artículo 14-B del Código Fiscal de la Federación, a partir de 2004 señala que en los casos de fusión o escisión hay que atender a cumplir todos los requisitos respectivos, según sea el caso, que dispone el propio ordenamiento.

Dentro de los requisitos que consideró resultan excesivos para los contribuyentes, mencionó los siguientes:

a) Presentación de un aviso ante las autoridades fiscales

Consideró que este requisitos formal, es más un requisitos de control, que si bien si debieran cumplir los contribuyentes, consideró que la pena por la no presentación del mismo en tiempo y formas legales (que la fusión sea tratada como una enajenación) resulta excesiva.

Ahora bien, a través de diversas reglas de carácter general, se ha señalado que el requisito antes señalado se tiene por cumplido una vez que se haya cancelado el RFC de la sociedad fusionada.

Este otro punto, conlleva muchas veces a otro problema práctico, ya que la sociedad fusionada tiene que presentar una declaración de cierre del ejercicio irregular, declaraciones informativas y el dictamen, lo cual resulta difícil realizar si

el RFC ya ha sido cancelado, lo cual es muy probable que suceda antes de que se puedan cumplir con las obligaciones antes señaladas, ya que la presentación del aviso se realiza dentro del mes siguiente a aquél en que surte efectos la fusión para efectos fiscales.

- b) Que la sociedad fusionante tiene que continuar realizando las actividades que tenían ésta y las fusionadas hasta antes de la fusión, por lo menos durante el siguiente año, a la fecha en que surta efectos la fusión.

Consideró que no hay una precisión clara de lo que debe entenderse por actividades, ya que no se refiere a las actividades preponderantes, sino deja el término muy abierto que puede generar una incertidumbre jurídica.

- c) Que la sociedad que subsista o que surja con motivo de la fusión, presente las declaraciones de impuestos, así como las informativas, que correspondan a las fusionadas por el ejercicio terminado por fusión.

Respecto a este punto, al igual que el aviso, consideró excesivo que derivado a un requisito de forma, se imponga como pena, el que la fusión sea considerada como una enajenación. En todo caso, una pena más razonable sería una multa.

Otro requisito que las autoridades fiscales han establecido, es en el caso de que se pretenda realizar una fusión dentro de los cinco años posteriores a la realización de una fusión o de una escisión de sociedades, en este caso, se deberá solicitar autorización a las autoridades fiscales con anterioridad a dicha fusión.

La autorización antes señalada ha sido suplida a través de la presentación de un aviso; sin embargo, este procedimiento, desde mi punto de vista, deja en manos del fisco de manera arbitraria la efectividad de la fusión, ya que, el fisco en cualquier momento, pudiera señalar que el aviso no cumple con los requisitos necesarios y tipificar a la fusión como una enajenación para efectos fiscales.

Desde mi perspectiva, el establecimiento de los candados antes señalados, si bien, tiene un fondo que pudiera resultar lógico, generan costos administrativos para los Grupos y obstaculizan una eficiencia en los negocios. Lo anterior, ya que los requisitos que se señalan para pedir la autorización o dar aviso son en algunos casos ociosos.

Es claro que los candados antes señalados fueron hechos para acotar la posibilidad que mediante las citadas figuras (así como de otras tantas actividades o reconvencos de las leyes), los contribuyentes eludan la carga impositiva por medio de planeaciones que les eviten pagar tributos.

No obstante derivado a este tipo de candados, las operaciones propias de las actividades de las empresas y los negocios suelen entorpecerse.

Lo anterior, ya que las propias autoridades fiscales hacen que los contribuyentes incurran en costos adicionales (consultoría fiscal, asesoría, litigios), ya que un contribuyente al verse “acorralado” ante estos candados, buscará una salida que le permita llevar a cabo su operación y el negocio en marcha del Grupo.

5. Efectos fiscales de una fusión

De conformidad con el Lic. Enrique Calvo Nicolau a fin de comprender la fusión, se debe entender primeramente el término de patrimonio²².

En este sentido, el mismo Lic. Calvo Nicolau señala que el patrimonio es un concepto que sólo se explica a la luz de un orden jurídico, ya que no puede haber patrimonio si no hay un orden jurídico que regule la propiedad y establezca las obligaciones jurídicas. De esta manera, se dice que el patrimonio es el conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas susceptibles de valuarse en dinero.

²² INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, “Enciclopedia ...”, *op. cit.* p. 177.

En este sentido, continúa señalando el Lic. Calvo Nicolau que el efecto jurídico-fiscal de la fusión de sociedades se produce, por una parte modificando los componentes del patrimonio de quienes participan en la fusión y, por otra, puede generarse una modificación en sus haberes patrimoniales, lo que da lugar a que se genere una utilidad en fusión (si la modificación es positiva) o una pérdida (si fuse negativa)²³.

Al respecto, como fue comentado en la sección correspondiente, la fusión significa la transmisión universal del patrimonio de una sociedad (fusionada) a otra (fusionante). En este sentido, el Lic. Calvo Nicolauo, considera que hay una utilidad en la fusión cuando derivado de esta transmisión la sociedad fusionante aumento su haber patrimonial y una pérdida cuando sucede lo contrario.

Si bien es cierto, que desde un punto de vista contable, así se puede tratar una fusión, desde un punto de vista fiscal, consideró que no debiera porque haber un ingreso en una fusión, ya que la sociedad fusionante si bien está recibiendo los activos de la sociedad fusionada, también está recibiendo los pasivos, y como se explicó en el apartado correspondiente, no significa que la sociedad fusionada haya dejado de existir, sino que ahora existe en la sociedad fusionante.

- Generalidades de fusión

Para efectos fiscales se 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 código.

De lo anterior, se desprende que en el caso de fusión de sociedades, se estará en el supuesto de enajenación de bienes para efectos fiscales cuando no se cumpla con lo establecido en el artículo 14-B del ordenamiento en cuestión.

²³ No. 23, *Ibidem*, pp. 178 y 179.

En este sentido, el referido artículo 14-B establece que para los efectos de lo dispuesto por la fracción IX del artículo 14 del mismo código, se considera que no hay enajenación, entre otros, en el caso de fusión siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

En relación con la obligación de presentar el aviso de fusión a que se refiere el inciso a) antes citado, debemos mencionar que la fracción XIII del artículo 26 del Reglamento del Código Fiscal de la Federación establece que el aviso de fusión deberá presentarse por la sociedad que surja o subsista una vez que se lleve a cabo la fusión.

Cabe señalar que el Código Fiscal de la Federación 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.

Por lo tanto, previo a la fusión que se pretende llevar entre las partes, será necesario confirmar si las mismas participaron en una fusión o escisión en los últimos cinco años, en cuyo caso, será necesario solicitar autorización ante las autoridades fiscales.

Una vez definido el régimen general aplicable a fusiones, resulta necesario analizar las implicaciones fiscales particulares que en materia de impuesto sobre la renta e impuesto empresarial a tasa única resultarían aplicables en caso de que se lleve a cabo una fusión.

- Ley de Impuesto sobre la Renta

Están obligadas al pago del impuesto sobre la renta, entre otras, las personas morales residentes en México, respecto de todos sus ingresos cualquiera que sea la ubicación de la fuente de riqueza de donde procedan.

Para tales efectos, se considera ingreso acumulable, además de los señalados en otros artículos de dicha ley, la ganancia derivada de la enajenación de activos fijos y terrenos, títulos valor, acciones, partes sociales o certificados de aportación patrimonial emitidos por sociedades nacionales de crédito, así como la ganancia realizada que derive de la fusión o escisión de sociedades y la proveniente de reducción de capital o de liquidación de sociedades mercantiles residentes en el extranjero, en las que el contribuyente sea socio o accionista.

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.

Como se puede observar y como se ha analizado, en el caso de fusión no debiera porque haber un ingreso, y esto lo reconoce el propio legislador, sin embargo, pone algunos candados, que como ya fue comentado anteriormente, resultan en un entorpecimiento de las operaciones de los contribuyentes.

- Transmisión de atributos fiscales

Como se ha señalado a lo largo del presente, 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 las leyes fiscales respectivas. 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.

a) Pérdidas fiscales pendientes de amortizar

En relación con el saldo de pérdidas pendientes de amortizar, en términos del artículo 61 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, el derecho a amortizar las mismas se perdería y éste no se transmitiría a la sociedad fusionante.

b) Cuenta de Utilidad Fiscal Neta (CUFIN)

En términos del artículo 88 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, en el caso de fusión de sociedades el saldo actualizado que tenga la CUFIN deberá transmitirse, a la fecha de fusión, a la sociedad fusionante.

c) Cuenta de Capital de Aportación (CUCA)

Tratándose de la CUCA, el artículo 89 de la Ley del Impuesto sobre la Renta señala que, el saldo de dicha cuenta se deberá transmitir a la sociedad fusionante conforme a ciertas reglas particulares previstas en dicho artículo.

En términos generales, la Ley del Impuesto sobre la Renta señala que en el caso de fusiones verticales, parte de la CUCA se pierde. En el caso de fusiones horizontales la CUCA se transmite en su totalidad.

Consideró que la transmisión de CUCA en una fusión horizontal es un recoveco que tiene la ley, ya que se pueden hacer estrategias para generar CUCA sin límite alguno.

- Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única

- Generalidades

Para efectos del impuesto empresarial a tasa única, se encuentran obligadas al pago de dicho impuesto, las personas físicas y morales residentes en territorio nacional, así como los residentes en el extranjero con establecimiento permanente en México, por los ingresos que obtengan, independientemente del lugar en donde se generen, derivados de la enajenación de bienes, prestación de servicios independientes y el otorgamiento del uso o goce temporal de bienes.

El impuesto empresarial a tasa única se determina aplicando la tasa del 17.5% al resultado de disminuir a los ingresos percibidos en el periodo, las deducciones autorizadas conforme a las disposiciones aplicables.

Forman parte de los ingresos gravables para la determinación de la base de dicho impuesto, los conceptos que se mencionan a continuación:

- El precio o contraprestación obtenida por actividades gravadas;
- Impuestos (excepto aquéllos que se trasladen en términos de las disposiciones aplicables), derechos, intereses normales y penas convencionales; y
- Anticipos, depósitos, bonificaciones y descuentos y cualquier otro concepto que se traslade en términos de la Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única.

Se entiende por enajenación de bienes, prestación de servicios y otorgamiento del uso o goce temporal de bienes, las actividades consideradas como tales para efectos de la Ley del Impuesto al Valor Agregado.

La Ley del Impuesto al Valor Agregado establece en su artículo 8 que se entenderá por enajenación, además de lo señalado en el Código Fiscal de la Federación, el faltante de bienes en los inventarios de las empresas.

Por su parte el Código Fiscal de la Federación señala que se entenderá por enajenación la que se realice mediante fusión o escisión de sociedades, excepto en los supuestos a que se refiere el artículo 14-B de dicho Código.

En este sentido, como se puede observar, para efectos del Impuesto Empresarial a Tasa Única, en primer lugar, pareciera que en una fusión si hay enajenación y por lo tanto es un evento gravable para dicho impuesto.

No obstante lo anterior, en la medida en que se cumplan con los requisitos señalados en el Código Fiscal de la Federación, no debiera porque existir enajenación.

Ahora bien, en caso de que se de una enajenación por virtud de la fusión, se considerará que se están enajenando los bienes transmitidos vía la fusión. Para determinar el valor de los mismos, se considerará el valor de mercado.

- Ley del Impuesto al Valor Agregado

El impuesto al valor agregado es un impuesto indirecto y un impuesto al consumo, que grava entre otras actividades, a las enajenaciones que se realicen en territorio nacional.

Para tales efectos, la Ley del Impuesto al Valor Agregado señala que se considera enajenación, los supuestos que se señalan en el Código Fiscal de la Federación, mismos que como se han analizando antes, considera como regla general, una enajenación de bienes aquella que se de por fusión, excepto cuando se cumplan ciertos requisitos.

En este sentido, en caso de que se trate de una fusión que se consideré gravada para efectos fiscales de conformidad con el Código Fiscal de la Federación, es decir, que no se hayan cumplido con los requisitos señalados en el mismo, se considerará que existe enajenación para efectos del impuesto al valor agregado.

El objeto del gravamen serán los bienes que se hayan transmitido mediante fusión. Para tales efectos, se considerarán los valores de mercado de dichos bienes.

- Impuesto sobre adquisición de bienes inmuebles

El impuesto sobre adquisición de bienes inmuebles, es un impuesto local y dependerá de cada Estado, Municipio o localidad establecer reglas para su gravamen. En términos generales, este impuesto se causa por la transmisión de bienes inmuebles, y es pagado por el adquirente de los mismos; sin embargo, se deberá revisar cada legislación para su correcta aplicación.

6. Fusión como una alternativa eficiente para la reestructuración de sociedades – Problemática actual desde un punto de vista fiscal

Como ha sido analizado a lo largo de la presente, una fusión se puede realizar para llevar a cabo una reestructura de sociedades de manera eficiente.

Es decir, la figura de la fusión fue creada como una figura que permitiera organizar a un grupo de una manera ágil y eficiente. También sirve para que dentro de un mismo grupo se puedan compartir activos o pasivos, o bien, para que un nuevo inversionista pueda participar en una empresa o grupos de empresas.

Sin embargo, derivado a un abuso de algunos contribuyentes, la fusión se ha vuelto un tema “satanizado” por parte de las autoridades fiscales y las mismas han puesto candados y hechos verdades “entuerzos” legislativos.

Como pasa en muchas ocasiones, con el afán de cerrar algunas ventanas, las autoridades fiscales, perjudican a muchos contribuyentes que buscan con las fusiones ser más competitivos tanto nacional como internacionalmente.

Desde mi punto de vista, las autoridades fiscales debieran tener un poco más de tacto de negocios y no actuar como una mera recaudadora de impuestos, sino, como un generador de inversión en México que genere a su vez más riqueza al erario público, como a la inversión privada.

CONCLUSIONES

1. Considerando las definiciones señaladas a lo largo de la presente, pudiéramos concluir que la fusión es un acto corporativo a través del cual se transmiten a una sociedad que se denomina fusionante adquiere el control de los activos, pasivos y capital de otra sociedad denominada fusionada.

2. Tanto de un punto de vista jurídico como económico, existen distintas clasificaciones de fusiones, lo que genera un problema práctico, ya que nuestra legislación es muy escueta al señalar el tratamiento corporativo y fiscal de una fusión.

3. Algunas de las razones por las cuales una fusión resulta una alternativa eficiente de una reorganización de sociedades son las siguientes:

- Eficiencia operativa
- Recursos complementarios
- Uso de fondos excedentes

Asimismo, también existen razones que pudieran ser debatibles, tales como:

- Aumento de las ganancias por acción
- Adquisición hostil de empresas
- Compra de activos por debajo del costo

4. Considero que el establecimiento de los candados establecidos por las disposiciones fiscales en materia de fusiones, si bien, tienen un fondo que pudiera resultar lógico, generan costos administrativos para los Grupos y obstaculizan una eficiencia en los negocios. Lo anterior, ya que los requisitos que se señalan para pedir la autorización o dar aviso son en algunos casos ociosos.

5. Los efectos fiscales de una fusión, se describen en el apartado correspondiente, sin embargo, tienen como una premisa importante el patrimonio de la sociedad, ya que a través del entendimiento de la modificación de este por motivo de una fusión se llega a la determinación de los efectos fiscales correspondientes.

6. Desde mi punto de vista, las autoridades fiscales debieran tener un poco más de tacto de negocios y no actuar como una mera recaudadora de impuestos, sino, como un generador de inversión en México que genere a su vez más riqueza al erario público, como a la inversión privada.

BIBLIOGRAFÍA

1. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, “Enciclopedia Jurídica Mexicana, Tomo IV”.
2. ALVAREZ OCHOA, Martín, “Tesis doctoral de Economía. Insuficiencias Legales de la Reducción de Capital en las Pequeñas Empresas Agroindustriales Caso Colima 2004-2005”.
3. DELGADILLO GUTIERREZ, Luis Humberto, “Principios de Derecho Tributario”, Limusa, México, D.F., 2008, p. 76.
4. NIIF 3 de las Normas de Información Financiera emitido por el Consejo Mexicano para la Investigación y Desarrollo de Información Financiera, A.C.
5. SEVILLA GUERRERO, Ma. TERESA/VILLAR MINABURO, SANDRA “Adquisiciones de negocios”, Instituto Mexicano de Contadores Públicos, A.C., México, D.F. 2007, p. 22.
6. TAMEZ MARTINEZ, Xochitl, “Contabilidad de Sociedades, Teoría y Práctica”, Eumed, México, D.F. 2009, p. 36.
7. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua Española”, ESPASA-CALPE, Madrid, España, 2001
8. VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar, “Asambleas, fusión, liquidación y escisión de sociedades mercantiles”, Editorial Porrúa, México, D.F., 2001, pp. 304 y 305.

9. RODRIGUEZ DOMINGUEZ, Humberto y Joaquín, “El Tratamiento Fiscal de los Contratos de Fideicomiso, Fusión y Sociedades – 1982 Modulo 5, Dofiscal Editores, México D.F., 1982, pps. 26 y 27.
10. Secciones 184,185 y 186 del *Canada Business Corporation Act*
11. DE PINA VARA, Rafael, “Diccionario de Derecho”, Editorial Porrúa, México, D.F., 1995, p. 297.
12. GINEBRA SERRABOU, Xavier, “Fusión, transformación y escisión de sociedades ante la realidad de la empresa actual”, Editorial Porrúa, México, D.F., 2003, p. 10.
13. GALINDO LUCAS, Alfonso, “Fundamento de Valoración de Empresas”, EUMED, Málaga, España, 2005, p 101.
14. SANCHEZ OLIVAN, José, “La Fusión de Sociedades. Estudio Económico, Jurídico y Fiscal”, Editorial de Derecho Financiero, Madrid España, 1984, p. 155.
15. ESPASA-CALPE, Diccionario Jurídico Espasa, Editorial Espasa-Calpe, Madrid España, 2001
16. MANTILLA MOLINA, Roberto, Derecho Mercantil Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, D.F., 1966

* * * * *

RESOLUCION DEL CASO “TROUST HOTELS, INC.”

De conformidad con la solicitud realizada a través del memorándum que nos fue proporcionado., a continuación encontrarás nuestros comentarios en relación con los cuestionamientos particulares que se detallan en el apartado de Antecedentes.

ALCANCE

La presente se basa en la información que nos ha sido proporcionada a través del memorándum, misma que se describe más adelante en el apartado de Antecedentes.

Nuestra opinión se encuentra fundamentada en las disposiciones fiscales aplicables en México, vigentes a la fecha de este asunto. Dichas disposiciones pudieran ser modificadas o derogadas en cualquier momento, y por lo tanto las conclusiones señaladas en la presente pudieran dejar de ser validas.

No dejamos de advertir, que nuestras conclusiones pudieran no ser compartidas por algún tercero o autoridad fiscal, sin embargo, consideramos que existen argumentos serios y razonables que soportan nuestro dicho.

ANTECEDENTES

De conformidad con la información contenida en el memorándum que nos fue proporcionado, entendemos que cierto grupo dedicado a la inversión inmobiliaria e inversión de hoteles en el mundo, encabezado por una sociedad residente para efectos fiscales en los Estados Unidos de América denominada Trouts Holdings, Inc. (en adelante TROUTS) se está evaluando la posibilidad de

adquirir una empresa residente en México que es dueña y opera ciertos Hoteles en México (Pubasa, S.A. de C.V. (en adelante PUBASA)).

Entendemos que las acciones de PUBASA actualmente son propiedad de Hoteles y Desarrollos, S.A. de C.V. (HYDESA), sociedad residente en México, cuyas acciones cotizan en la Bolsa Mexicana de Valores (BMV) y ha emitido valores de deuda que cotizan tanto en la BMV como en diversas bolsas del extranjero.

Por su parte, nos fue informado que el comprador directo de las acciones sería una sociedad residentes en los Estados Unidos de América denominada Trouts Hotels, INC. (TROUTS HOTELS).

Dentro de los acuerdos para la compra y venta de las acciones se encuentran los siguientes:

a) Se deberán adquirir las acciones emitidas por PUBASA, y no así solamente los inmuebles,

b) TROUTS o alguna de sus subsidiarias adquirirán financiamiento para llevar a cabo la adquisición de las acciones y se busca que sea PUBASA la que considere los efectos del financiamiento en sus resultados (deducción de los intereses), asimismo, deberá ser ésta la que liquide el préstamo con los flujos que obtenga de su operación. Para tales efectos, se considera que la proporción de capital y deuda será de 25% capital y 75% deuda. El financiamiento provendrá de un banco mexicano, el cual ha solicitado una garantía hipotecaria sobre los Hoteles.

c) Por último se desea que sea PUBASA la que considere el pasivo como una deducción para efectos del impuesto al activo.

Considerando lo anterior, se nos han efectuado los siguientes cuestionamientos:

a) Posibilidad de llevar a cabo la operación de compra de las acciones emitidas por PUBASA, de tal forma que sea esta sociedad la que liquide el pasivo derivado del financiamiento otorgado para su propia adquisición

b) Los intereses que se devenguen derivados del financiamiento antes señalado pudieran ser considerados como deducibles para efectos del impuesto sobre la renta

c) Para efectos del impuesto al activo, la deuda adquirida para la adquisición de PUBASA pudiera ser deducible para ésta.

d) Regulaciones de tipo bursátiles o de regulación en materia de competencia económica.

DESARROLLO

A fin de facilitar el desarrollo de la presente, se analizarán cada uno de los cuestionamientos que fueron señalados en el apartado de Antecedentes, y consecuentemente, se analizarán ciertas alternativas para llevar a cabo la adquisición de las acciones emitidas por PUBASA de una forma eficiente, desde un punto de vista fiscal.

I. Reconocimiento del pasivo por parte de PUBASA y deducción de intereses

Como primer punto analizaremos si derivado de cómo se está considerando llevar a cabo la operación actualmente, PUBASA estaría en posibilidad de deducir los intereses que se generen del financiamiento.

Bajo este supuesto, TROUTS HOTELS sería la que estaría adquiriendo las acciones emitidas por PUBASA, por lo que para estos efectos, consideraremos que es TROUST HOTELS la sociedad que adquiere el financiamiento.

El artículo 1° de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente establece que están obligadas al pago del impuesto sobre la renta, entre otros, las personas físicas y morales residentes en México, respecto de todos sus ingresos cualquiera que sea la ubicación de la fuente de riqueza de donde procedan.

Asimismo, el artículo 10 de dicho ordenamiento señala que las personas morales residentes en México deberán calcular el impuesto sobre la renta a su cargo aplicando al resultado fiscal obtenido en el ejercicio, la tasa corporativa del 30%.

Continúa señalando el referido artículo 10 que la utilidad fiscal del ejercicio se obtendrá disminuyendo de la totalidad de los ingresos acumulables obtenidos en dicho ejercicio, las deducciones autorizadas por el Título II de la Ley del Impuesto sobre la Renta (“De las personas morales”). A la utilidad fiscal del ejercicio obtenida se le disminuirán, en su caso, la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas pagada en el ejercicio, así como las pérdidas fiscales pendientes de aplicar de ejercicios anteriores, para determinar el resultado fiscal del ejercicio de que se trate.

En caso de que las deducciones autorizadas sean superiores a los ingresos acumulables del ejercicio de que se trate, el resultado se considerará como pérdida fiscal del ejercicio, la cual se incrementará con la participación de los trabajadores en las utilidades pagada en el ejercicio, conforme a lo previsto en el artículo 61 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

El artículo 29 de la Ley del Impuesto sobre la Renta establece que los contribuyentes podrán efectuar ciertas deducciones para determinar el resultado fiscal del ejercicio y, específicamente, la fracción IX del artículo 29 antes mencionado señala que los contribuyentes podrán efectuar la deducción de los intereses devengados a cargo en el ejercicio, sin ajuste alguno.

La Ley del Impuesto sobre la Renta establece diversos requisitos que los contribuyentes deben cumplir a fin de considerar los intereses devengados a su cargo como conceptos deducibles. En este sentido, la fracción VIII del artículo 31 de la LISR señala que en el caso de intereses por capitales tomados en préstamo, **éstos se hayan invertido en los fines del negocio.**

En el caso particular, consideramos que no existen argumentos para soportar que PUBASA cumple el requisito antes señalado, ya que ésta no adquirió ningún capital tomado en préstamo, sino que sería TROUST HOTELS. Por lo tanto, PUBASA no estaría en posibilidad de deducir los intereses antes señalados.

II. Efectos en el Impuesto al Activo

Considerando que la opinión que se está emitiendo en la presente corresponde a una operación que se realizaría en el ejercicio actual (2011) se están utilizando disposiciones vigentes, por lo que el impuesto al activo es un impuesto que se derogó a partir del ejercicio de 2008, por lo que no emitiremos opinión alguna respecto a este tema.

Sin embargo, dado que el impuesto activo fue suplementado por el impuesto empresarial a tasa única, impuesto “complementario” del impuesto sobre la renta.

En efecto, el impuesto empresarial a tasa única sustituyó al impuesto al activo como un impuesto mínimo al impuesto sobre la renta. En este sentido, se establece una mecánica de acreditamiento que permite que el contribuyente únicamente pague por concepto de impuesto empresarial a tasa única el excedente respecto del impuesto sobre la renta.

Dicho impuesto empresarial a tasa única se determina sobre la base de flujo de efectivo, disminuyendo de los ingresos obtenidos por la enajenación de bienes, la prestación de servicios independientes y el otorgamiento del uso o goce temporal de bienes, las erogaciones necesarias para la realización de dichas actividades, excluyendo de estas deducciones, los costos de financiamiento, las regalías pagadas entre partes relacionadas y algunos otros conceptos.

Como se puede apreciar dentro de las exclusiones de las deducciones se encuentran, los costos de financiamiento, por lo que en principio²⁴, el pasivo derivado del financiamiento en cuestión no podría ser deducible para efectos del impuesto empresarial a tasa única.

III. Efectos en materia bursátil

En virtud de que nuestra área de especialidad es la fiscal, sería poco profesional de nuestra parte opinar respecto a obligaciones bursátiles o mercantiles, por lo que sugerimos que el planteamiento en cuestión sea revisado por los abogados corporativistas del Grupo.

²⁴ La Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única señala que los integrantes del sistema financiero, así como los que su actividad preponderante sea la intermediación financiera, deberán determinar el margen de intermediación financiera, y solo es en este caso cuando los intereses a cargo y favor se pueden considerar como acumulables y/o deducibles como una prestación de servicios. En el caso particular, este supuesto no es aplicable, ya que se trata de empresas hoteleras.

ALTERNATIVAS

Ahora bien, considerando las necesidades solicitadas tanto por el vendedor como el adquirente de las acciones emitidas por PUBASA, a continuación señalamos diversas alternativas, que desde nuestro punto de vista, pudieran cumplir las condiciones señaladas en el apartado de antecedentes y pudieran ser eficientes desde un punto de vista fiscal.

Alternativa I

Bajo esta alternativa, TROUTS HOTELS adquiriría el préstamo para adquirir las acciones emitidas por PUBASA. La garantía hipotecaria sería otorgada por la propia PUBASA, ya que ésta puede actuar como un aval tercero (ya que aún no se consideran partes relacionadas).

Hasta aquí no hay ningún cambio a la alternativa original, el pasivo se encuentra registrado en TROUTS HOTELS.; sin embargo, dado que lo que se desea es que sea PUBASA la que pague y pueda deducir el préstamo, lo que se realizaría sería lo siguiente:

- PUBASA al ser la empresa operativa del Grupo muy probablemente tenga utilidades fiscales, es decir, tenga un saldo de CUFIN, por lo que decretaría el pago de dividendos a favor de TROUST HOTELS, sin embargo, dichos dividendos no se liquidarían en efectivo, generándose así una cuenta por cobrar a cargo de PUBASA y a favor de TROUST HOTELS.

Con el fin de optimizar el uso de los recursos financieros del Grupo, PUBASA acordaría que el pago de dichos dividendos lo realizaría asumiendo por su cuenta el pasivo que TROUST HOTELS contrató de conformidad con lo antes señalado.

Entendemos que las autoridades fiscales pudieran rechazar la deducción de los intereses devengados a cargo de PUBASA derivado de asumir a su cargo el pasivo de TROUST HOTELS, considerando que existen algunos criterios aislados emitidos hace ya algunos años, en los cuales se considera como no deducible el pago de intereses por capitales tomados en préstamo, cuando éstos se utilizan para pagar dividendos, mismos que no son aplicables al caso concreto que en este apartado se analiza (adquisición de acciones propias)

Los criterios anteriores que emitieron algunos tribunales, señalan que para que el pago de intereses califique como un gasto estrictamente indispensable y, por consiguiente, proceda su deducción, es necesario que la actividad por la cual se solicitó el financiamiento que de lugar al pago de los intereses que se pretende deducir, forme parte de los fines del negocio de la Compañía y que dicha actividad esté contemplada dentro de los estatutos de la sociedad, situación que entendemos sucedería en el caso particular.

Dichos criterios no constituyen jurisprudencia y, por ende, no son obligatorios para otros tribunales, además de que fueron emitidos hace ya muchos años, cuando los criterios en materia fiscal implicaban análisis diferentes de la ley. Debe señalarse que los citados precedentes no analizan el caso particular, ya que los capitales tomados en préstamo por los cuales derivan los intereses no fueron contratados por PUBASA que repartiría un dividendo, sino, que fueron contratados por TROUST HOTELS y ésta a su vez le cedería la cuenta por pagar a PUBASA, para que ésta asumiera la obligación de pago.

Es importante señalar que en la fecha en que se emitieron las sentencias antes señaladas, no existían reglas respecto a la deducción de intereses, como las que existe actualmente en la ley, por lo que en nuestra opinión el legislador si hubiera querido controlar la deducción de intereses en el caso de capitales tomados en préstamo para el pago de dividendos, así lo hubiera señalado en la

propia ley. En este sentido, consideramos que si se pretendiera emitir alguna resolución aislada, los tribunales tendrían que considerar elementos distintos a los considerados por los tribunales en su momento.

Sin embargo, es importante tener en cuenta dichos criterios ya que podrían ser utilizados en contra de PUBASA y, como en caso de cualquier litigio no es posible garantizar resultados.

Si las autoridades fiscales pretendieran rechazar la deducción de los intereses devengados a cargo PUBASA al considerar que los mismos derivan de capitales tomados en préstamo para el pago de dividendos, a continuación señalamos los argumentos que pudieran hacerse valer a fin de sostener la deducción de dichos intereses.

a. Criterio de la autoridad fiscal y precedentes

Es importante mencionar, que el objeto de los Criterios No Vinculativos de las Disposiciones Fiscales y Aduaneras tienen por objeto informar a los contribuyentes, aquellas actividades que, desde el punto de vista de las autoridades fiscales, se consideran lesivas para el fisco federal.

A la fecha no ha sido publicado ningún criterio no vinculativo en materia de deducción de intereses por créditos contratados para el pago de dividendos. Por lo que, en nuestra opinión dichos intereses debieran ser considerados como deducibles para efectos del impuesto sobre la renta.

La ausencia de casos recientes dirimidos por estos conceptos en los tribunales y de criterios normativos emitidos por las autoridades fiscales, puede por si misma contribuir a soportar que en la medida en que no se violen las

restricciones a la deducibilidad de intereses actualmente prevista en las disposiciones fiscales, éstos no debieran estar sujetos a una restricción distinta.

b. Fines de una sociedad mercantil

Toda sociedad mercantil realiza actividades con ánimo de lucro, dichas actividades tienen el objetivo de generar utilidades a la sociedad, que posteriormente podrán repartirse a los accionistas o reinvertirse, según se acuerde, es decir, resulta ilógico considerar que el fin de una sociedad es el de generar utilidades por el simple hecho de mostrarlas en el balance, sin considerar que dichas utilidades, en última instancia, deberán ser distribuidas a sus accionistas.

Así, es posible concluir que el principal fin de toda sociedad mercantil, como lo es el de PUBASA es la obtención de utilidades para su reinversión en las actividades de la misma, y para su eventual distribución entre los accionistas como fin último de la sociedad.

Lo que es más, las acciones constituyen por tanto una parte alícuota del capital social y están representadas por títulos valor que otorgan a los accionistas, entre otros, derechos patrimoniales, mismos que confieren a los accionistas la prerrogativa de cobrar los rendimientos y de obtener el reembolso de su inversión con motivo de la disminución del capital. Dicho rendimiento es precisamente el dividendo que tiene como origen las ganancias generadas con motivo de la operación de la empresa.

c. Desinvertir vs apalancamiento

Ante la necesidad de pagar dividendos a sus accionistas, siguiendo la recomendación del Consejo de Administración, PUBASA debe evaluar el costo que representa tomar capitales en préstamo para pagar dichos dividendos, contra el costo que representaría vender los activos propios de la empresa.

Así, el efecto financiero de tener determinado nivel de apalancamiento de la sociedad, con respecto a desinvertir activos usados en la actividad propia PUBASA, se verá reflejado en dejar de generar una pérdida en el valor de las acciones del Grupo TROUTS con un consecuente beneficio para el accionista.

Considerando los argumentos anteriores, en nuestra opinión, existen elementos razonables para sostener la deducción de los intereses devengados a cargo de PUBASA derivado de asumir el pasivo a cargo de TROUTS HOTELS ya que en primera instancia, no se trata de capitales tomadas en préstamo para el pago de dividendos, y si las autoridades fiscales pretendieran sostener el rechazo de la deducción bajo el supuesto antes señalado, consideramos que existen razones económicas que pudieran hacerse valer en caso de que el asunto se dirimiera a los tribunales competentes tal y como fue señalado.

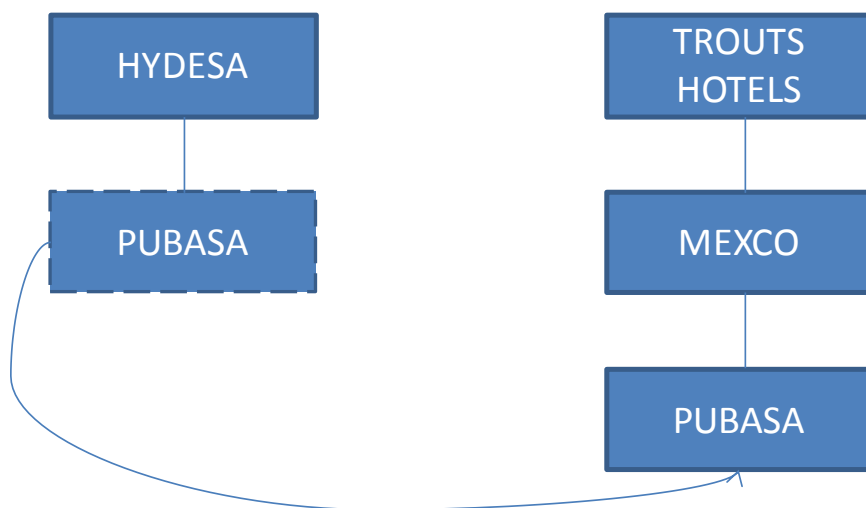
Es importante señalar que las conclusiones señaladas a lo largo de la presente, únicamente representan nuestra opinión respecto a los argumentos que existen para soportar las posturas ejercidas en la reestructura en comento; no obstante no dejamos de advertir que en caso de que las autoridades fiscales pretendieran seguir adelante con sus observaciones y los casos antes señalados se dirimieran a un tribunal, no es posible garantizar resultados.

Alternativa II

Bajo esta alternativa, sería una sociedad mexicana de nueva creación (MEXCO), constituida por TROUTS HOTELS y otro accionista minoritario, la que adquiriría el préstamo y por tanto la que adquiriría las acciones emitidas por PUBASA.

De igual forma, la garantía hipotecaria sobre los hoteles la daría PUBASA.

A fin de ejemplificar lo anterior, a continuación se señala un diagrama.



Una vez que se haya llevado a cabo la operación anterior, MEXCO será la que tenga registrado el pasivo. Sin embargo, a fin de que la garantía hipotecaria sea más transparente, MEXCO y PUBASA se fusionarán, siendo PUBASA la sociedad fusionante y MEXCO la sociedad fusionada.

La razón anterior sería una razón de negocios muy válida, ya que incluso se puede negociar con el Banco una tasa de interés más atractiva al ser la propia empresa deudora la que tenga dentro de su haber los inmuebles.

Bajo esta estructura, sería PUBASA la que tendría registrado el pasivo y la que estaría llevando a cabo la deducción de los intereses.

En este sentido, en nuestra opinión PUBASA estaría en posibilidad de deducir los intereses siempre y cuando se cumplan los requisitos que señale la Ley del Impuesto sobre la Renta respecto a la deducción de intereses.

En efectos tal y como fue señalado, el artículo 1° de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente establece que están obligadas al pago del impuesto sobre la renta, entre otros, las personas físicas y morales residentes en México, respecto de todos sus ingresos cualquiera que sea la ubicación de la fuente de riqueza de donde procedan.

Asimismo, el artículo 10 de dicho ordenamiento señala que las personas morales residentes en México deberán calcular el impuesto sobre la renta a su cargo aplicando al resultado fiscal obtenido en el ejercicio, la tasa corporativa del 30%.

Continúa señalando el referido artículo 10 que la utilidad fiscal del ejercicio se obtendrá disminuyendo de la totalidad de los ingresos acumulables obtenidos en dicho ejercicio, las deducciones autorizadas por el Título II de la Ley del Impuesto sobre la Renta (“De las personas morales”).

A la utilidad fiscal del ejercicio obtenida se le disminuirán, en su caso, la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas pagada en el ejercicio, así como las pérdidas fiscales pendientes de aplicar de ejercicios anteriores, para determinar el resultado fiscal del ejercicio de que se trate.

En caso de que las deducciones autorizadas sean superiores a los ingresos acumulables del ejercicio de que se trate, el resultado se considerará como pérdida fiscal del ejercicio, la cual se incrementará con la participación de los trabajadores en las utilidades pagada en el ejercicio, conforme a lo previsto en el artículo 61 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

El artículo 29 de la Ley del Impuesto sobre la Renta establece que los contribuyentes podrán efectuar ciertas deducciones para determinar el resultado fiscal del ejercicio y, específicamente, la fracción IX del artículo 29 antes mencionado señala que los contribuyentes podrán efectuar la deducción de los intereses devengados a cargo en el ejercicio, sin ajuste alguno.

La Ley del Impuesto sobre la Renta establece diversos requisitos que los contribuyentes deben cumplir a fin de considerar los intereses devengados a su cargo como conceptos deducibles. En este sentido, a continuación señalaremos cada uno de los requisitos, así como nuestros comentarios respecto a si PUBASA cumpliría con dichos requisitos en el caso particular.

i. Estrictamente indispensable

La fracción I del artículo 31 de la Ley del Impuesto sobre la Renta establece que las deducciones autorizadas deberán ser estrictamente indispensables para los fines de las actividades del contribuyente.

En este sentido, aun cuando no existe una definición en la legislación fiscal respecto a lo que se debe entender por el término “estrictamente indispensable”, debemos atender a otras fuentes de interpretación sobre este tema, considerando que se trata de un concepto jurídico indeterminado.

Al respecto, es conveniente atender a los criterios que tribunales federales han establecido para definir lo que debe entenderse como tal:

“DEDUCCIÓN DE GASTOS NECESARIOS E INDISPENSABLES. INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 29 Y 31, FRACCIÓN I, DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA.- De la lectura de los artículos 29 y 31, fracción I, de la Ley del Impuesto sobre la Renta, se desprende que las personas morales que tributan en los términos del Título II de la Ley del Impuesto sobre la Renta tienen la posibilidad de deducir, entre otros conceptos, los gastos estrictamente indispensables para los fines de la actividad del contribuyente. Las disposiciones mencionadas efectúan una mención genérica del requisito apuntado, lo cual se justifica 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. En términos generales, es dable afirmar 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 en forma cabal sus actividades como persona moral y que le reporte un beneficio, de tal manera que, de no realizarlo, ello podría tener como consecuencia la suspensión de las actividades de la empresa o la disminución de éstas, 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 susceptibles de deducir de los ingresos que se obtienen, 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. A partir de la indispensabilidad de la deducción, se desprende su relación con lo ordinario de su desembolso. Dicho carácter ordinario constituye un elemento variable, afectado por las circunstancias de tiempo, modo y lugar -y, por ende, no siempre es recogido de manera inmediata por el legislador, en razón de los cambios vertiginosos en las operaciones comerciales y en los procesos industriales modernos-, pero que de cualquier manera deben tener una consistencia en la mecánica del impuesto. En suma, es dable afirmar que los requisitos que permiten determinar el carácter deducible de algún concepto tradicionalmente se vinculan a criterios que buscan ser objetivos, como son la justificación de las erogaciones por considerarse necesarias, la identificación de las mismas con los fines de la negociación, la relación que guardan los conceptos de deducción con las actividades normales y propias del contribuyente, así como la frecuencia con la que se suceden determinados desembolsos y la cuantificación de los mismos.”

Amparo en revisión 1662/2006. Grupo TMM, S.A. 15 de noviembre 2006. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo.

(Énfasis añadido)

Así, tienen el carácter de estrictamente indispensables, aquellos gastos que resultan necesarios para la consecución del objeto social de la Compañía, de tal suerte que de no realizarse, se vería obstaculizado el funcionamiento operativo de la compañía y se imposibilitaría la realización de su objeto social.

Tanto en la tesis anteriormente transcrita emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como en la que a continuación se transcribe, se puede advertir que a juicio de nuestros tribunales para que un gasto sea estrictamente indispensable, es necesario que se relacione directamente con alguna de las actividades contempladas dentro del objeto social de la compañía. La tesis a la que nos referimos es la siguiente:

“GASTO ERICTAMENTE INDISPENSABLE.- PARA DETERMINAR LA PROCEDENCIA DE SU DEDUCCIÓN, DEBE ATENDERSE AL OBJETO SOCIAL DEL CONTRIBUYENTE.- (LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA VIGENTE EN 2004).- En términos del artículo 31, fracción I de la Ley del Impuesto sobre la Renta, vigente en dos mil cuatro, se establece entre otros, como requisito que las deducciones que establece el Capítulo II, de la referida ley, deben ser estrictamente indispensables para los fines de la actividad del contribuyente, con la salvedad que el propio precepto establece.- En ese sentido, atendiendo a la disposición referida, resulta incuestionable que a efecto de que el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, determine en el juicio de nulidad, si la deducción es estrictamente indispensable, debe atender cuál es el objeto social de la empresa, que se desprende del acta constitutiva, pues de esa manera tendrá los elementos suficientes para determinar, si el gasto erogado está relacionado directamente con la actividad de la empresa; si es necesario para alcanzar los fines de su actividad o el desarrollo de ésta y que de no producirse se podrían afectar sus actividades o entorpecer su normal funcionamiento o desarrollo. (105)”

Juicio Contencioso Administrativo No. 9084/04-11-02-5.- Resuelto por la Segunda Sala Regional Hidalgo-México del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, el 1° de agosto de 2006, por

unanimidad de votos.- Magistrado Instructor: Rubén Ángeles Enríquez.- Secretario: Lic. Roberto Carlos Ayala Martínez.

(Énfasis añadido)

En este sentido, consideramos que un gasto podrá ser estrictamente indispensable, cuando la erogación tenga relación con los fines del negocio y sea necesaria para el correcto desarrollo y funcionamiento de las compañías; esto es, cuando el gasto es necesario para el cumplimiento de sus fines.

Ahora bien, no necesariamente, el gasto estrictamente indispensable se refiere a aquellas actividades preponderantes, sino, se pueden referir a actividades auxiliares que se realicen para la obtención de ingresos, tal y como se puede observar de la siguiente 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 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.

(Énfasis añadido)

Del análisis a la referida tesis, claramente se puede observar 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 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 involucren la intención de los causantes de generar ingresos, las mismas deben ser deducibles.

Así, pudiéramos considerar que las actividades que por sí mismas tengan la intención de la generación de algún ingreso, debieran ser consideradas como gastos estrictamente indispensables, ya que de obtenerse el ingreso, generarán una utilidad la cual será gravable para efectos del impuesto sobre la renta.

En el caso particular, consideramos que PUBASA al ser una sociedad mercantil cuyo ánimo es lucrar, pudiera considerar los gastos de los intereses derivados del financiamiento otorgado por el Banco Mexicano como un gasto estrictamente indispensable, ya que los mismo si bien se realizaron para la adquisición de sus propias acciones, también es cierto que en caso de que no se hubiera llevado a cabo la adquisición de las acciones por el Grupo transnacional TROUTS, PUBASA no hubiera recibido el impulso (ya sea capital o de “know-how”) que un Grupo como TROUTS pueda generarle a PUBASA, y por ende, en una mayor factor de generación de ingresos futuros.

No obstante lo anterior, no dejamos de advertir que la operación anterior es bien conocida por las autoridades fiscales como una operación de “debt-push-down”, y su criterio ha sido que los pagos que efectúe la sociedad operativa (PUBASA) no son deducibles; sin embargo, en últimas fechas se han llegado a varios acuerdos con las autoridades fiscales que permiten la deducción de dichos intereses, siempre y cuando los demás requisitos que señalan las disposiciones fiscales sean cumplidos.

.
ii. Capitales tomados en préstamos invertidos en negocio

La fracción VIII del artículo 31 de la mencionada ley establece que en el caso de intereses por capitales tomados en préstamo, éstos serán deducibles siempre que se hayan invertido en los fines del negocio.

Como se puede apreciar, este requisito se encuentra estrechamente ligado a que el gasto sea estrictamente indispensable, es decir, que el gasto, en este caso, los intereses, deriven de capitales tomados en préstamos que se hayan invertido en el negocio.

Como fue señalado en el apartado anterior, consideramos que existen elementos para señalar que los capitales tomados en préstamos si se invirtieron en el negocio de PUBASA, ya que si bien, el préstamo fue para la adquisición de sus propias acciones, también es cierto, que TROUTS invertirá en el negocio de PUBASA.

iii. Valores de mercado

La fracción XIV del artículo 31 de la Ley del Impuesto sobre la Renta establece que los intereses que se deriven de créditos recibidos por el contribuyente deberán corresponder a los de mercado.

En este sentido, entendemos que el acreedor es un banco, por lo que se utilizan valores de mercado, por lo que las autoridades fiscales no debieran tener elementos sólidos para objetar este aspecto.

v. Capitalización delgada

La fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta 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 este sentido, el crédito proviene de un banco mexicano por lo que no hay problema alguno respecto a las reglas de capitalización delgada.

Un argumento que hemos tenido conocimiento que pudiera aplicar las autoridades fiscales para desvirtuar las operaciones en comento, es el que se trata de un acto simulado, es decir, se trata de un acto cuya verdadera naturaleza es distinta a la señalada.

En efecto, el artículo 2180 del Código Civil Federal, establece textualmente lo siguiente:

“Artículo 2180. Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas.”

Tanto la doctrina, como nuestro Código Civil Federal, distinguen dos clases de simulación, a saber, la absoluta y la relativa.

La simulación absoluta es cuando el acto simulado nada tiene de real, es decir, en palabras del tratadista Manuel Bejarano Sánchez, cuando detrás del acto ficticio no existe ningún acto jurídico en realidad.

La simulación es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter.

Nuestros Tribunales Federales respecto de los elementos que constituyen a la simulación, en la tesis número XV1.20.25 C, han establecido lo siguiente:

“SIMULACION, ELEMENTOS’ QUE LA CONSTITUYEN. Una correcta interpretación de los preceptos legales que regulan la figura jurídica de simulación, lleva a concluir que ésta se compone de los siguientes elementos: a) La existencia de la disconformidad entre la voluntad real y lo declarado externamente; b) La intencionalidad consciente entre las partes para ello; c) La creación de un acto aparente como consecuencia de lo anterior y d) Que la creación de ese acto aparente sea con la finalidad de engañar a terceros. Lo anterior si se tiene en cuenta que el concepto de tal figura consiste en la existencia de un contrato aparente, regido por otro celebrado a la vez y mantenido en secreto por las partes, para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto del que realmente se ha llevado a cabo. Así, cuando se invoca como excepción en un asunto jurídico, el demandado debe indicar con precisión los hechos que a su juicio configuraron cada uno de los elementos que la constituyen y, desde luego, aporta las pruebas necesarias para su demostración. De esta suerte, si quien alega la simulación no precisó y menos probó cuál era el otro contrato que regía el simulado, pues no dijo haberse celebrado éste para engañar a otro, ni tampoco señaló la existencia de un tercero afectado, no opera la figura jurídica de la simulación.”

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEXTO CIRCUITO. Amparo directo 477/92. Alfredo Fuentes Sánchez. 12 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Arredondo Elías. Secretario: Francisco Javier Solís López.
I Bejarano, Sánchez Manuel, Obligaciones Civiles, México, Oxford, 1999, p. 282

(Énfasis añadido)

De la tesis transcrita, se desprende que los elementos que constituyen la simulación son los siguientes:

- a) La existencia de la disconformidad entre la voluntad real y lo declarado externamente.
- b) La intencionalidad consciente entre las partes para ello.
- c) La creación de un acto aparente como consecuencia de lo anterior y,
- d) Que la creación de ese acto aparente sea con la finalidad de engañar a terceros.

Resulta entonces que las autoridades fiscales, cuando ejerzan sus facultades de comprobación, para determinar la existencia de simulación de actos jurídicos exclusivamente para efectos fiscales deben identificar, entre otras cosas: i) el acto simulado y el realmente celebrado, consecuentemente, la existencia de la disconformidad entre la voluntad real y lo declarado externamente; ii) cuantificar el beneficio fiscal proveniente de la simulación; y iii) señalar los elementos por los cuales se determinó la existencia de dicha simulación, incluyendo la intención de las partes de simular el acto (intención de engañar).

Como puede apreciarse, con base en estos lineamientos, las autoridades fiscales en uso de sus facultades de comprobación, no pueden declarar de manera arbitraria la simulación de actos jurídicos para efectos fiscales, debido a que esa práctica dejaría en un estado de completa indefensión a los contribuyentes, generaría inseguridad jurídica generalizada, además de que implícitamente desconocería la diversidad de opciones que los contribuyentes tienen para estructurar transacciones tuteladas al amparo de las leyes fiscales para llevar a cabo un objetivo lícito.

Ahora bien, el único artículo dentro de las disposiciones fiscales que hace referencia a que las autoridades fiscales puedan reputar un acto como un acto simulado, se encuentra en el artículo 213 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, el cual señala lo siguiente:

“Para los efectos de este Título y la determinación de los ingresos de fuente de riqueza en el país, las autoridades fiscales podrán, como resultado del ejercicio de las facultades de comprobación que les conceden las leyes, determinar la simulación de los actos jurídicos exclusivamente para efectos fiscales, la cual tendrá que quedar debidamente fundada y motivada dentro del procedimiento de comprobación y declarada su existencia en el propio acto de determinación de su situación fiscal a que se refiere el artículo 50 del Código Fiscal de la Federación, siempre que se trate de operaciones entre partes relacionadas en términos del artículo 215 de esta Ley.

En los actos jurídicos en los que exista simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes.

La resolución en que la autoridad determine la simulación deberá incluir lo siguiente:

- a) Identificar el acto simulado y el realmente celebrado;
- b) Cuantificar el beneficio fiscal obtenido por virtud de la simulación, y
- c) Señalar los elementos por los cuales se determinó la existencia de dicha simulación, incluyendo la intención de las partes de simular el acto.

Para efectos de probar la simulación, la autoridad podrá basarse, entre otros, en elementos presuncionales.

En los casos que se determine simulación en los términos de los cuatro párrafos anteriores, el contribuyente no estará obligado a presentar la declaración a que se refiere el artículo 214 de esta Ley.”

Como se puede observar de lo anterior, el artículo en comento se encuentra dentro del Título VI “De los Regímenes Fiscales Preferentes y de las Empresas Multinacionales”, y pareciera que de la redacción de dicho artículo el alcance del mismo únicamente aplica este título VI y no a los demás títulos de la LISR, como sería el título II de la LISR (“De las Personas Morales”), donde se ubica PUBASA.

Asimismo, también consideramos que en el caso particular no existe una intención de engañar al fisco mexicano, elemento fundamental para que se configure la simulación de un acto jurídico, debido a que como fue descrito anteriormente, la fusión entre MEXCO y PUBASA se lleva a cabo a fin de poder negociar una tasa de interés más atractiva con el Banco, considerando que

PUBASA es la dueña de los bienes inmuebles, que se encuentran en garantía hipotecaria.

De esta forma, no existe un acto cuyo propósito haya sido engañar al fisco mexicano, ya que las operaciones que se realizaron fueron, actos reales.

En este sentido, consideramos que existen elementos serios y razonables para sostener que la operación en comento no debiera de tratarse como una simulación de un acto jurídico, y por lo tanto, la aplicación del artículo 213 de la Ley del Impuesto sobre la Renta no resultaría aplicable para PUBASA, ya que realmente se trato de un acto real y concreto, que en ningún momento tuvo como finalidad ocultar algún otro acto o efecto distinto a los que ocurrieron y se presentaron a las propias autoridades fiscales.

Dentro de esta misma alternativa, se tendría que cumplir ciertos requisitos de forma, ya que involucra una fusión.

En efecto, para efectos fiscales, toda fusión se considera una enajenación para efectos fiscales, ya que existe una transmisión de bienes.

Sin embargo, el artículo 14-B del Código Fiscal de la Federación establece ciertos requisitos que de cumplirse, la fusión en comento, no se consideraría enajenación. Por lo que recomendamos se supervisen dichos requisitos a fin de no detonar una enajenación por la fusión en comento.

Las alternativas antes señaladas pudieran ser revisadas por las autoridades fiscales, y en su caso, éstas pudieran no estar de acuerdo con las conclusiones aquí señaladas, sin embargo, consideramos que existen argumentos para soportar las mismas.

* * * * *