



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

REPERCUSIÓN DE COSTOS Y GASTOS A PRORRATA POR

LA CASA MATRIZ DE UN GRUPO MULTINACIONAL A SUS SUBSIDIARIAS

TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE

MAESTRO EN DERECHO FISCAL

SUSTENTA EL

LIC. DAVID RAMOS BETANCOURT

DIRECTOR DE LA TESIS

DR. CARLOS ESPINOSA Berecochea

CONTENIDO

Introducción.....	3
Gastos a prorrata en el extranjero y sus implicaciones en México	6
Ley del Impuesto sobre la Renta	6
Tratados internacionales	11
Guías de Precios de Transferencia	20
Pronunciamientos recientes de los Tribunales.....	22
Conclusión.....	26
Anexo – Resolución al caso Trouts Hotels.....	28
Antecedentes.....	28
Planteamiento	30
Disposiciones fiscales aplicables.....	34
Paso 1	34
Paso 2.....	35
Pasos 3 y 4	35
Paso 5	36
Régimen General para Reducciones de Capital	36
Paso 6.....	47
Fusión	47
Transmisión de obligaciones	51
Transmisión de atributos fiscales	54
Impuesto al Activo.....	55
Conclusiones.....	58
Bibliografía	59

Introducción

El presente documento está basado en la información proporcionada como un caso de estudio para analizar y resolver desde un punto de vista fiscal y de negocios. Bajo el caso planteado y de acuerdo con los antecedentes para su resolución, Trouts Holdings, Inc. (en adelante TROUTS) es una sociedad residente para efectos fiscales en los Estados Unidos de América que encabeza un grupo de empresas cuya actividad principal consiste en invertir en inmuebles y en operar hoteles en distintos países del mundo.

A su vez, Trouts Hotels, Inc. (en adelante THI) es una subsidiaria de TROUTS residente también en los Estados Unidos de América para fines fiscales, que presta servicios corporativos internacionales y que está interesada en adquirir algunos inmuebles mexicanos destinados a la hotelería.

El caso plantea la problemática que enfrenta cierto grupo mexicano encabezado por la sociedad controladora denominada Hoteles y Desarrollos, S.A. de C.V. (en adelante HYDESA), propietaria en más del 51% de la sociedad denominada Pubasa, S.A. de C.V. (en adelante PUBASA), interesada en deshacerse de dos inmuebles que operan como hoteles y que son propiedad de esta última.

Las sociedades TROUTS e HYDESA acordaron realizar la compraventa de los inmuebles en cuestión bajo un esquema de negocios tal que la transmisión de los hoteles se llevara a cabo mediante la venta de las acciones propiedad de PUBASA y no mediante la venta de los inmuebles.

TROUTS concretaría la operación en cuestión mediante financiamiento, siendo los intereses derivados en consecuencia, absorbidos por PUBASA en su operación cotidiana. Asimismo, los flujos para pagar el principal de la deuda deberán ser también generados por PUBASA.

Para alcanzar el objetivo propuesto, en la resolución al caso en la forma de Memorandum incluido como anexo al presente documento, se arribó a la conclusión que de implementarse cierta reestructura corporativa, se lograría el objetivo de que el Grupo encabezado por TROUTS adquiriera los Hoteles del Grupo encabezado por HYDESA, mediante la adquisición de acciones emitidas por su subsidiaria PUBASA (propietaria de los mismos), manteniendo la estructura de capital y deuda deseada.

Ahora bien, una vez resuelta la problemática planteada en el caso de estudio, considerando que TROUTS es una sociedad residente para efectos fiscales en los Estados Unidos de América que encabeza a un grupo de empresas ubicadas en distintos países del mundo (México incluido, por las operaciones de PUBASA), cuya actividad principal consiste en invertir en inmuebles y en operarlos, en un entorno económico intencional, se enfrenta la problemática que representa el hecho que TROUTS incurra en diversos costos y gastos relacionados con su operación y la de sus subsidiarias.

En el ámbito intencional es común que la casa matriz de un grupo multinacional incurra en gastos de suma importancia que muchas veces deben ser compartidos por varios miembros del grupo. Las razones son muchas, pero destaca en el fondo el hecho de compartir los costos asociados a la operación, administración, desarrollo de tecnologías o bien para asumir los riesgos asociados a las propias operaciones del grupo, como es el caso de los seguros contratados globalmente. Estos gastos tienen implicaciones fiscales relevantes e impactan directamente los resultados de un mismo grupo de interés económico.

Usualmente, estos gastos son compartidos repercutiéndose de muy diversas formas, ya sea bajo un criterio arbitrario, basado ya sea en la proporción del beneficio que obtendrá cada localidad por los mismos o incluso en métodos de control de centros de costos asociados a complejos métodos estadísticos.

Partiendo del planteamiento anteriormente descrito, este documento tendrá enfoque en las implicaciones que desde un punto de vista estrictamente fiscal, tendrá la asignación o repercusión de gastos y costos incurridos por la casa matriz del caso de estudio (TROUTS)

y que son repercutidos a sus subsidiarias, incluyendo a PUBASA en México y las implicaciones que por ello enfrenta, considerando los antecedentes legislativos de las disposiciones fiscales que hoy rigen esos gastos, las tendencias internacionales en esta materia y los recientes pronunciamientos por parte de los Tribunales.

Gastos a prorrata en el extranjero y sus implicaciones en México

En primera instancia, resulta necesario analizar las implicaciones que de acuerdo con la legislación fiscal vigente en México se derivan respecto a los gastos a prorrata. Posteriormente, se analizarán las implicaciones que en el ámbito intencional resultan aplicables y finalmente se comentará sobre la postura de los Tribunales competentes, al dirimir sobre asuntos relacionados con el tema objeto de estudio.

Ley del Impuesto sobre la Renta

El artículo 1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta¹ establece que, entre otros, las personas morales residentes en México están obligadas al pago del impuesto respecto de todos sus ingresos cualquiera que sea la ubicación de la fuente de riqueza de donde procedan.

De acuerdo con el artículo 10 de la referida Ley, las personas morales deberán calcular el impuesto sobre la renta aplicando al resultado fiscal obtenido en el ejercicio la tasa del 30%.

De manera muy general, el resultado fiscal se obtendrá de disminuir de la totalidad de los ingresos acumulables obtenidos en el ejercicio, los siguientes conceptos: i) las deducciones autorizadas, ii) la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas pagada en el ejercicio y iii) las pérdidas fiscales.

Ahora bien, por lo que se refiere a las deducciones autorizadas, el artículo 29 de la Ley del Impuesto sobre la Renta establece una lista de conceptos que las personas morales residentes en México tienen derecho a considerar como deducciones para efectos de determinar el mencionado resultado fiscal.

Entre otros, la fracción III del citado artículo 29 de la Ley establece que los contribuyentes

¹ Ley del Impuesto sobre la Renta. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de enero de 2002. Fe de errata publicada en el Diario Oficial de La Federación el 24 de enero de 2002. Actualizada con disposiciones vigentes al 4 de enero de 2012.

podrán deducir los gastos netos de descuentos, bonificaciones o devoluciones.

El artículo 31 de la Ley del Impuesto sobre la Renta establece una lista de requisitos que deberán cumplir los contribuyentes con objeto de considerar un gasto como una deducción autorizada para efectos del impuesto sobre la renta, tales como que estas deben ser estrictamente indispensables para la actividad del contribuyente, así como contar con la documentación comprobatoria correspondiente que reúna los requisitos de las disposiciones fiscales.

El autor Juan Carlos Izaza Arteaga destaca el hecho de que las deducciones deben estar relacionadas con la actividad del contribuyente y no con la de terceros, condición que no sólo resulta del contenido de la ley misma, sino que lo contrario daría lugar a deducciones no indispensables para el contribuyente, sino para el tercero, de aquí su improcedencia.²

El artículo 32 de la Ley establece los conceptos específicos que no deben ser considerados como deducibles para efectos del impuesto sobre la renta.³

Específicamente, la fracción XVIII del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta establece lo siguiente:

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

² “Salvo el caso de los gastos que se hagan en el extranjero a prorrata con contribuyentes del impuesto sobre La renta en los términos de los Títulos II o IV de La Ley del Impuesto sobre La Renta, según lo previsto a contrario sensu por la fracción XVIII del artículo 32 de La ley de La materia.” Vid. IZAZA ARTEAGA, JUAN CARLOS. Estudio del Concepto “Estrictamente Indispensable”, como Principal Requisito de las Deducciones en el ISR y e IETU. Primera edición, noviembre de 2008. Academia de Estudios Fiscales de La Contaduría Publica, A.C.

³ “El lenguaje se utiliza para múltiples propósitos: comunicar ideas, evocar recuerdos, despertar emociones, describir historias, etcétera; sin embargo, cuando de lenguaje jurídico se trata, el espectro se reduce, pues el propósito es uno: describir hipótesis normativas generales y abstractas, las que pueden contener descripciones muy precisas o conceptuales, dependiendo de La situación que pretenda regularse. AI comprender que el legislador no puede prever todas las situaciones imaginables al momento de realizar su labor legislativa, se entiende que La solución se construye mediante previsiones o presupuestos jurídicos tan amplios como lo requiera su aplicación ante diferentes necesidades, pero, tan precisos como obligue La seguridad jurídica. Estos extremos se unen mediante los conceptos jurídicos indeterminados, cuya función es proveer un marco jurídico que explique el funcionamiento de presupuesto normativo, fije sus límites y evite los excesos.” Vid. IZAZA ARTEAGA, JUAN CARLOS. Estudio del Concepto “Estrictamente Indispensable”, como Principal Requisito de las Deducciones en el ISR y el IETU. Primera edición, noviembre de 2008. Academia de Estudios Fiscales de La Contaduría Publica, A.C. Vid. Ibídem 2.

(...)

*XVIII Los gastos que se hagan en el extranjero a prorrata con personas que no sean contribuyentes del impuesto sobre la renta en los términos de los Títulos II o IV de esta Ley.*⁴

De la lectura a la disposición anterior, es posible desprender que los gastos incurridos en el extranjero solo podrán considerarse como deducciones autorizadas, en la medida en que sean realizados con personas que estén sujetas a imposición en México en calidad de residentes, ya sean personas morales (contribuyentes del Título II) o físicas (contribuyentes del Título IV).

En el caso bajo análisis, en virtud de que PUBASA efectuaría eventualmente pagos a la casa matriz residente en el extranjero (TROUTS), en principio, dichos pagos no podrán considerarse como una deducción autorizada para efectos de la determinación de su resultado fiscal para fines del impuesto sobre la renta.

Es decir, con base en la disposición del impuesto sobre la renta que regula los gastos a prorrata, se desprende que cuando dichos gastos sean pagados a residentes en el extranjero, como es el caso de TROUTS, dichos gastos no serían deducibles para quien los pague, en este caso PUBASA.

Con base en lo anterior, aquellos gastos que sean incurridos por TROUTS y que sean repercutidos a PUBASA en la proporción que le corresponda participar de dichos gastos, en principio, no podrían considerarse como una partida deducible del impuesto sobre la renta para esta última.

Esto es, de una interpretación literal de la disposición contenida en la Ley del Impuesto sobre la Renta relativa a los gastos a prorrata, se desprende que cuando dichos gastos a

⁴ Ídem nota 1.

prorrata sean pagados a residentes en el extranjero, no serían deducibles para quien los pague, en el caso particular para PUBASA.

Cabe mencionar que las disposiciones fiscales no definen lo que debe considerarse como gastos a prorrata, por lo que a falta de norma fiscal expresa y atendiendo a lo previsto por el artículo 5 del Código Fiscal de la Federación⁵ se aplicarán supletoriamente las disposiciones del derecho federal común cuando su aplicación no sea contraria a la naturaleza propia del derecho fiscal, lo cual permite analizar dicho término desde el punto de vista jurídico.

La Enciclopedia Jurídica Mexicana⁶ define el concepto prorrata como *“parte, porción o cuota que corresponde a cada uno en el reparto de beneficios o cargas, deudas o créditos, que se distribuyen entre varios, hecha la cuenta proporcionada de lo que cada uno debe pagar o percibir”*.

Por su parte, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁷ define el término prorrata como *“cuota o porción que toca a alguien de lo que se reparte entre varias personas, hecha la cuenta proporcionada a lo más o menos que cada una deba pagar o percibir”*.

Al conjuntar las definiciones anteriormente citadas con lo previsto por la Ley del Impuesto sobre la Renta en relación con la calificación que da a los gastos a prorrata como conceptos no deducibles de la base del impuesto sobre la renta, es posible concluir que los gastos a prorrata representan erogaciones de cualquier naturaleza que incurra una persona quien a su vez los repercute de manera sistemática y proporcional a otras personas, sin que exista la prestación de un servicio y/o la entrega de algún bien por el cual se está repercutiendo el gasto.

⁵ Código Fiscal de La Federación. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1981. Actualizado con disposiciones vigentes al 4 de enero de 2012.

⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Enciclopedia Jurídica Mexicana. Editorial Porrúa. México 2002. Primera Edición. pág. 876.

⁷ Real Academia Española. Diccionario de La lengua española. Espasa. Madrid, España 2001. Vigésima Segunda Edición.

En el caso particular, existirían una serie de actividades y servicios que realizaría TROUTS a favor de PUBASA y el resto de sus subsidiarias, respecto de las cuales se repercute una contraprestación que, por representar un beneficio para las distintas empresas del grupo, se repercutiría de manera proporcional y que para efectos de la determinación de la base del impuesto sobre la renta, sería un concepto no deducible para PUBASA.

Para abundar en el tema, históricamente y según la exposición de motivos de la Ley del Impuesto sobre la Renta de 1959 en la que se incluyó por primera ocasión la restricción respecto a la posibilidad de deducir los gastos a prorrata pagados a residentes en el extranjero, se argumenta que se incluyó la prohibición de la deducción de gastos efectuados en el extranjero, cuando éstos no son hechos directamente por las empresas establecidas en el país, sosteniéndose el principio de que sólo son deducibles los gastos necesarios debidamente comprobados que hayan realizado los contribuyentes.

Tomando en cuenta el ámbito temporal en que fue creada la disposición en estudio, la *ratio legis* para la creación de la misma fue evitar erosionar la base gravable en México, como resultado de pagos excesivos que demandaren sociedades residentes en el extranjero de sus subsidiarias en México, para que estas últimas absorbieran indiscriminada y arbitrariamente gastos que únicamente las primeras debían soportar, pues no repercuten en ningún beneficio para las filiales a quienes se les impone la carga de sufragar una parte de esos gastos. Por lo tanto, se trata de lo que llamaríamos una “norma antiabuso”, que pretendía únicamente rechazar la deducción de erogaciones que, en esencia, no son necesarias para las sociedades residentes en México, por no reportarles beneficio alguno.⁸

Así las cosas, es posible concluir desde la perspectiva de la historia legislativa del actual artículo 32, fracción XVIII de la Ley del Impuesto sobre la Renta, que en la medida que el gasto sea necesario para el residente en México y le reporte un beneficio directo, aquel será deducible para efectos del impuesto sobre la renta, aunque se determine mediante una fórmula a prorrata. Ello en atención a que con la deducción de ese gasto no se estaría erosionando la base impositiva indebidamente, sino se trataría de un derecho legítimo del

⁸ PRADO LELO DE LARREA, Ana Paula. Revista Puntos Finos. México, Febrero 2010. Número 175, pág. 81.

contribuyente para determinar en forma real sus utilidades.⁹

Tratados internacionales

En el ámbito intencional es común encontrar que los miembros de grupos multinacionales acuerden entre sí, compartir (prorratar) los costos y riesgos asociados al desarrollo, producción u obtención de activos o servicios.

En muchas ocasiones, este tipo de acuerdos pretende simplemente diluir los costos de ciertos proyectos entre las partes que se beneficiarán de los mismos, aligerando así la carga económica que representan.

Hoy en día, el entorno internacional en el cual se desenvuelve México es muy distinto. Además, se cuenta con un sinnúmero de herramientas que permiten a las autoridades controlar y fiscalizar operaciones que se realizan con partes relacionadas ubicadas en el extranjero, lo cual cambia las premisas bajo las cuales se debiera controlar este tipo de operaciones, en vez de únicamente limitar su deducción.¹⁰

Al respecto, debe señalarse que los gastos a prorrata son una práctica reconocida inclusive por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), debido a que se incluyen conceptos similares en los reportes y documentos discutidos en esa organización.¹¹

Por otra parte, existen convenios internacionales celebrados por México en materia tributaria, los cuales contienen disposiciones para evitar la discriminación de residentes en otros países, con una redacción que pareciera “ir en contra” de lo previsto por el artículo 32 de la LISR, pues en el contexto de un Tratado bilateral para evitar la doble tributación, el que un gasto pueda o no ser deducido, por tener como contraparte a un residente del otro Estado que forma parte del convenio, pudiera verse como una “práctica discriminatoria”, en

⁹ Op.cit. 8. Pág. 82

¹⁰ MORALES MEDRANO, Raúl. UEHARA HASHIMOTO, Yoshio. Revista Puntos Finos. México, Noviembre 2010. Número 184, pág. 78.

¹¹ Op.cit. 10.

los términos de esos convenios.¹²

Debido a que en el caso en estudio TROUTS es una entidad residente para fines fiscales en los Estados Unidos de América, es necesario analizar si el Convenio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América para Evitar la Doble Imposición e Impedir la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta¹³ (en adelante el Convenio) establece algún beneficio para PUBASA en relación con los gastos a prorrata.

El cuarto párrafo del artículo 25 “No discriminación” del Convenio establece que a menos que se apliquen las disposiciones del párrafo 1 del artículo 9 (Empresas Asociadas), del párrafo 8 del artículo 11 (Intereses) o del párrafo 5 del artículo 12 (Regalías), los intereses, regalías y demás gastos pagados por un residente de un Estado Contratante (PUBASA) a un residente del otro Estado Contratante (TROUTS) son deducibles, para determinar los beneficios sujetos a imposición del residente mencionado en primer lugar (PUBASA), en las mismas condiciones que si hubieran sido pagados a un residente del primer Estado (México).

Esto es, los gastos de cualquier tipo incurridos por un residente en México pagados a personas que califican como residentes en los Estados Unidos de América para efectos fiscales, como es el caso de TROUTS, se deberán considerar deducibles bajo las mismas condiciones que si hubieran sido pagados a una entidad mexicana.

Por virtud de lo anterior, resulta necesario analizar si las disposiciones del párrafo 1 del artículo 9, párrafo 8 del artículo 11 o el párrafo 5 del artículo 12 del Convenio resultan aplicables para determinar si los pagos por concepto de gastos a prorrata pudieran considerarse como deducibles con base en las disposiciones del cuarto párrafo del artículo

¹² Op. cit. 10.

¹³ Convenio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América para Evitar La Doble Imposición e Impedir La Evasión Fiscal en Materia del Impuesto sobre La Renta y su Protocolo firmado el 18 de septiembre de 1992, modificado a través del Protocolo Adicional suscrito el 8 de septiembre de 1994 y a través del Segundo Protocolo Adicional firmado el 26 de noviembre de 2002 (el “Convenio”). Publicado en el Diario Oficial de La Federación los días 3 de febrero de 1994, 25 de enero de 1996 y el 22 de julio de 2003.

25 del Convenio.

El artículo 9 del Convenio establece que se están en presencia de empresas asociadas cuando:

“a) una empresa de un Estado Contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado Contratante; o

b) unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado Contratante y de una empresa del otro Estado Contratante y en uno y otro caso las dos empresas están, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir estas condiciones, y que de hecho no se han producido a causa de las mismas, pueden ser incluidos en los beneficios de esta empresa y sometidos a imposición en consecuencia.”¹⁴

Derivado de lo anterior, los gastos que serían asignados por parte de TROUTS a PUBASA en la medida en que sean determinados considerando valores de mercado, no se actualizaría el supuesto contenido en el artículo 9 del Convenio.

Por otra parte, las disposiciones establecidas en el párrafo 8 del artículo 11 (Intereses) o del párrafo 5 del artículo 12 (Regalías) del Convenio tampoco serían aplicables, en el entendido que se trataría de los costos asociados a la operación, administración, o bien por seguros contratados globalmente y no de intereses ni regalías a los cuales resultaría aplicable un tratamiento fiscal distinto, que no se analiza en el presente documento, al tratarse de temas diversos al que se pretende abordar.

¹⁴ Op.cit. 13. Artículo 9 Empresas Asociadas

Consecuentemente, la cantidad total de gastos a prorrata asignados a PUBASA por parte de TROUTS debieran ser deducibles, pues de lo contrario, se estaría dando un trato discriminatorio que violaría lo establecido en el artículo 25 del Convenio.

La regla 1.2.1.19. de la Resolución Miscelánea Fiscal para 2012 establece que para la interpretación de los tratados para evitar la doble tributación celebrados por México, serán aplicables los comentarios del modelo de convenio para evitar la doble imposición e impedir la evasión fiscal (en adelante los Comentarios), a que hace referencia la recomendación adoptada por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante OCDE), el 23 de octubre de 1997, o aquella que la sustituya, en la medida en que tales comentarios sean congruentes con las disposiciones de los tratados internacionales celebrados por México.¹⁵

El párrafo 73 de los Comentarios de la OCDE al artículo 24 “No discriminación” del Modelo Convenio para Evitar la Doble Imposición e Impedir la Evasión Fiscal, establece que el cuarto párrafo del artículo 24 de dicho modelo convenio se encuentra diseñado para evitar una particular forma de discriminación que resulta del hecho de que, en ciertos países, la deducción de intereses, regalías u otros gastos se permiten sin restricción cuando el beneficiario es un residente, mientras que se encuentra restringida o incluso prohibida cuando dicho beneficiario no sea residente.¹⁶

El profesor y tratadista Kees van Raad en su obra “*Materials on International & EC tax law*” realiza un análisis preciso sobre los comentarios relativos a los principios contenidos en el artículo 24 que valen la pena considerar, para efecto de esclarecer con precisión el alcance de los comentarios e intención del multicitado artículo 24.

“Se ha sugerido que deberían incluirse observaciones preliminares en el comentario sobre el artículo 24 para reflejar esos principios básicos que deben guiar la interpretación de los

¹⁵ Resolución Miscelánea Fiscal para 2012. Publicada en el Diario Oficial de La Federación el 28 de diciembre de 2011.

¹⁶ *Model Tax Convention (Condensed version)*. ISBN 978-92-64-04818-8. *OECD Publications* Francia 2008. Pág. 301.

distintos párrafos del artículo. Esas observaciones podrían abarcar las siguientes áreas:

- Comparabilidad: aunque difiere de la redacción de las diversas disposiciones del artículo 24, un tema común es que la discriminación puede surgir sólo cuando todos los factores son iguales y la diferencia de trato se basa sólo en la diferencia que está prohibida por la disposición pertinente. Un tratamiento diferente, no resultaría automáticamente en una violación a estas disposiciones.
- No se requiere mejor tratamiento: ¿en qué medida las disposiciones del artículo 24 sirven para justificar un tratamiento que es mejor que el de un nacional o residente?
- Relación con otros artículos del Convenio: claramente, lo que está expresamente mandado o autorizado por otras disposiciones del Convenio no puede constituir una violación de las disposiciones del artículo 24.
- Discriminación encubierta o indirecta: ésta ha sido la pregunta respecto a definir ¿en qué medida pueden interpretarse las disposiciones de no discriminación del artículo 24 para cubrir no sólo “abiertamente” la discriminación (es decir, un caso donde la medida fiscal pertinente distingue claramente las dos categorías de contribuyentes en comparación con la disposición pertinente, como una medida fiscal que trataría a nacionales y extranjeros diferente), pero también una discriminación “encubierta” (es decir, un caso donde la medida fiscal pertinente no distingue directamente entre las dos categorías de contribuyentes en comparación con la disposición pertinente pero puede tener ese efecto indirecto como una medida que, en la práctica, se aplica casi exclusivamente a los extranjeros)? En otras palabras, ¿las disposiciones del artículo 24 hacen una discriminación “indirecta”, por ejemplo, en casos donde puede considerarse imposible para un contribuyente extranjero satisfacer las condiciones para un tratamiento fiscal específico, aunque la redacción de la disposición en si misma no excluye a los contribuyentes extranjeros? La cuestión sería pertinente, por ejemplo, donde en una capitalización delgada no se niega expresamente la deducción de intereses pagados a no residentes (que

potencialmente contravendría lo dispuesto por el párrafo 4 del artículo 24) pero lo hace con respecto a los intereses pagados a los contribuyentes que no están sujetos a la más completa responsabilidad fiscal, que suele ser el caso de los no residentes, en contraposición a los residentes.

- Las disposiciones del artículo 24 no se ocupan de todas las formas de discriminación posible: las disposiciones del artículo 24 cubren determinadas situaciones concretas. Aparte de estos casos específicos, un tratamiento diferente o menos favorable es posible. Las reglas más amplias contra la discriminación que se encuentran en otros tipos de convenios, por tanto, tienen poca relevancia a efectos de la aplicación e interpretación del artículo 24.
- Principio de nación más favorecida y reciprocidad: las disposiciones del artículo 24 no buscan garantizar el llamado tratamiento de “nación más favorecida”. Se ha sugerido que esto podría reconocerse en el comentario posiblemente haciendo referencia a un principio de reciprocidad que sería, por ejemplo, impedir la extensión del tratamiento favorable derivado de un acuerdo regional para cuando uno de los Estados contratantes es miembro, pero el otro no.”¹⁷

Considerando lo señalado en dicho comentario, así como en el cuarto párrafo del artículo 25 del Convenio, éstas disposiciones deben entenderse como diseñadas para permitir la deducción de los pagos efectuados por PUBASA a TROUTS, en la medida en que dichos pagos deriven de transacciones realizadas a valores de mercado, pues lo contrario implicaría incurrir en la práctica que se desea combatir.

El cuarto párrafo del artículo 25 del Convenio establece que los beneficios del Convenio no resultarán aplicables en el supuesto de que los pagos hechos por una compañía de un Estado Contratante (PUBASA) a un residente del otro Estado Contratante (TROUTS) ocurran entre partes en donde hay una relación especial entre el deudor y el beneficiario, o

¹⁷ VAN RAAD, Kees. *Materials on International & EC tax law*. Novena edición, 2009. *International Tax Center Leiden*. Pág. 851

en la que uno u otro mantengan con terceros.

Esto es, el beneficio establecido en el cuarto párrafo del artículo 25 del Convenio no resulta aplicable cuando las relaciones comerciales o financieras entre el deudor y el beneficiario son impuestas o aceptadas y, por lo tanto, difieren de las condiciones que se hubieran estipulado entre partes independientes (que las transacciones efectuadas con TROUTS se encuentren determinadas a valores de mercado).

Del análisis anterior, a pesar de que la Ley del Impuesto sobre la Renta prohíbe de manera expresa la deducción de los gastos a prorrata pagados a residentes en el extranjero, bajo el ámbito internacional pudiera llegarse a sostener que los pagos que PUBASA realice a favor de TROUTS califican como deducibles, en virtud de que lo previsto en el artículo 25 del Convenio debe prevalecer sobre la limitante prevista en el artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, al tener el Convenio una jerarquía superior dentro de la estructura legal mexicana, en la medida en que los gastos estén determinados a valores de mercado.¹⁸

Sirve de apoyo para lo anterior la resolución emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de la jerarquía normativa de los Tratados Intencionales, misma que a continuación se transcribe:

***“TRATADOS INTERNACIONALES SE UBICAN
JEJURQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES
FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA***

¹⁸ En los convenios de doble imposición internacional, la interpretación como operación hermenéutica constituye un proceso complejo, pues no solo supone determinar el sentido de una norma, sino que entran en juego en su aplicación dos tipos de normas: las normas propias del Derecho tributario intencional tras su integración en los ordenamientos jurídicos de los Estados, y las normas internas, lo que plantea el problema de su articulación. Además, dada la naturaleza del convenio o tratado -negocio jurídico bilateral o multilateral- la interpretación debe tener origen en la voluntad acordada de las partes contratantes, lo que en determinadas ocasiones no resultara fácil al entrar en juego los intereses recaudatorios de los Estados implicados. En consecuencia, dicha labor debe resultar uniforme a las partes contratantes, pues, de un lado, la naturaleza jurídica de un tratado o convenio (negocio contractual entre Estados) así lo requiere, so pena de infringir el derecho internacional y, de otro, una interpretación unilateral discorda, en la mayoría de las ocasiones, no eliminarla la doble imposición intencional creando disfunciones del sistema convencional y alejándose de la justicia tributaria de nuestro ordenamiento jurídico. Vid. CALDERON AGUILERA, Alejandro La Interpretación de los Convenios para Evitar La Doble imposición internacional Primera edición, abril de 2008. Academia de Estudios Fiscales de la Contaduría Pública, A.C.

CONSTITUCION FEDERAL. *Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión “... serán La Ley Suprema de toda La Unión...” parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con La existencia de “leyes constitucionales”, y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la Republica a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino*

que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano encualquier materia, independientemente de que para otros efectos esta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”. No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P.C./92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, pagina 27, de rubro: “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA.”; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.”

Amparo en revisión: 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Transito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos.

Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

El Tribunal Pleno, (en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el numero LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve.”

Como se podrá observar, los pagos que en su caso sean efectuados por PUBASA como resultado de los gastos a prorrata que le sean asignados por parte de TROUTS, debieran ser considerados como deducibles en México de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 del Convenio antes analizado.

Guías de Precios de Transferencia

Todo lo anteriormente expuesto resulta congruente con lo establecido en las Guías de Precios de Transferencia de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante las Guías).¹⁹

Es importante mencionar que la aplicación de las Guías se encuentra establecida de manera supletoria por el propio artículo 215 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, por lo que las mismas resultan aplicables en la interpretación de las normas fiscales mexicanas.

El párrafo 8.3 de la sección B del capítulo VIII “Acuerdos de Reparto de Costos” (*Cost Contribution Agreements*) de las Guías, establece que el Acuerdo de Reparto de Costos (en adelante CCA por sus iniciales en inglés) es un acuerdo marco celebrado entre empresas que permite distribuir los costos y los riesgos de desarrollar, producir u obtener activos, servicios o derechos y determinar la naturaleza y alcance de los intereses de cada uno de los participantes en estos activos, servicios o derechos. Un CCA puede entenderse como un acuerdo contractual, más que una entidad jurídica distinta o un establecimiento permanente compuesto por todos sus participantes.

Con base en las Guías, en un CCA las aportaciones que realiza un participante al acuerdo se efectúan con base en la participación que dicho participante espera obtener de los beneficios de dicho acuerdo.

¹⁹ *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. ISBN 978-92-64-09033-0- No. 57511. OECD Publications Francia 2010.

Asimismo, cada participante en un CCA tendrá derecho a explotar de manera independiente su participación en el CCA, como propietario efectivo de esa parte y no como licenciataria, y no deberá pagar regalía alguna a cualquiera de las partes del acuerdo.

En ese sentido, el párrafo 8.3 de las Guías establece que las aportaciones de un participante en un CCA deberán tratarse desde un punto de vista fiscal de acuerdo con las reglas tributarias generales que se aplicarían a dicho participante si éstas aportaciones se efectuaran al margen de un CCA para realizar la misma actividad objeto del acuerdo (por ejemplo para llevar a cabo actividades de investigación y desarrollo, obtener un beneficio patrimonial en los activos necesarios para el ejercicio de la actividad del CCA). El carácter de la aportación, por ejemplo un gasto en investigación y desarrollo, dependerá de la naturaleza de la actividad llevada a cabo por el CCA y determinará su tratamiento desde un punto de vista fiscal.

En adición a lo anterior, dicho documento establece los lineamientos generales para determinar cuándo las condiciones establecidas entre empresas asociadas bajo un CCA son consistentes con el principio de *arm's length*, es decir, que están pactadas a valores de mercado.

Conforme a las Guías, tratándose de los servicios prestados por una de las sociedades del grupo en favor de las demás, deberá asignarse la proporción correspondiente en dicha sociedad de conformidad con la metodología que resulte más apropiada según la naturaleza y las circunstancias que prevalezcan en ese momento. Según se establece en el párrafo 7.25, la asignación podrá estar basada en el número de empleados, el retorno obtenido, volumen de negocios o cualquier otro criterio, dependiendo la validez del método elegido, de la naturaleza y de la utilización del servicio.

De acuerdo con el párrafo 7.31 de las Guías, de manera frecuente lo anterior implicará la utilización de los métodos de precio comparable no controlado o costo adicionado, mismos que se aplicarán en función del que resulte más apropiado atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso.

Como se puede observar, las Guías contemplan la posibilidad de que dichas actividades sean centralizadas en una sola entidad del Grupo y que los costos sean asignados entre las empresas del mismo, en la medida en que estos sean determinados a valores de mercado.

En adición a lo anterior, las Guías establecen que dichos costos deben ser tratados para efectos fiscales de la misma manera que se aplicarían bajo los términos de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

Dicho lo anterior, es posible concluir que los pagos que en su caso efectuó PUBASA a TROUTS podrán ser considerados como deducibles para efectos del impuesto sobre la renta en México, como si se hubiesen pagado a un residente en México.

Pronunciamientos recientes de los Tribunales

Durante el año 2011, la Segunda Sala Regional Metropolitana del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (en adelante TFJFA) emitió una resolución favorable en materia de gastos a prorrata a un contribuyente. Se trata de una resolución en materia de precios de transferencia, mostrada en sentencia de primera instancia, que de ninguna manera puede tomarse como definitiva.

Como antecedentes para este caso, las autoridades fiscales mediante el ejercicio de sus facultades de revisión aplicadas en el ejercicio fiscal de 2004 iniciaron sus facultades respecto de operaciones de compra de productos tangibles por un residente en México a una parte relacionada residente en el extranjero, para su distribución en México.

El contribuyente contaba con documentación comprobatoria en materia de precios de transferencia, que soportaba que sus operaciones se encontraban a valores de mercado; sin embargo, las autoridades fiscales concluyeron que las compras se efectuaron a valores superiores a los de mercado.

Considerando lo anterior, y tras la determinación de diferencias mediante resolución emitida por parte de las autoridades fiscales, el contribuyente solicitó la nulidad del acto administrativo.

Así, la Segunda Sala del TFJFA recibió el expediente y resolvió el caso pronunciándose a favor del contribuyente al considerar los siguientes argumentos:

1. La Ley del Impuesto sobre la Renta y las Guías de Precios de Transferencia emitidas por la OCDE permiten el uso de ajustes razonables.
2. Para la correcta aplicación del método de precios de transferencia utilizado por el contribuyente, es indispensable tomar en cuenta, en adición a lo señalado por los artículos 215 y 216 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, las Guías de Precios de Transferencia emitidas por la OCDE.
3. Resulta aplicable el Convenio celebrado y se concluye que el rechazo de las deducciones que incurriera un residente en México por gastos a prorrata con un residente en el extranjero, resulta en una violación al principio de no discriminación contenido en Convenio celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América para Evitar la Doble Imposición, prevaleciendo éste sobre la legislación fiscal mexicana. No obstante, se exceptúa de esta protección a aquellos gastos respecto de los cuales, se pruebe incumplimiento a las normas de independencia o principio *arm's length*.
4. Compartir costos y riesgos relativos al desarrollo, producción u obtención de activos, servicios o derechos, no es violatorio del principio de libre concurrencia o *arm's length*.

En adición a lo anterior, el Pleno de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa emitir la siguiente tesis, en la que se pronuncia como sigue:

“CONVENIO PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN EN MATERIA DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y EL PATRIMONIO CELEBRADO ENTRE MÉXICO Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.- PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN INDIRECTA. En el artículo 25 (4) de dicho Convenio para evitar la doble imposición, se pacta por los Estados contratantes la sujeción al Principio de no discriminación indirecta, con el fin de evitar la discriminación en la legislación doméstica o interna de cada Estado Contratante respecto de los pagos de intereses, regalías y demás gastos pagados por un residente de un Estado Contratante a un residente de otro Estado no residente del primero, que deben ser deducibles en el primer Estado y no prohibirse bajo el argumento de haberse realizado a un no residente de ese Estado. Lo que evidencia que se pacta ese principio para exigir el mismo tratamiento al pago efectuado a un no residente que correspondería en iguales condiciones a un pago a un residente. En consecuencia, si el legislador federal derivado del ejercicio de su Poder Tributario estableció en el artículo 32, fracción XVIII de la Ley del Impuesto sobre La Renta vigente en 2003, la prohibición de la deducibilidad de los gastos que se hagan en el extranjero a prorrata con quienes no sean contribuyentes del impuesto sobre la renta en los términos de los Títulos II (Personas Morales) o IV (Personas Físicas) y la autoridad fiscal determina un crédito fiscal rechazando la deducción efectuada por el residente en México de pagos a prorrata realizados a un residente en el extranjero, con apoyo en el artículo 32, fracción XIII de la Ley de la Materia, ello se traduce en la violación al Principio de no discriminación indirecta que tiene preeminencia en su aplicación, siempre y cuando no se actualicen las hipótesis de excepción previstas en el artículo 25 (4) del Convenio señalado, que libera de tal exigencia cuando se trate de rentas relativas al pago de intereses, regalías u otros gastos, respecto de las cuales se determine que son contrarias a las normas aplicables que protegen el Principio de independencia o at arm's

length.

Juicio Contencioso Administrativo Núm. 13403/09-17-01-4/503/10-PL-07-09.- Resuelto por el Pleno de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en sesión de 16 de agosto de 2010, por mayoría de 8 votos a favor, 1 voto con los puntas resolutivos y 1 voto en contra.- Magistrada Ponente: Silvia Eugenia Díaz Vega.- Secretaria: Lie. Adriana Domínguez Jiménez.

(Tesis aprobada en sesión de 24 de enero de 2011)”

Con base en lo expuesto anteriormente, es posible apreciar que las resoluciones del TFJFA están más apegadas a un análisis armónico con las disposiciones internacionales que rigen las transacciones intercompañía.

Así, es posible observar un mayor análisis técnico por parte de las autoridades judiciales y tribunales competentes, que sin lugar a dudas tienen como consecuencia arribar a resoluciones que lejos de ser dictadas a favor de los intereses del Estado, concuerdan con la dirección que en este tipo de acciones se han presentado en el ámbito intencional.

Conclusión

Partiendo de una interpretación literal de lo incluido en la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente desde el año 1959 y manteniendo un *status quo* en el que no se tomara en cuenta la influencia y tendencias intencionales de un mundo cada vez más globalizado, sería muy sencillo consentir con lo que hasta la fecha permanece en la fracción XVIII del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, respecto a la limitante sobre la deducibilidad de los gastos que se hagan en el extranjero a prorrata.

En el contexto global actual, los Convenios intencionales en materia de impuestos sobre la renta, apuntan cada vez más hacia una apertura y racionalización respecto a permitir que los costos compartidos por la casa matriz de un grupo de interés económico a sus subsidiarias, sean parte de las deducciones habituales de éstas puesto que dichos costos representan en última instancia la obtención de un beneficio.

Incluso, un organismo intencional como es la OCDE se pronuncia, ya sea en los Comentarios o en las Guías, en el sentido de que los lineamientos relativos a gastos a prorrata obedecen a estrategias de negocio implementadas por los grupos multinacionales y que fomentan el comercio intencional.

La repercusión de costos no se trata pues de una asignación arbitraria, sino que representa un esfuerzo por lograr una eficiente carga administrativa entre las diversas entidades integrantes de un grupo que, desde su casa matriz, incurre en diversos costos y gastos con objeto de lograr un beneficio común que de otra manera nunca se vería reflejado.

Las Guías constantemente modifican el panorama en materia de precios de transferencia, pues clarifican que cierto tipo de reestructuras requieren una compensación en operaciones entre partes relacionadas; proporcionan lineamientos más específicos que introducen nuevos retos, pero que también generan oportunidades tanto para los contribuyentes como para las propias autoridades fiscales.

Todo ello, genera la necesidad de contar con un más adecuado tratamiento fiscal en la legislación mexicana, así como una mayor certidumbre jurídica en materia de deducibilidad y precios de transferencia, que permitan su aceptación como gastos deducibles.

Esta, a mi entender, es la postura que aunque por aislado que parezca, han iniciado a tomar las autoridades judiciales, particularmente en el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y que muy probablemente influya en futuros pronunciamientos sobre este particular.

Anexo – Resolución al caso Trouts Hotels

**MEMORANDUM
CONFIDENCIAL**

Para: H. Consejo de Administración
Truts Hotels, Inc.

De: C.P. David Ramos Betancourt

Ref: Consulta sobre adquisición de hoteles en México

Estimados señores:

De acuerdo con su solicitud, a continuación encontrarán los comentarios en relación con las implicaciones de carácter fiscal que en México se derivarían para Trouts Hotels, Inc. como consecuencia de la adquisición de ciertos inmuebles dedicados a la prestación de servicios de hotelería actualmente propiedad de una sociedad mexicana.

Antecedentes

De acuerdo con la información proporcionada, Trouts Holdings, Inc. (en adelante TROUTS) es una sociedad residente para efectos fiscales en los Estados Unidos de América que encabeza un grupo de empresas cuya actividad principal consiste en invertir en inmuebles y en operar hoteles en distintos países del mundo.

A su vez, Trouts Hotels, Inc. (en adelante THI) es una subsidiaria de TROUTS residente también en los Estados Unidos de América para fines fiscales, que presta servicios corporativos internacionales y que está interesada en adquirir algunos inmuebles mexicanos destinados a la hotelería.

Se ha informado que el grupo mexicano encabezado por la sociedad controladora denominada Hoteles y Desarrollos, S.A. de C.V. (en adelante HYDESA) es propietaria en mas del 51% de la sociedad denominada Pubasa, S.A. de C.V. (en adelante PUBASA) la cual esta interesada en deshacerse de dos inmuebles que operan como hoteles y que son propiedad de esta última. Es importante señalar que no se ha especificado si el Grupo en cuestión consolida sus resultados para fines fiscales, por lo que no se analizarán las implicaciones fiscales que pudieran derivarse en consecuencia.

Considerando lo anterior, las sociedades TROUTS e HYDESA han acordado realizar la compraventa de los inmuebles en cuestión bajo las siguientes condiciones.

1. La transmisión de los hoteles debe llevarse a cabo mediante la venta de las acciones propiedad de PUBASA y no mediante la venta de los inmuebles.
2. TROUTS ha manifestado que realizará la operación en cuestión mediante financiamiento. Los intereses derivados en consecuencia, deberán ser absorbidos por PUBASA en su operación cotidiana.
3. Los flujos para pagar el principal de la deuda deberán ser también generados por PUBASA.
4. TROUTS ha solicitado específicamente que el monto del pasivo pueda ser deducido para efectos del cálculo del impuesto al activo derivado de la propiedad de los hoteles.

Para alcanzar el objetivo propuesto, se ha señalado adicionalmente que la proporción de capital y deuda que se utilizará para la compra de los Hoteles será de 25% de capital y 75% de deuda. El financiamiento provendrá de un Banco Mexicano, el cual ha solicitado una garantía hipotecaria sobre los Hoteles.

Planteamiento

Con base en los antecedentes señalados, se ha solicitado determinar las implicaciones que desde un punto de vista fiscal mexicano se generarían como consecuencia de la operación en comento bajo la siguiente óptica:

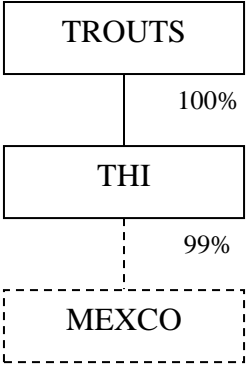
- a) Si es posible llevar a cabo la operación de compra de las acciones de PUBASA de tal manera que los flujos para el servicio de la deuda sean generados directa e inmediatamente por la propia sociedad mexicana.
- b) De ser posible lo anterior, definir si los intereses que se generen serían o no deducibles para PUBASA, de los ingresos propios de su actividad para efectos del impuesto sobre la renta a su cargo.
- c) Si el pasivo incurrido para la compra de los Hoteles sería deducible para efectos del impuesto al activo derivado de la inversión en los Hoteles.

En primer lugar es necesario señalar las estructuras corporativas que se tienen antes de celebrar la operación en cuestión, para posteriormente señalar los pasos a seguir para alcanzar el objetivo deseado. Las estructuras corporativas antes de la operación son las siguientes:

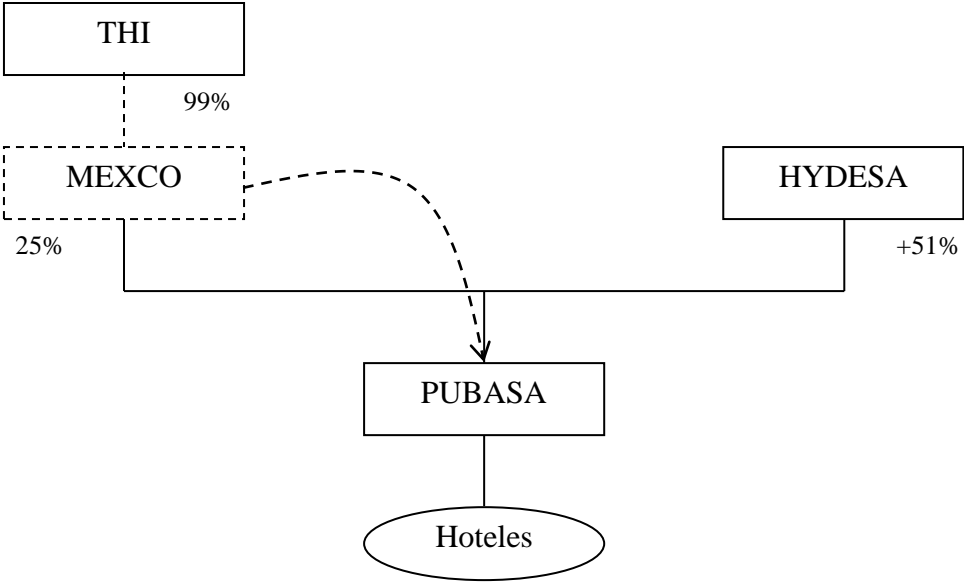


Para lograr la adquisición de los Hoteles por TROUTS con base en las condiciones señaladas en el apartado de Antecedentes, se propone implementar los pasos que en adelante se describen:

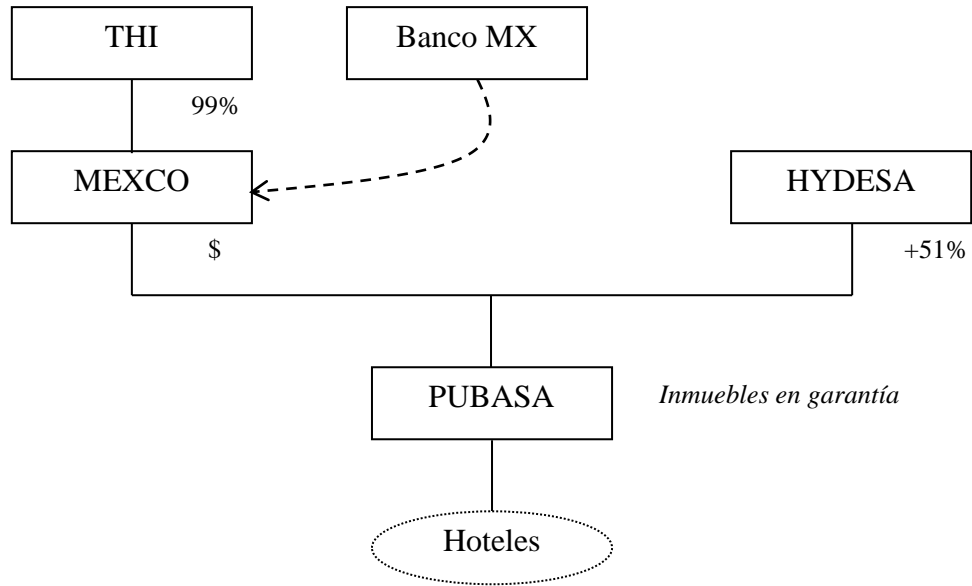
Paso 1. THI constituye una sociedad mexicana (en adelante MEXCO) mediante la aportación de capital por un importe tal que posteriormente le permita tener el 25% del valor de PUBASA. El objeto social de dicha sociedad sería la tenencia de acciones de otras sociedades y la realización de todas aquellas actividades relacionadas con la prestación de servicios hoteleros.



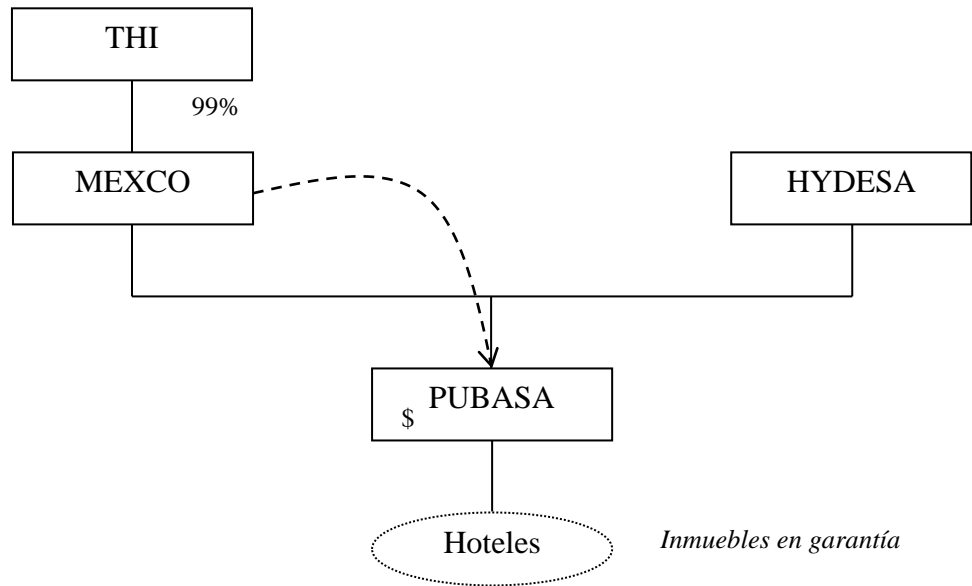
Paso 2. MEXCO realiza un aumento de capital en PUBASA por el mismo importe por el que se constituyó, obteniendo así una participación del 25% del capital de esta última.



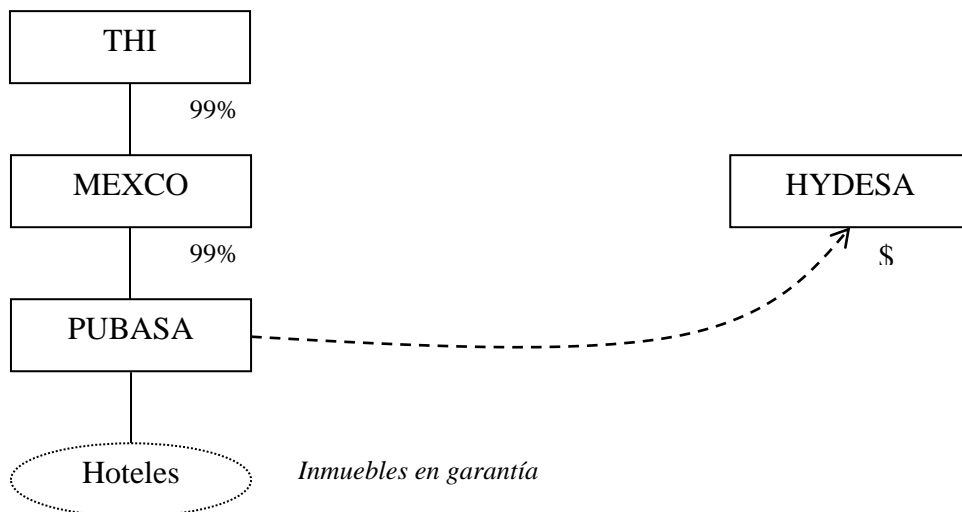
Paso 3. MEXCO solicita un préstamo a un Banco Mexicano, por un importe que se aproxime al 75% de su valor, otorgando en garantía los inmuebles propiedad de PUBASA, pues ya es accionista de esta sociedad en un 25%.



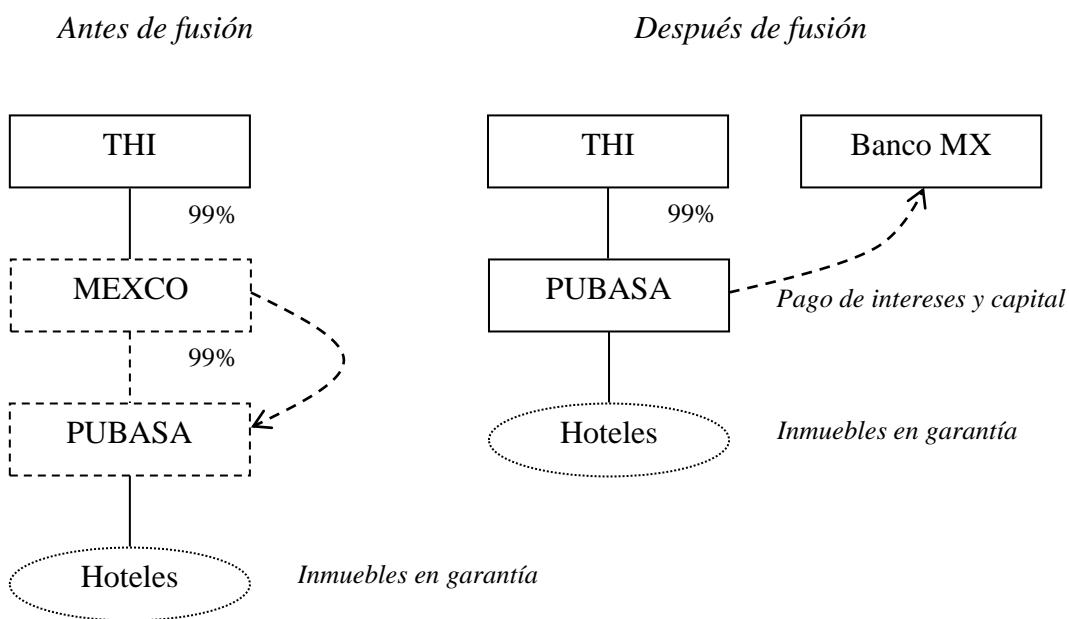
Paso 4. MEXCO realiza un nuevo aumento de capital en PUBASA, aportando la totalidad del préstamo obtenido del Banco Mexicano.



Paso 5. PUBASA reduce su capital en favor de HYDESA por el importe del precio pactado, cancelando las acciones que poseía emitidas por dicha sociedad.



Paso 6. Antes de que ocurra la primera amortización del crédito y devengo de intereses, MEXCO se fusiona en PUBASA subsistiendo esta última. Adicionalmente, se firmaría un contrato mediante el cual PUBASA asumirá todas las obligaciones a cargo de MEXCO y a favor del Banco Mexicano, que derivaron de crédito obtenido.



De implementarse los pasos antes descritos, se logrará el objetivo de hacerse de los Hoteles mediante la adquisición de acciones emitidas por PUBASA, manteniendo la estructura de capital y deuda deseada y con la posibilidad de que el pasivo e intereses sean deducibles en dicha entidad, para fines del impuesto sobre la renta, como se detallan a continuación.

Disposiciones fiscales aplicables y comentarios al respecto

Con objeto de facilitar el análisis del presente, por separado se indicarán las implicaciones fiscales que se derivarían como consecuencia de la implementación de cada uno de los pasos descritos anteriormente.

Paso 1

De acuerdo con la información señalada en el apartado de anterior, THI constituirá una sociedad Mexicana mediante la aportación de capital, denominada MEXCO.

El artículo 17 de la Ley del Impuesto sobre la Renta (en adelante LISR) establece que, entre otros, no se considera ingreso el que obtenga el contribuyente por aumento de capital. Consecuentemente, MEXCO no tendría implicaciones fiscales por la ejecución de este paso.

Adicionalmente, de conformidad con lo establecido por el artículo 89 de la LISR, las personas morales llevarán una cuenta de capital de aportación (en adelante CUCA) que se adicionará con las aportaciones de capital, las primas netas por suscripción de acciones efectuadas por los socios o accionistas, y se disminuirá con las reducciones de capital que se efectúen.

Continua señalado el artículo en cuestión, que los conceptos correspondientes a aumentos de capital, se adicionarán a la CUCA en el momento en el que se paguen y los conceptos relativos a reducciones de capital se disminuirán de la citada cuenta en el momento en que se pague el reembolso.

Conforme a lo anterior, MEXCO tendrá un saldo inicial en la CUCA por el importe que representa la aportación realizada por THI.

Vale la pena señalar que al ser la CUCA una cuenta fiscal de la persona moral, ésta se lleva de manera global y no se individualiza por cada socio; es decir, el saldo de la cuenta representa el monto actualizado del total de las aportaciones de todos los socios de la entidad, por lo que no refleja los montos aportados por cada uno de ellos.

Adicionalmente y únicamente para efectos de referencia, THI podrá reconocer como costo comprobado de adquisición, en términos del artículo 24 de la LISR, el importe total de la aportación que realice en MEXCO por las acciones que posee y que son emitidas por dicha sociedad.

Paso 2

Conforme a lo señalado en el apartado anterior, MEXCO realizará un aumento de capital en PUBASA por el mismo importe que se constituyó, obteniendo una participación accionaria del 25% del capital de esta última.

En este caso, las implicaciones fiscales serían prácticamente las mismas a las señaladas en el paso que antecede siendo estas: 1) no se considerará que PUBASA obtiene un ingreso acumulable para efectos del impuesto sobre la renta, por la aportación de capital que reciba; 2) PUBASA aumentará el saldo de la CUCA con que cuente, al momento de recibir la aportación por parte de MEXCO, y 3) MEXCO considerará como costo comprobado de adquisición el importe total de la aportación que realice en PUBASA por las acciones emitidas por dicha sociedad.

Pasos 3 y 4

Conforme a lo señalado en la sección de Planteamiento, en el Paso 3 MEXCO solicitará un préstamo a un Banco Mexicano por un importe que se aproxime al 75% de su valor, otorgando en garantía los inmuebles propiedad de PUBASA.

Inmediatamente después de haber recibido los flujos provenientes del préstamo y conforme al Paso 4, MEXCO aporta como aumento de capital en PUBASA el importe total del préstamo obtenido.

No se generarían implicaciones fiscales para MEXCO relacionadas con la obtención del préstamo, pues hasta este momento no habría obligación de realizar pago de interés o capital alguno.

Adicionalmente, resulta factible garantizar el préstamo obtenido con los hoteles propiedad de PUBASA, pues MEXCO sería accionista de esta sociedad (por lo menos en un 25%), lo que respaldada el hecho de que dicha sociedad sea propietaria indirectamente de los inmuebles en cuestión y que, por tanto, pueda disponer de ellos para otorgarlos en garantía.

Por lo que se refiere a las implicaciones fiscales que se generarían como consecuencia de la aportación del préstamo obtenido por MEXCO en PUBASA, estas serían las mismas que se han señalado en los pasos 1 y 2 anteriores.

Paso 5

De acuerdo con lo señalado en este paso, PUBASA reduce su capital a favor de HYDESA, por el importe del precio pactado por la venta de los hoteles, cancelando las acciones emitidas por PUBASA. Como consecuencia de dicho acto, a continuación se realiza un análisis de las implicaciones fiscales que se derivarían del acto corporativo de referencia.

Régimen General para Reducciones de Capital

Para determinar si la referida reducción de capital pudiera implicar la distribución de un “dividendo ficto” o simplemente el retiro de las aportaciones de los accionistas, se debe realizar el cálculo de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 89 de la LISR.

Como se señaló anteriormente, el artículo de referencia establece que las sociedades mexicanas están obligadas a llevar una CUCA, a través de la cual se lleva el registro de, entre otros conceptos, las contribuciones de capital realizadas por los accionistas.

El citado artículo también establece que dicha cuenta se adicionará con las aportaciones de capital y con las primas netas por suscripción de acciones efectuadas, y se disminuirá con las reducciones de capital que se efectúen.

Asimismo, establece que el saldo de la CUCA que se tenga al día del cierre de cada ejercicio, se actualizará por el periodo comprendido desde el mes en que se efectuó la última actualización y hasta el mes de cierre del ejercicio de que se trate.

Cuando se efectúen aportaciones o reducciones de capital con posterioridad a la actualización antes señalada, el saldo que se tenga a esa fecha se actualizará por el periodo comprendido desde el mes en el que se efectuó la última actualización y hasta el mes en el que se pague la aportación o el reembolso, según corresponda.

En este orden de ideas, las contribuciones realizadas por los accionistas de la Compañía incrementan el saldo de la CUCA correspondiente a dicha sociedad; asimismo, las reducciones efectuadas disminuyen el saldo de dicha cuenta.

Ahora bien, para determinar las implicaciones derivadas de la reducción de capital antes señalada, se debe seguir la mecánica de cálculo establecida por el artículo 89 de la citada Ley, misma que a continuación se detalla:

a) Fracción I

El cálculo que se realiza en términos de la fracción I del artículo 89 de la LISR tiene como objetivo determinar si con motivo de la reducción de capital se están distribuyendo utilidades que no han pagado impuesto sobre la renta. En caso de ser así, se determinará el gravamen como si se tratase de la distribución de un dividendo.

El cálculo señalado en la citada fracción I consiste en la determinación de una utilidad por acción, misma que se determinará comparando el importe del reembolso por acción contra el saldo de CUCA por acción que tuviere PUBASA a la fecha de dicho reembolso.

A efecto de determinar el monto del saldo de CUCA por acción, se deben dividir el saldo de dicha cuenta a la fecha en que se pague el reembolso (sin considerar éste), entre el total de acciones de la misma persona existente a la misma fecha.

En caso que el reembolso por acción sea menor que el saldo de la CUCA por acción a la fecha del reembolso, el mismo no estará sujeto a impuesto en los términos de esta fracción.

Sin embargo, si el reembolso por acción es mayor que el saldo de la CUCA por acción, dicha diferencia debe multiplicarse por el número de acciones a ser reembolsadas, a efecto de determinar el monto de la utilidad distribuida gravable.

Por otra parte, si la utilidad distribuida gravable es mayor que el saldo de la Cuenta de Utilidad Fiscal Neta (CUFIN) que corresponda al número de acciones que se reembolsan, dicha diferencia se debe multiplicar por el factor de piramidación (1.4286 para el ejercicio de 2011); una vez realizado este cálculo, al importe que se obtenga se le aplicará la tasa corporativa señalada en el artículo 10 de la LISR (30%).

Por el contrario, si la utilidad distribuida resultara menor que el saldo de la CUFIN a la fecha del reembolso, se considera que no existen efectos fiscales en términos de lo establecido por la fracción I del artículo 89 de la citada ley.

En congruencia con lo anterior, la citada fracción I del artículo 89 de la LISR señala que el monto de CUFIN que corresponda a las acciones reembolsadas se deberá disminuir del saldo que dicha cuenta tenga en la fecha en la que se pagó el reembolso.

Asimismo, se señala que el saldo de la CUCA por acción determinado para el cálculo de la utilidad distribuida gravable, se deberá multiplicar por el número de acciones reembolsadas; el resultado obtenido conforme a lo anterior, se deberá disminuir del saldo que la citada cuenta tenga a la fecha de pago del reembolso.

b) Fracción II

Esta fracción establece una regla de seguridad a nivel global para determinar si con motivo de una reducción de capital se están distribuyendo utilidades que no hayan estado sujetas al pago del impuesto sobre la renta a nivel corporativo.

Esto es, la fracción II del artículo 89 de la LISR establece que las personas morales residentes en México que disminuyan su capital, además del cálculo por acción antes comentado, considerarán dicha reducción como utilidad distribuida hasta por la cantidad que resulte de restar al Capital Contable según el Estado de Posición Financiera aprobado por la Asamblea de Accionistas para fines de dicha disminución, el saldo de la CUCA que se tenga a la fecha en que se efectúe la reducción referida, cuando este último sea menor.

Cabe mencionar que el Capital Contable deberá actualizarse conforme a las Normas de Información Financiera emitidas por el Consejo Mexicano para la Investigación y Desarrollo de Normas de Información Financiera, A.C.

Lo anterior busca establecer un límite gravable en la reducción de capital, mediante la comparación del saldo de la CUCA con el saldo del Capital Contable que se tenga a la fecha de la reducción de capital.

Bajo los supuestos anteriores, en caso de que el saldo de la CUCA sea superior al monto del Capital Contable, se considerará que no existe una utilidad distribuida en los términos de esta fracción.

Por el contrario, en caso de que el saldo de la CUCA a la fecha de la reducción de capital sea inferior al monto del Capital Contable a la misma fecha, se considerará que existe una utilidad distribuida gravable por la diferencia que resulte de dicha comparación (similar al capital ganado de la sociedad).

En este sentido, el monto del reembolso que se pague como consecuencia de la reducción de capital se considerará sujeto al pago del impuesto hasta por el monto de la utilidad distribuida gravable determinada conforme a lo señalado en el párrafo anterior.

A la cantidad así obtenida, se le disminuirá la utilidad distribuida determinada en los términos de la fracción I antes señalada y el resultado obtenido será la utilidad distribuida gravable para los efectos de esta fracción. La utilidad así determinada se considerará para reducciones de capital subsecuentes como aportación de capital (es decir, se deben sumar a la CUCA).

La utilidad distribuida gravable determinada conforme a lo anterior podrá provenir de la CUFIN, caso en el cual no habría pago de impuesto alguno; por el contrario, en caso de que el saldo de la CUFIN fuera menor, se debe pagar el impuesto sobre la renta correspondiente.

Para estos efectos, la utilidad distribuida gravable que no provenga de la CUFIN se debe multiplicar por el factor de piramidación de 1.4286, y al resultado obtenido se le aplicará la tasa corporativa del 30%.

Así las cosas, las personas morales que determinen impuesto a su cargo en los términos de la fracción II, deberán enterarlo conjuntamente con el impuesto que en su caso haya correspondido en términos de la fracción I anterior.

En resumen, la intención del artículo 89 de la LISR consiste en gravar cualquier distribución de utilidades proveniente de una reducción de capital, ya sea cuando a los accionistas se les rembolsa una cantidad mayor a la que aportaron respecto de las acciones

que se rembolsan (fracción I: reembolso por acción vs. CUCA y CUFIN por acción), o bien, cuando existen utilidades contables en la sociedad (fracción II: capital contable vs. CUCA y CUFIN total), pues la mecánica parte del concepto de que lo primero que se distribuye son utilidades y por último, el capital de aportación.

c) Aumento y disminución de capital

En adición a lo señalado en las fracciones anteriores, existen ciertas reglas adicionales relacionadas con el capital, como en el caso de aquellas aplicables a una reducción de capital que se realice dentro de los dos años posteriores a un aumento de capital, por lo que deben evaluarse las implicaciones que se generarían en consecuencia.

La fracción V del artículo 20 de la LISR establece que para efectos del Título II (De las Personas Morales) 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.

El antepenúltimo párrafo del artículo 89 objeto de análisis, señala que cuando una persona moral hubiera aumentado su capital dentro de un periodo de dos años anterior a la fecha en la que se efectuó la reducción del mismo y ésta dé origen a la cancelación de acciones o a la disminución del valor de las acciones, dicha persona moral calculará la ganancia que hubiera correspondido a los tenedores de las mismas de haberlas enajenado, conforme al artículo 24 de la LISR, considerando para estos efectos como ingreso obtenido por acción el reembolso por acción.

En caso de que la ganancia en la enajenación de acciones resulte mayor que la utilidad distribuida determinada conforme a las fracciones I y II del artículo 89 de la LISR, se

considerará dicha ganancia como la utilidad distribuida para efectos de la reducción de capital.

Por lo anterior, dado que en el caso en estudio, la reducción de capital a favor de HYDESA se efectuaría dentro del periodo de los dos años posteriores a la fecha en que se efectuó un aumento de capital, es necesario determinar la utilidad distribuida conforme a las fracciones I y II del artículo 89 así como el costo fiscal de las acciones como si se hubieran enajenado y considerar el monto mayor como una utilidad distribuida para efectos de la citada reducción de capital.

El primer párrafo del artículo 24 de la LISR establece que los contribuyentes a efecto de llevar a cabo la determinación de la ganancia o pérdida derivada por la enajenación de acciones cuyo periodo de tenencia haya sido superior a doce meses, debían disminuir del ingreso obtenido por acción, el costo promedio por acción de las acciones que se enajenen.

Lo anterior, se muestra de manera gráfica de la siguiente manera:

$$\begin{array}{r} \text{Ingreso por acción} \\ \text{menos: Costo promedio por acción} \\ \hline \text{igual: } \quad \mathbf{Ganancia o pérdida en enajenación} \end{array}$$

Asimismo, la fracción I del artículo 24 de la LISR establece la mecánica para llevar a cabo la determinación del costo promedio por acción antes mencionado, el cual se determinará dividiendo el monto original ajustado de las acciones de la sociedad emisora entre el número total de acciones que tenga el contribuyente a la fecha de la enajenación.

Lo anterior, se muestra de manera gráfica de la siguiente manera:

$$\begin{array}{l} \text{entre:} \quad \text{Monto original ajustado de las acciones} \\ \text{Número de acciones propiedad del contribuyente} \\ \text{igual:} \quad \frac{\text{Costo promedio por acción}}{\phantom{\text{Número de acciones propiedad del contribuyente}}} \end{array}$$

Ahora bien, las fracciones II y III del artículo 24 en estudio, establecen ciertas partidas que deberán ser adicionadas o disminuidas para obtener el monto original ajustado de las acciones, las cuales se señalan a continuación:

Inciso a), fracción II, artículo 24

El inciso a) de la fracción II del artículo 24 de la LISR, establece que se deben adicionar al costo comprobado de adquisición actualizado de las acciones que tenga el contribuyente de la misma persona moral, la diferencia que resulte de restar al saldo de la CUFIN de la persona moral emisora de las acciones a la fecha de la enajenación de las mismas, el saldo que tenía dicha cuenta a la fecha de adquisición, cuando el primero de los saldos sea mayor, en la parte que corresponda a las acciones que tenga el contribuyente adquiridas en dicha fecha de enajenación.

Para determinar la diferencia a que se refiere el párrafo anterior, los saldos de la CUFIN que la persona moral emisora de las acciones que se enajenan hubiera tenido a la fecha de adquisición y de enajenación de las acciones, se deberá actualizar por el periodo comprendido desde el mes en el que se efectuó la última actualización previa a la fecha de adquisición o de la enajenación, según se trate, y hasta el mes en el que se enajenen las acciones.

Lo anterior, se muestra de manera grafica de la siguiente manera:

$$\begin{array}{l} \text{Costo comprobado de adquisición} \\ \text{más:} \quad \text{CUFIN enajenación- CUFIN adquisición} \\ \text{igual:} \quad \frac{\text{Resultado 1}}{\phantom{\text{CUFIN enajenación- CUFIN adquisición}}} \end{array}$$

Inciso b), Fracción 11, artículo 24

El inciso b) de la fracción II del artículo 24 de la LISR, señala que al resultado obtenido conforme al inciso a) antes mencionado, se le restarán, en la proporción a la que corresponda de acuerdo al número de acciones propiedad del contribuyente, las pérdidas fiscales pendientes de disminuir, los reembolsos pagados, así como la diferencia pendiente de disminuir que exista entre el resultado fiscal y el importe de los gastos no deducibles, del impuesto sobre la renta pagado y de la Participación de los Trabajadores en las Utilidades (en adelante PTU) pagada en el ejercicio, siempre y cuando éstos sean mayores al resultado fiscal (esta diferencia se encuentra contenida en el artículo 88 de la LISR).

Lo anterior, se muestra de manera gráfica de la siguiente manera:

	Resultado 1
menos:	Pérdidas fiscales pendientes de disminuir
	Reembolsos pagados
	Diferencia entre el resultado fiscal y gastos no deducibles, ISR y PTU pagada en el ejercicio
igual:	<hr/> Resultado 2

Por lo que se refiere a las pérdidas fiscales pendientes de amortizar, éstas serán las que tenga la sociedad emisora a la fecha de enajenación y que correspondan al número de acciones del contribuyente que enajene dichas acciones.

Los reembolsos pagados por la persona moral emisora de las acciones, serían los que correspondan al número de acciones propiedad del accionista que las enajene a la fecha en que se lleve a cabo dicha enajenación.

La diferencia a que se refiere el artículo 88 de la LISR, será la que tenga la persona moral a la fecha de la enajenación y que corresponda al número de acciones que tenga el contribuyente a dicha fecha.

Asimismo, las pérdidas fiscales pendientes de disminuir, los reembolsos pagados y la diferencia a que se refiere este inciso, obtenidas, pagadas o determinadas, respectivamente, sólo se considerarán por el periodo comprendido desde el mes de adquisición de las acciones y hasta la fecha de su enajenación y se asignarán al contribuyente en la proporción que represente el número de acciones que se hubiere tenido en el ejercicio en el que se obtuvo la pérdida, se pagó el reembolso o se determine la citada diferencia, respecto del total de acciones en circulación de dicha persona moral en el ejercicio de que se trate.

Fracción III, artículo 24

La fracción III del artículo 24 de la LISR señala que al resultado obtenido conforme a la fracción II, se le adicionará en la proporción a la que corresponda de acuerdo al número de acciones propiedad del contribuyente, el monto de las pérdidas fiscales que la persona moral emisora de las acciones haya obtenido en ejercicios anteriores a la fecha en la que el contribuyente adquirió las acciones de que se trate y que dicha persona moral haya disminuido de su utilidad fiscal durante el periodo comprendido desde el mes en el que el contribuyente adquirió dichas acciones y hasta el mes en que las enajene.

Lo anterior, se muestra de manera gráfica de la siguiente manera:

$$\begin{array}{r} \text{Resultado 2} \\ \text{más: Pérdidas fiscales generadas antes} \\ \text{del ingreso del accionista} \\ \hline \text{igual: } \mathbf{\text{Resultado 3}} \end{array}$$

Continúa señalado el artículo 24 en análisis, que al momento en que el saldo de CUFIN a la fecha de adquisición, adicionado del monto de los reembolsos pagados, de la diferencia del artículo 88 de la LISR y de las pérdidas fiscales pendientes de disminuir, sea mayor al saldo de la CUFIN a la fecha de enajenación, adicionado de las pérdidas generadas antes de la entrada del accionista y disminuidas de las utilidades fiscales generadas después de la

entrada como accionista, la diferencia se disminuirá del costo comprobado de adquisición actualizado.

Asimismo, dicho párrafo establece que en caso de que la diferencia determinada en el párrafo anterior sea mayor al costo comprobado de adquisición actualizado, las acciones no tendrán un costo promedio por acción, y el excedente generado se deberá disminuir del costo promedio por acción que en los términos del artículo 24 se determine en la enajenación de acciones inmediata siguiente o siguientes que realice el contribuyente, aun cuando se trate de sociedades emisoras diferentes.

Una vez obtenido el costo promedio por acción, dicho costo deberá compararse contra el ingreso obtenido por acción. De resultar mayor el ingreso obtenido respecto del costo de las acciones, la ganancia deberá acumularse a los ingresos que obtenga el contribuyente en el ejercicio en que se realice la enajenación. Por el contrario, en caso de que el costo promedio por acción sea mayor al ingreso obtenido, se generaría una pérdida susceptible de amortización en ejercicios subsecuentes, en la medida en que se cumplan ciertos requisitos, mismos que no se analizan a detalle al no ser objeto de la presente.

En el caso en estudio, PUBASA calculará la ganancia que hubiera correspondido a los tenedores de las acciones reembolsadas (HYDESA) considerando para estos efectos como ingreso obtenido por acción el reembolso por acción.

Como fue mencionado anteriormente, el artículo 89 de la LISR establece que en caso de que la ganancia en enajenación de acciones resulte mayor que la utilidad distribuida determinada conforme a las fracciones I y II del artículo 89 de la LISR, se considerará dicha ganancia como utilidad distribuida para efectos de la reducción de capital.

Dado que no se cuenta con información suficiente que permita llevar a cabo los cálculos en comento, no es posible determinar si se detona efecto fiscal alguno a cargo de PUBASA o HYDESA, por lo que no es posible emitir una conclusión al respecto. No obstante, se han señalado las implicaciones que se generarían en cualquier caso.

Paso 6

Como se señaló en el Planteamiento, antes de que ocurra la primera amortización del crédito y devengo de intereses, MEXCO se fusionará en PUBASA subsistiendo esta última. Adicionalmente, se firmará un contrato mediante el cual PUBASA asumirá todas las obligaciones a cargo de MEXCO y a favor del Banco Mexicano, que derivaron de crédito obtenido.

Por lo anterior, en primer lugar se analizarán las implicaciones que se derivarían como consecuencia de la fusión y posteriormente se analizarán aquellas derivadas de la transmisión de las obligaciones a cargo de MEXCO como consecuencia del pasivo que previamente había adquirido.

Fusión

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

En este sentido, en términos de la legislación mexicana, una fusión 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 específico, el último párrafo del artículo 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (en adelante LGSM) establece que la sociedad que subsista de la fusión tomará a su cargo los derechos y obligaciones de la sociedad extinguida.

Considerando lo anterior, es posible desprender que la fusión de sociedades es una forma de reorganización de sociedades prevista en la Ley General de Sociedades Mercantiles, que consiste en que una sociedad transmita la totalidad de su patrimonio a otra, provocando con ello la disolución de la primera.

Así, los accionistas de la compañía que desaparece (sociedad fusionada) se convierten en accionistas de la sociedad que sobrevive (sociedad fusionante).

Código Fiscal de la Federación

La fracción IX del artículo 14 del Código Fiscal de la Federación (en adelante CFF) 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.

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

“a) Se presente el aviso de fusión a que se refiere el Reglamento 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.”

En relación con la obligación de presentar el aviso de fusión a que se refiere el inciso a) antes citado, la fracción XVI del artículo 25 del Reglamento del Código Fiscal de la Federación (en adelante RCFF) señala que para los efectos del artículo 27 del CFF, las personas morales presentarán, en su caso, el aviso de cancelación en el Registro Federal de Contribuyentes (en adelante RFC) por fusión de sociedades.

Continúa señalado dicho precepto que el aviso de fusión de sociedades antes mencionado se deberá presentar dentro del mes siguiente a aquél en que se actualice el supuesto jurídico o el hecho que lo motive, previa a la presentación de cualquier trámite que deba realizarse ante el Servicio de Administración Tributaria.

Por su parte, la regla II.2.4.1. de la Resolución Miscelánea Fiscal para 2011 señala en su fracción XVI que el aviso de cancelación en el RFC por fusión de sociedades señalado en el artículo 25 del RCFF se deberá presentar de acuerdo con la ficha de trámite 94/CFF del

Anexo 1-A (Trámites fiscales) de la Resolución Miscelánea Fiscal para 2011.

Adicionalmente, la fracción I del artículo 21 del RCFF establece que la inscripción y cancelación en el RFC por fusión de sociedades se presentará por la sociedad que surja con motivo de la fusión, con lo cual dicha sociedad tendrá por cumplida la obligación de presentar el aviso de fusión a que se refiere el artículo 14-B del Código y el aviso de cancelación en el RFC por cuenta de la o las sociedades fusionadas.

Con base en lo anterior, en la medida en que se cumpla con los requisitos señalados, la transmisión de activos que se efectuaría como consecuencia de la fusión de MEXCO en PUBASA no se considerará como una enajenación de bienes para efectos fiscales.

Una vez definido el régimen general aplicable a una fusión, resulta necesario analizar las implicaciones fiscales particulares que en materia de impuesto sobre la renta resultarían aplicables como consecuencia de llevar a cabo la fusión en estudio.

Ley de impuesto sobre la Renta

Como se señaló anteriormente, la fracción V del artículo 20 de la LISR establece que para efectos del Título II (De las Personas Morales) 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.

Dicho artículo continua señalado que en los casos de fusión o escisión de sociedades no se considerará ingreso acumulable la ganancia derivada de dichos actos, cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 14-B del CFF.

Tal como se señaló en el apartado anterior, se cumplirían los requisitos establecidos en el artículo 14-B del CFF para que no se detone una enajenación como consecuencia de la fusión, por lo que para efectos del impuesto sobre la renta no se deberá reconocer como un ingreso acumulable cantidad alguna con motivo de dicha fusión.

Transmisión de obligaciones

Como se señaló previamente, se firmará un contrato mediante el cual PUBASA asumirá todas las obligaciones a cargo de MEXCO y a favor del Banco Mexicano, que derivaron de crédito obtenido.

Por lo anterior, a continuación se analizan las implicaciones derivadas de la transmisión de obligaciones a cargo de MEXCO como consecuencia del pasivo que previamente había adquirido.

Los actos corporativos consistentes en realizar fusiones de sociedades, reducciones de capital por acuerdo de los socios o accionistas así como el decreto de aumentos de capital por aportaciones posteriores a las realizadas por ellos, son actos validos al amparo de lo previsto por los artículos 213 y 222 de la LGSM, conforme a lo que se señala textualmente a continuación:

“Artículo 213. En las sociedades de capital variable, el capital social será susceptible de aumento por aportaciones posteriores de los socios o por admisión de nuevos socios, y de disminución de dicho capital por retiro parcial o total de las aportaciones, sin mas formalidades que las establecidas por este capitulo.”

“Artículo 222. La fusión de varias sociedades deberá ser decidida por cada una de ellas, en la forma y términos que correspondan según su naturaleza.”

Asimismo, conforme al Código Civil Federal es igualmente válida la sustitución de deudor, como se puede apreciar de lo previsto por su artículo 2051, el cual señala textualmente lo siguiente:

“Artículo 2051. Para que haya sustitución de deudor es necesario que el acreedor consienta expresa o tácitamente.”

Con base en lo anterior, desde un punto de vista netamente mercantil se puede apreciar que las operaciones que se llevarían a cabo resultarían válidas, al ser expresamente permitidas y reguladas por las leyes mexicanas con lo que la transmisión de obligaciones de MEXCO a PUBASA, sería un acto plenamente válido y legal.

Ahora bien, por lo que se refiere a las implicaciones que se derivarían como consecuencia de la asunción de la deuda contratada originalmente por MEXCO y posteriormente a cargo de PUBASA, el artículo 9 de la LISR establece que para los efectos de la Ley, se entiende que, entre otros, son intereses cualquiera que sea el nombre con que se les designe, a los rendimientos de créditos de cualquier clase.

Así, la contraprestación por el servicio del crédito pagado por PUBASA derivado del préstamo originalmente obtenido por MEXCO, será considerada como interés para efectos del impuesto sobre la renta.

Por otra parte, de acuerdo con lo previsto por el artículo 29 de la LISR, los contribuyentes podrán deducir los intereses devengados a cargo en el ejercicio, sin ajuste alguno.

En este sentido, el artículo 31 de la Ley señala los requisitos que deberán cumplir las deducciones autorizadas. Específicamente la fracción VIII establece como requisito para su deducción que en el caso de intereses por capitales tomados en préstamo, que éstos se hayan invertido en los fines del negocio.

Dado que inicialmente el crédito bancario fue otorgado a MEXCO, considerando que las actividades que dicha sociedad realizaría son la tenencia de acciones de otras sociedades y todas aquellas actividades relacionadas con la prestación de servicios hoteleros, el préstamo obtenido se destinaría precisamente para los fines del negocio, al utilizarse dichos recursos para capitalizar a una sociedad dedicada a la prestación de servicios hoteleros.

Suponer que el capital tomado en préstamo por MEXCO no se invierte en los fines del negocio resultaría absurdo, pues sin la obtención de dicho préstamo no sería posible que MEXCO adquiriera las acciones de PUBASA, máxime que dicha sociedad se dedica principalmente a la prestación de servicios hoteleros, que es el giro principal del Grupo encabezado por TROUTS y del que ambas sociedades forman parte.

En adición a lo anterior, MEXCO no realizaría pago de interés alguno, debido a que por acuerdo de sus accionistas, se fusionaría ésta en PUBASA antes de que ocurra la primera amortización de capital y devengo de intereses.

Ahora bien, una vez que PUBASA asuma todas las obligaciones originalmente a cargo de MEXCO, ésta se encontrará en posibilidad de deducir los intereses que desde ese momento se devenguen a favor del Banco Mexicano.

Al margen de lo anterior, existen diversos requisitos formales aplicables a las deducciones autorizadas que se encuentran contenidos en las disposiciones fiscales aplicables y que deberán cumplirse para que proceda la deducción de los intereses, tal como son contar con documentación soporte (facturas) y que sean registrados en la contabilidad.

Particularmente, por lo que se refiere a la documentación soporte de la deducción, el artículo 31 de la LISR señala en su fracción III que los contribuyentes podrán optar por considerar como comprobante fiscal para los efectos de las deducciones autorizadas los originales de los estados de cuenta de cheques emitidos por las instituciones de crédito, siempre que se cumplan los requisitos que establece el artículo 29-C del CFF.

Este requisito se tendría plenamente cumplido toda vez que periódicamente se obtendrían estados de cuenta emitidos por el Banco Mexicano en los que se documentará la causación y pago de intereses a cargo de PUBASA, por lo que los intereses serían deducibles en la medida en que se cumpla con este y los demás requisitos formales que resulten aplicables.

Transmisión de atributos fiscales

A través de una fusión, la sociedad fusionante (PUBASA) adquiere todos los derechos y obligaciones de las sociedades fusionadas (MEXCO), salvo los expresamente señalados por las leyes fiscales respectivas. Esto implica que todos los derechos y obligaciones correspondientes a la sociedad fusionada son absorbidos por la sociedad fusionante, quien es la que continúa con la operación de la empresa fusionada.

Así, al tratarse de una transmisión a título universal de los derechos y obligaciones, la sociedad fusionante, en este caso PUBASA, mantendrá, salvo disposición expresa en contrario, los mismos derechos que le correspondían a MEXCO, en su carácter de sociedad fusionada.

a) Pérdidas fiscales pendientes de amortizar

En relación con el saldo de pérdidas pendientes de amortizar que en su caso mantuviera MEXCO al momento de la fusión, en términos del artículo 61 de la LISR, el derecho a amortizar las mismas se perdería y éste no se transmitiría a la sociedad fusionante.

Dado que MEXCO es una sociedad de reciente creación, no existirían pérdidas en sus registros fiscales.

b) Cuenta de Utilidad Fiscal Neta (CUFJN)

En términos del artículo 88 de la LISR, 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. Es decir, se deberá transmitir la totalidad del saldo actualizado de la CUFIN de MEXCO a PUBASA.

Al igual que en el caso anterior, dado que MEXCO es una sociedad de reciente creación, no contaría con saldo de CUFIN.

c) Cuenta de Capital de Aportación (CUCA)

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

Éste artículo señala que cuando la sociedad que subsista de la fusión sea la sociedad cuyas acciones fueron poseídas por una sociedad fusionada, el monto de la CUCA de la sociedad que subsista será el que tenía la sociedad fusionada antes de la fusión, adicionado con el monto que resulte de multiplicar el saldo de la CUCA que tenía la sociedad fusionante antes de la fusión, por la participación accionaria que tenían en dicha sociedad y en la misma fecha otros accionistas distintos de la sociedad fusionada.

En el caso particular, el saldo de la CUCA de PUBASA será el que tenía la sociedad fusionada (MEXCO) previo a la fusión, adicionado con la CUCA que represente la participación de otros accionistas distintos de MEXCO en PUBASA antes de llevarse a cabo la fusión.

Impuesto al Activo

En adición al análisis realizado respecto de las implicaciones que en materia del impuesto sobre la renta se derivarían, se ha solicitado específicamente señalar si el pasivo incurrido para la compra de los Hoteles, sería deducible para efectos del impuesto al activo derivado de la inversión en los Hoteles.

Al respecto, cabe destacar que la Ley del Impuesto al Activo (en adelante LIMPAC) estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2007, quedando abrogada mediante la entrada en vigor de la Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única el 1 de enero de 2008, publicada mediante Decreto en el Diario Oficial de la Federación el 1 de octubre de 2007.

Adicionalmente, mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 2006, se reformaron diversas disposiciones de la LIMPAC, que entraron en vigor a partir del 1 de enero de 2007.

Como consecuencia de dichas reformas, entre otras, se eliminó la posibilidad de que los contribuyentes puedan deducir de la base del impuesto, las deudas contratadas con empresas residentes en el país o con establecimientos permanentes ubicados en México de residentes en el extranjero.

Considerando lo anterior únicamente se hará referencia a las implicaciones que para dicho impuesto resultarían aplicables, considerando las disposiciones de la LIMPAC que estuvieron vigentes hasta el 31 de diciembre de 2006, momento en el cual sí se permitía la deducción de deudas.

El artículo 1 de la LIMPAC establece que las personas físicas que realicen actividades empresariales y las personas morales, residentes en México, están obligadas al pago del impuesto al activo, por el activo que tengan, cualquiera que sea su ubicación.

Por su parte, el artículo 2 de la LIMPAC establece que el contribuyente determinará el impuesto por ejercicios fiscales aplicando al valor de su activo en el ejercicio, la tasa del 1.8%.

El artículo 5 del ordenamiento de referencia establece que los contribuyentes podrán deducir del valor del activo en el ejercicio, las deudas contratadas con empresas residentes en el país, con establecimientos permanentes ubicados en México de residentes en el

extranjero o en el extranjero, siempre que se trate de deudas no negociables.

Continua señalado el artículo de referencia que también podrán deducirse las deudas negociables en tanto no se le notifique al contribuyente la cesión del crédito correspondiente a dichas deudas a favor de una empresa de factoraje financiero, y aun cuando no habiéndosele notificado la cesión el pago de la deuda se efectuó a dicha empresa o a cualquier otra persona no contribuyente de este impuesto.

El propio artículo 5 de la LIMPAC precisa que los contribuyentes deducirán el valor promedio de las deudas en el ejercicio de que se trate. Dicho promedio se calculará sumando los promedios mensuales de los pasivos, y dividiendo el resultado entre el número de meses que comprende el ejercicio. Los promedios se determinarán sumando los saldos al inicio y al final del mes y dividiendo el resultado entre dos.

Debido a que la LIMPAC no contiene una definición del concepto de deuda, conforme a lo señalado por el artículo 5 del CFF, a falta de norma fiscal expresa, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del derecho federal común cuando su aplicación no sea contraria a la naturaleza propia del derecho fiscal.

Dicho lo anterior, el artículo 48 de la LISR establece que se considerará deuda, cualquier obligación en numerario pendiente de cumplimiento.

Así las cosas, debido a que la deuda asumida por PUBASA consiste precisamente en una obligación en numerario pendiente de cumplimiento contratada con un Banco Mexicano, es posible desprender que dicha deuda podría deducirse del valor del activo en el ejercicio.

Conclusiones

1. De implementarse los pasos descritos en el apartado de Planteamiento, se logrará el objetivo de que el Grupo encabezado por TROUTS adquiera los Hoteles del Grupo encabezado por HYDESA, mediante la adquisición de acciones emitidas por su subsidiaria PUBASA quien es propietaria de los mismos, manteniendo la estructura de capital y deuda deseada (25% de capital y 75% de deuda).

2. Una vez que PUBASA asuma todas las obligaciones originalmente a cargo de MEXCO, se encontrará en posibilidad de deducir, para efectos del impuesto sobre la renta, los intereses que se devenguen a favor del Banco Mexicano, en la medida en que se cumplan los requisitos formales aplicables a las deducciones autorizadas, tal como son contar con documentación soporte (facturas) y que sean registrados en la contabilidad.

Los intereses que se causen con motivo del préstamo obtenido, podrán pagarse con los recursos que genere la propia PUBASA como consecuencia de su operación habitual.

3. Por lo que se refiere al impuesto al activo y partiendo de las consideraciones y supuestos que se han señalado en el apartado correspondiente, toda vez que la deuda asumida por PUBASA consiste en una obligación en numerario pendiente de cumplimiento contratada con un Banco Mexicano, dicha deuda podría deducirse del valor del activo en el ejercicio.

----- 0 -----

Quedo a sus órdenes para cualquier aclaración que se requiera en relación con el presente.

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

Lic. David Ramos Betancourt

Octubre de 2011

Bibliografía

1. Ley del Impuesto sobre la Renta. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de enero de 2002. Fe de errata publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de enero de 2002. Actualizada con disposiciones vigentes al 4 de enero de 2012.
2. Código Fiscal de la Federación. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1981. Actualizado con disposiciones vigentes al 4 de enero de 2012.
3. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Enciclopedia Jurídica Mexicana. Editorial Porrúa. México 2002. Primera Edición.
4. Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Espasa. Madrid, España 2001. Vigésima Segunda Edición.
5. PRADO LELO DE LARREA, Ana Paula. Revista Puntos Finos. México, Febrero 2010. Numero 175.
6. MORALES MEDRANO, Raúl. UEHARA HASHIMOTO, Yoshio. Revista Puntos Finos. México, Noviembre 2010. Numero 184.
7. Convenio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América para Evitar la Doble Imposición e Impedir la Evasión Fiscal en Materia del Impuesto sobre la Renta y su Protocolo firmado el 18 de septiembre de 1992, modificado a través del Protocolo Adicional suscrito el 8 de septiembre de 1994 y a través del Segundo Protocolo Adicional firmado el 26 de noviembre de 2002. Publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 3 de febrero de 1994, 25 de enero de 1996 y el 22 de julio de 2003.
8. Resolución Miscelánea Fiscal para 2012. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de diciembre de 2011.

9. *Model Tax Convention (Condensed version)*. ISBN 978-92-64-04818-8. *OECD Publications* Francia 2008.

10. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. ISBN 978-92-64-09033-0- No. 57511. *OECD Publications* Francia 2010.

11. IZAZA ARTEAGA, Juan Carlos. Estudio del Concepto “Estrictamente Indispensable”, como Principal Requisito de las Deducciones en el ISR y el IETU. Primera edición, noviembre de 2008. Academia de Estudios Fiscales de la Contaduría Pública, A.C.

12. CALDERON AGUILERA, Alejandro. La Interpretación de los Convenios para Evitar la Doble Imposición Intencional. Primera edición, abril de 2008. Academia de Estudios Fiscales de la Contaduría Pública, A.C.

13. VAN RAAD, Kees. *Materials on International & EC tax law*. Novena edición, 2009. *International Tax Center Leiden*.