

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CON RECONOCIMIENTO DE VALIDEZ OFICIAL ANTE LA SEP CON
NÚMERO DE ACUERDO 974181 DE FECHA 15 DE JULIO DE 1997

FACULTAD DE DERECHO

POSGRADO EN DERECHO



“REGLAS DE CAPITALIZACIÓN DELGADA O INSUFICIENTE,
A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN.”

T E S I S
QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
MAESTRO EN DERECHO FISCAL
P R E S E N T A:
DANIEL EUGENIO DE LA PARRA HUERTA

DIRECTOR DE TESIS:

DR. JOSÉ DE JESÚS GÓMEZ COTERO

A Dios, por las distintas oportunidades y bendiciones y, por darme la fuerza para afrontar todos los retos.

A Rosa Maria por su apoyo incondicional y por aceptar ser mi cómplice en la vida.

A mi Mama, mi Papa y a Gilda, ya que la formación y educación que me han dado, ha sido y es la base de mi desarrollo profesional y personal.

A mi hermano Carlos y a mis hermanas Marene, Anne, Lorea y Greta, con mucho cariño y aprecio.

A Chevez, Ruiz, Zamarripa y Cía., S.C., por ser mi casa, escuela y por haberme dado la oportunidad de desarrollarme profesionalmente.

Índice

INTRODUCCIÓN	i
CAPÍTULO I. LA CAPITALIZACIÓN DELGADA O INSUFICIENTE Y SUS ANTECEDENTES	1
1.1. Diferencia entre deuda y capital	1
1.2. Concepto de Capitalización Delgada o Insuficiente.	6
1.3. Distintas clases de Capitalización Delgada o Insuficiente.....	11
1.4. Concepto de Parte Relacionada	14
1.5. Antecedentes Internacionales	19
1.5.1. Canadá	26
1.5.2. Australia.....	27
1.5.3. Estados Unidos de América	29
1.5.4. Francia	31
1.5.5. España	33
1.5.6. Alemania	36
CAPÍTULO II. LA CAPITALIZACIÓN DELGADA O INSUFICIENTE EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA	39
2.1. Criterio emitido por el Servicio de Administración Tributaria.....	39
2.2. Reformas a la Ley del Impuesto sobre la Renta para 2005.	40
2.2.1. Aspectos Generales.	40
2.2.2. Procedimiento.....	46
2.2.3. Excepciones.....	48
2.2.4. Régimen de Transición.....	49
2.2.5. Decreto del 21 de Octubre de 2005.....	50
2.3. Reformas a la Ley del Impuesto sobre la Renta para 2006.	52
2.3.1. Aspectos Generales.	52
2.3.2. Régimen de Transición.....	53
2.4. Reformas a la Ley del Impuesto sobre la Renta para 2007.	54
2.5. Ley del Impuesto sobre la Renta para 2014.....	57
2.6. Reformas a la Ley del Impuesto sobre la Renta para 2016.	59
2.7. Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.	60

CAPÍTULO III. INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA TRIBUTARIA..... 62

3.1.	El concepto de interpretación y su aplicación en los Tratados Internacionales.	62
3.2.	Reglas de Interpretación de los Tratados Internacionales.	65
3.2.1.	Reglas de Interpretación en la Doctrina	66
3.2.2.	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.....	68
3.2.3.	Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE.....	84
3.2.3.1.	Naturaleza Jurídica	84
3.2.3.2.	Validez como Instrumentos de Interpretación.....	87
3.2.3.2.	Reservas y observaciones	96
3.3.	Jerarquía de los Tratados Internacionales.....	100

CAPÍTULO IV. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN CONTENIDO EN LOS TRATADOS PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN 103

4.1.	El principio de igualdad y el de no discriminación	104
4.2.	Principio de No-Discriminación Internacional	109
4.3.	Principio de No-Discriminación Indirecta	114
4.3.1.	Antecedentes y justificación	114
4.3.2.	Generalidades.....	118
4.3.3.	Ámbito Subjetivo de Aplicación	120
4.3.4.	Ámbito Objetivo de Aplicación.....	121
4.3.5.	Excepciones en su Aplicación.....	124
4.3.6.	Comentarios del Convenio Modelo de la OCDE.....	126
4.4.	Criterios de Nuestros Tribunales	127
4.4.1.	Amparo Directo en Revisión 1434/2006.....	127
4.4.2.	Amparo Directo en Revisión 2424/2012.....	130

CAPÍTULO V. ANÁLISIS DE LAS REGLAS DE CAPITALIZACIÓN DELGADA O INSUFICIENTE, A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN 133

5.1.	Planteamiento del Problema.....	133
5.2.	Análisis del Problema.....	136
5.3.	Consideraciones Particulares	140
5.4.	Criterios en Derecho Comparado	149

5.4.1. Lankhorst-Hohorst Case C-324/00.....	149
5.4.2. Thin Cap Group Case C-524/04	153
5.4.3. Swedwood Tikhvin A56-19578/2006	157
5.5. Propuesta de Modificación a las Disposiciones Legales	159
CONCLUSIONES	166
BIBLIOGRAFÍA	168

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se analizarán las reglas de capitalización delgada o insuficiente que contiene la Ley del Impuesto sobre la Renta en vigor, a la luz del principio de no discriminación indirecta contenido en los tratados celebrados por nuestro País para evitar la doble tributación, pues no se permite la deducibilidad de los intereses provenientes de las deudas otorgadas por partes relacionadas cuando excedan del triple de su capital contable, en la medida de que dichas deudas sean otorgadas por partes relacionadas residentes en el extranjero.

Con motivo de lo anterior, se establecerá en primer lugar cuál es la diferencia entre deuda y capital, cuál es el concepto del término capitalización delgada o insuficiente, sus distintos tipos, qué se entiende por el concepto de partes relacionadas y, cuáles son los antecedentes internacionales que le dieron origen, para posteriormente analizar cuáles fueron los primeros antecedentes que existieron en nuestro País, así como las distintas modificaciones que se han ido efectuando en las mismas a lo largo de los años, y los criterios que han sido emitidos por nuestros Tribunales.

Una vez analizados los antecedentes de las reglas de capitalización delgada o insuficiente contenidas en la legislación mexicana se procederá a analizar algunas reglas que rigen la interpretación de los tratados internacionales y, particularmente, los celebrados para evitar la Doble Tributación. Ello, ya que el objeto del presente trabajo es determinar si dichas

reglas respetan el principio de no discriminación contenido en los Tratados celebrados para evitar la Doble Tributación.

Posteriormente, en el trabajo se hará un análisis detallado del principio de no discriminación que se encuentra contenido en los Tratados celebrados para evitar la Doble Tributación y sus elementos, tomando como base el artículo 24 del Modelo Convenio de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, toda vez que nuestro País ha utilizado dicho Modelo al celebrar sus Tratados, a fin de poder analizar posteriormente si las reglas de capitalización delgada o insuficiente contenidas en la legislación mexicana lo respetan.

CAPÍTULO I. LA CAPITALIZACIÓN DELGADA O INSUFICIENTE Y SUS ANTECEDENTES

Considerando que el presente trabajo analizará las reglas de capitalización delgada o insuficiente que contiene la Ley del Impuesto sobre la Renta en vigor, a la luz del principio de no discriminación indirecta contenido en los tratados celebrados por nuestro país para evitar la doble tributación, en primer lugar se establecerá cuál es la diferencia entre deuda y capital, cuál es el concepto del término capitalización delgada o insuficiente, cuáles son los distintos tipos de capitalización delgada, así como qué se entiende por el concepto de partes relacionadas y cuáles son los antecedentes internacionales que le dieron origen y su regulación.

1.1. Diferencia entre deuda y capital.

Las estructuras corporativas globales han permitido a las empresas que forman parte de un mismo grupo a recurrir a mayores fuentes de financiamiento a efecto de poder desarrollar sus operaciones, o bien, para impulsar su crecimiento y posicionamiento en el mercado. Para ello, las empresas se han allegado de recursos económicos a través de distintas fuentes, tales como el capital aportado por sus socios o accionistas o el capital generado por la propia sociedad, o bien, a través de la obtención de préstamos, endeudamientos o apalancamientos que, por lo general, genera intereses a cargo del deudor.

No podemos perder de vista que cuando se está en presencia de un financiamiento con recursos propios, o vía capital, los titulares de las participaciones en el capital de las sociedades tienen derecho a participar en el beneficio social, y aceptan un riesgo en la misma; mientras que tratándose del financiamiento por vía de préstamo, endeudamiento o apalancamiento, se atribuye al

prestamista un derecho a una retribución fija, que incluya el capital prestado con los intereses pactados, y en el cual no existe la voluntad de compartir riesgos en la inversión.¹

Así, los titulares de las participaciones en el capital de las sociedades tienen derecho a participar en las ganancias de la propia empresa; sin embargo, normalmente no se encuentran en posibilidades de recuperar su inversión sino hasta que se lleve a cabo la disolución de la empresa y sus riesgos se encuentran limitados al monto de su participación en el capital, aunque desde luego, siempre se encuentran en posibilidades de enajenar su participación (acciones) e intentar obtener el valor actual de su inversión, lo que puede ser más o menos de lo que originalmente invirtió.²

Por otra parte, cabe mencionar que tratándose del financiamiento por vía de préstamo, endeudamiento o apalancamiento, el prestamista tiene un derecho a una retribución fija, que incluya el capital prestado con los intereses pactados independientemente de las ganancias que pueda generar la empresa y generalmente recupera su inversión después de cierto tiempo, sin perder de vista desde luego que el prestamista también cuenta con la posibilidad de enajenar sus derechos a un tercero, caso en el cual, puede recuperar una cantidad mayor o menor a su inversión inicial.³

Cualquiera que sea el financiamiento que elija una empresa, es importante mencionar que se genera una carga para la empresa, pues estará obligada a reintegrar las cantidades tomadas, sea vía dividendos a sus accionistas cuando se trata de financiamiento con recursos propios, o bien,

¹ PITA GRANDAL, Ana María y Otros, “Una aportación sobre la naturaleza jurídica de la norma sobre subcapitalización en España”, XIX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, L. 3, Lisboa, 1998, Pág. 230.

² Ver párrafo 3 del OECD Report on “Thin Capitalization” adopted by the OECD Committee on Fiscal Affairs on 26 November 1986, OECD Model Tax Convention on Income and Capital, Paris, Eighth Edition, July 2010.

³ Ibid.

mediante el pago de la deuda más los intereses que se generen conforme al contrato respectivo, o en su defecto, el interés legal aplicable a sus acreedores tratándose del financiamiento por vía de préstamo, endeudamiento o apalancamiento.

En principio, la decisión que toma una empresa respecto al mecanismo de financiamiento que utilizará está dada principalmente por las leyes mercantiles de la jurisdicción de que se trata, por los efectos económicos y financieros que se encuentran presentes en el negocio. En el sistema jurídico mexicano, al igual que en la mayoría de las jurisdicciones, no existe un monto de capital determinado para operar, o bien, éste debe de ser mínimo y la decisión queda en manos de los socios o accionistas.

Los socios o accionistas en la mayoría de la ocasiones deberán de recurrir al financiamiento de un tercero, es decir, al endeudamiento o apalancamiento a fin de obtener recursos, para lo cual tomarán en consideración los efectos económicos y financieros que se encuentran presentes en el negocio y en su país, entre muchos otros factores. En este sentido, podemos señalar que si bien el capital y la deuda pueden tener algunas similitudes, desde el punto de vista fiscal existen diferencias drásticas en cuanto a los efectos que producen.⁴

Desde el punto de vista fiscal, el financiamiento a través de recursos propios o bien el financiamiento a través de recursos obtenidos a través de préstamo, endeudamiento o apalancamiento incide de manera distinta y drástica en la carga tributaria de la sociedad y, en los

⁴ HOYT, Christopher R., “*The New Debt-Equity Regulations Under The Internal Revenue Code*” en Missouri Law Review, Volume 46, Number 4, 1981, Pág. 765.

sujetos involucrados, es decir, incide tanto en quién obtiene el financiamiento, como en el sujeto que aporta el financiamiento.

El financiamiento requerido por una empresa que es previsto mediante vía de capital representa para los socios o accionistas de la sociedad un retorno denominado dividendo, que estará sujeto a la generación de las utilidades por parte de la empresa, por lo que, no podemos dejar de advertir que este esquema de financiamiento representa un riesgo per se y un diferimiento en el retorno de la inversión, ya que los dividendos serán distribuidos a los socios o accionistas una vez que la sociedad haya generado utilidades y pagado el impuesto sobre la renta corporativo.

Dentro del sistema Fiscal Mexicano, la Ley del Impuesto sobre la Renta contiene a partir de 2014 un régimen aplicable a los dividendos que, si bien grava con una tasa adicional del 10% a la persona física que recibe el dividendo, establece la obligación del pago de dicho impuesto en las personas morales residentes en México que los distribuyen y no en manos de quien recibe el dividendo, así como su no deducibilidad al distribuirlos; sin embargo, toda vez que no es objeto del presente trabajo el análisis del régimen fiscal de dividendos, el mismo no será analizado a detalle.

Por su parte, en el financiamiento a través de recursos obtenidos por vía de préstamo, endeudamiento o apalancamiento, el acreedor prevé de flujos al deudor por un periodo determinado, a cambio de un rendimiento periódico calculado a una tasa de interés determinado a condiciones de mercado. En este supuesto, el acreedor no queda sujeto a la generación de utilidades como ocurre en el caso del financiamiento vía capital descrito anteriormente, por lo que, su rendimiento lo deberá de recibir el acreedor en las fechas convenidas.

Conforme a la Ley del Impuesto sobre la Renta, la empresa que recibe el préstamo, endeudamiento o apalancamiento podrá disminuir de su base gravable los intereses pagados al deudor y, por tanto, el impuesto corporativo que cubrirá será menor, en la medida en que se cumplan con los demás requisitos que se encuentran establecidos en la ley, mientras que para el acreedor los intereses que son recibidos deberán de ser considerados como un ingreso acumulable y, por tanto, quedarán sujetos al pago del impuesto sobre la renta correspondiente.

Independientemente de que será analizado con mayor detalle en siguientes apartados, se puede decir que una empresa es capitalizada de forma insuficiente cuando su nivel de endeudamiento es mayor a su nivel de capital en determinada proporción, situación que las autoridades fiscales, incluyendo la mexicana, han considerado que es aprovechado por los contribuyentes que tienen una relación o vínculo entre sí, para disminuir la base del impuesto sobre la renta, o bien, para reubicar las utilidades o pérdidas fiscales que son generadas por una empresa.⁵

Es importante mencionar que cuando el financiamiento a través de recursos obtenidos a través de préstamo, endeudamiento o apalancamiento excesivo se presenta entre entidades que son residentes en una misma jurisdicción no se genera problema alguno, ya que la deducción por la prestamista de los intereses a su cargo, tiene su contrapartida en el ingreso que el prestatario percibe de los intereses y que deberá considerar como acumulable para efectos del impuesto sobre la renta, sino que el problema se presenta cuando el acreedor y el deudor que tienen la característica de ser partes

⁵ NAIME HADDAD, Carlos Enrique y Otro., “*La Capitalización Insuficiente 2008*”, Boletín Técnico del Instituto Mexicano de Ejecutivos de Finanzas No. 11, 2008, en www.imef.org.mx/publicaciones/boletinestecnicosorig/BOL_11_08_CTN_EF.PDF

relacionadas son, a su vez, residentes en jurisdicciones distintas, tal y como lo ha reconocido nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁶

1.2. Concepto de Capitalización Delgada o Insuficiente.

Como fue mencionado anteriormente y reconocido por nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, es en el aspecto internacional que adquiere importancia el regular el otorgamiento de préstamos entre partes relacionadas, es decir, cuando acreedor y deudor residen en países distintos, ya que el grupo de empresas podrá, sin ser este el motivo principal del otorgamiento de préstamos, buscar reducir su tributación al trasladar beneficios de una empresa residente en un Estado a otra

⁶ **RENTA. LA PROHIBICIÓN PARA DEDUCIR INTERESES, EN TÉRMINOS DE LOS ARTÍCULOS 32, FRACCIÓN XXVI Y 215 DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, VIGENTE EN 2005, SE ACTUALIZA SÓLO CUANDO EL ENDEUDAMIENTO PROVENGA DE UNA ENTIDAD EXTRANJERA.** De la interpretación de los citados preceptos que se refieren a la no deducibilidad de los intereses derivados de las deudas que tenga el contribuyente en exceso en relación con su capital, provenientes de capitales tomados en préstamo otorgados por una o más personas consideradas partes relacionadas en términos del artículo 215 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, o de una parte independiente residente en el extranjero, cuando el contribuyente sea una parte relacionada de una o más personas en términos del referido artículo 215, **se concluye que para la actualización de esa prohibición es indispensable que el prestamista resida en el extranjero.** Ello es así, pues tratándose de personas relacionadas residentes en el país, el prestamista podrá deducir los intereses generados a su cargo, ya que el prestatario deberá considerar como ingreso acumulable su importe total; mientras que tratándose de adeudos celebrados con prestatarios residentes en el extranjero, el prestamista no podrá deducir los intereses derivados de la contraprestación en comento, en virtud de que el extranjero no se ubica en los alcances de la legislación tributaria mexicana; de ahí que el legislador, mediante las reglas de subcapitalización, ha buscado restringir la deducción de intereses derivados de deudas contraídas con prestamistas que son partes independientes residentes en el extranjero, cuando su monto excede en relación a su capital, pues con ello se evita reubicar en otras empresas (residentes en otro país) utilidades o pérdidas, así como disminuir su base imponible, lo cual no se presenta tratándose de préstamos otorgados por partes independientes nacionales, ya que la deducción por la prestamista de los intereses a su cargo, tiene su contrapartida en el ingreso que el prestatario percibe de los intereses y que deberá considerar como acumulable para efectos del impuesto sobre la renta.

Contradicción de tesis 28/2008-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Séptimo y Décimo Sexto, ambos en Materia Administrativa del Primer Circuito. 16 de abril de 2008. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Eduardo Delgado Durán.

Tesis de jurisprudencia 2a./J. 73/2008. Aprobada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia De la Nación en sesión privada del 16 de abril de 2008 y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVII, Abril de 2008, Novena Época, Pág. 682.

residente en otro Estado cuya tributación sea más baja, lo que ocasiona un perjuicio recaudatorio a los países.

Con base en ello, es que los Estados han regulado mediante el establecimiento de reglas de capitalización delgada o insuficiente, el sobre endeudamiento de las empresas con capitales tomados en préstamo otorgados por partes relacionadas residentes en el extranjero a fin de prevenir sufrir un perjuicio recaudatorio, situación que a su vez, busca promover indirectamente que el financiamiento de las empresas sea mediante aportaciones de capital que realicen los socios o accionistas de la sociedad de que se trate.

Así, con el fin de evitar que las sociedades recurran, por motivos fiscales, al financiamiento a través de préstamos obtenidos de partes relacionadas, las diversas legislaciones fiscales de los distintos Estados han introducido en sus ordenamientos internos normas tendientes a eliminar estas prácticas, siendo la norma más común, aquella que limita la deducción de los intereses provenientes de capitales tomados en préstamo otorgados por partes relacionadas residentes en el extranjero, cuando dichas deudas superan en determinada proporción el capital del contribuyente.

Para referirse a este tipo de operaciones la doctrina tributaria internacional ha establecido y utilizado diversos términos, entre ellos, los términos de subcapitalización, capitalización delgada o capitalización insuficiente⁷, mismos que se usarán indistintamente en el presente trabajo y que implican en todos los casos, la existencia de una estructura financiera en la que se da primacía a los

⁷ El Consejo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos aprobó el 26 de noviembre de 1986, el texto denominado *Thin Capitalization*, por medio del cual se establecen los criterios de este organismo con relación al tema de capitalización delgada, y su vinculación en general con las disposiciones de precios de transferencia.

recursos ajenos procedentes de sociedades vinculadas con la finalidad, normalmente, de reducir el beneficio imponible de la sociedad relacionada.

En relación con lo anterior, María Luisa Esteve Pardo ha establecido en su libro titulado “*Posibles respuestas del Derecho tributario al problema de la subcapitalización*” que la subcapitalización puede caracterizarse como la elevada desproporción entre los fondos ajenos y los fondos propios de que dispone una entidad, de manera que la financiación a través de préstamos u otras modalidades de endeudamiento que obtiene la empresa supera cuantitativamente con gran amplitud al capital propio.⁸

Por otra parte, el doctrinario Lucio Enrique Manosalva Afanador en su obra titulada “*Encuadramiento fiscal de la subcapitalización de las empresas*” ha establecido que debe entenderse por subcapitalización, al establecer que ésta consiste en la financiación que obtiene una empresa con capital ajeno, en forma desproporcionada frente a la financiación con capital propio, por causa de los distintos tratamientos tributarios que se presentan a estos dos tipos de financiación.⁹

En este mismo sentido, se ha sostenido que la subcapitalización es un problema que interesó en primer lugar a la doctrina mercantil ya que en cuanto se produce una aportación insuficiente o encubierta de capital se modifica la responsabilidad patrimonial de las entidades con respecto al riesgo empresarial, perspectiva bajo la cual, la subcapitalización ha sido definida como cualquier

⁸ ESTEVE PARDO, María Luisa, “*Posibles respuestas del Derecho tributario al problema de la subcapitalización*”, XIX Jornadas Latino-Américas de Direito Tributario, L. 3, Lisboa, 1998, pág. 247.

⁹ MANOSALVA AFANADOR, Lucio Enrique, “*Encuadramiento fiscal de la subcapitalización de las empresas*”, XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributario, L. 3, Lisboa, 1998, pág. 60.

desproporción contable entre la magnitud del capital de responsabilidad y el nivel de riesgo de la empresa, para la consecución de su objeto social.¹⁰

Al respecto, sostiene la Doctrina Española que es importante delimitar el concepto de capitalización delgada, insuficiente o subcapitalización frente a algunas otras figuras, como lo es la insolvencia, el balance negativo y la descapitalización. La insolvencia se presenta cuando la sociedad no puede satisfacer sus obligaciones al vencimiento de éstas, ya sea por qué el pasivo exigible es mayor que el activo o bien, por qué teniéndolo, carezca la sociedad de liquidez para atender los pagos que debe de realizar.¹¹

Por otra parte, en términos de lo que señala Teodoro Cordón Ezquerro podemos identificar que el balance negativo hace referencia a aquellas situaciones en que el activo es inferior al pasivo, pero incluyendo en el pasivo el capital social y las reservas, mientras que la descapitalización es un concepto económico que identifica una situación de gran empobrecimiento de una sociedad, figuras que resultan distintas al concepto de capitalización delgada, insuficiente o subcapitalización.¹²

Así, Teodoro Cordón Ezquerro apoyándose en lo señalado por Cristina García-Herrera Blanco, ha establecido que en definitiva desde una perspectiva jurídico-tributaria, la subcapitalización consiste en una maniobra elusiva de las sociedades que por motivos fiscales, para reducir o minimizar la carga fiscal del grupo, recurren a la financiación con fondos ajenos para encubrir una auténtica

¹⁰ CORDON EZQUERRO, Teodoro y Otro, *“La Subcapitalización: Tratamiento Jurídico-Tributario y su Compatibilidad con el Principio de No Discriminación”*, Manual de Fiscalidad Internacional, Instituto de Estudios Fiscales, 2ª Edición, Madrid, 2004, pág. 495.

¹¹ Ídem, Pág. 496.

¹² *Ibíd.*

aportación de capital, aun cuando no se debe de equiparar este fenómeno estrictamente con la evasión fiscal, sino también con la finalidad de conservar un principio de distribución del poder tributario.¹³

En este mismo sentido, cabe mencionar que el Colegio de Contadores Públicos de México, a través de la Comisión de Investigación Fiscal ha establecido que Miguel Ángel Velasco Manríquez define a la capitalización insuficiente como una “Práctica que los inversionistas de grupos multinacionales llevan a cabo frecuentemente con sus empresas, con el fin primordial de bajar la carga fiscal, sobre todo cuando los dividendos distribuidos son gravados (en el país de la fuente) para los accionistas que los reciben”.¹⁴

Así, en términos de lo establecido por la doctrina y tal como fue señalado con anterioridad, se está en presencia de un problema de capitalización delgada o subcapitalización, cuando una empresa cuenta con un nivel de endeudamiento mayor a su nivel de capital en determinada proporción derivado de los préstamos obtenidos de una empresa relacionada que se encuentra ubicada en un país distinto, esquema bajo el cual, se reubican las utilidades o pérdidas fiscales generadas por la empresa al encubrir una auténtica aportación de capital.

En consecuencia, podemos decir que las reglas de capitalización delgada o subcapitalización, sustancialmente impiden a los contribuyentes deducir los intereses provenientes de deudas contraídas con partes relacionadas residentes en el extranjero cuando excede el límite permitido,

¹³ Ídem, Págs. 501 – 502.

¹⁴ *Capitalización Insuficiente o Subcapitalización (1era Parte)*, Boletín de la Comisión de Investigación Fiscal del Colegio de Contadores Públicos de México No. 228, 31 de diciembre de 2009, en www.ccpm.org.mx/avisos/boletin_diciembre_2009.pdf

con la finalidad de no permitir que utilicen operaciones de endeudamiento en donde los intereses pagados no son más que un dividendo disfrazado, como instrumento para disminuir la base del mencionado impuesto o reubicar las utilidades y pérdidas fiscales de una empresa que sea considerada parte relacionada, con el consiguiente perjuicio que representa para las finanzas del Estado.¹⁵

1.3. Distintas clases de Capitalización Delgada o Insuficiente.

La Doctrina ha reconocido que existen dos clases de capitalización delgada, insuficiente o subcapitalización, a saber: a) la subcapitalización material que consiste en que la entidad o sociedad no posee los medios financieros suficientes para el llevar a cabo su objeto social, de tal forma que se produce una escasez no solo de responsabilidad sino también de capital para asumir los riesgos; y b) la subcapitalización nominal que consiste en que la entidad o sociedad posee los medios financieros necesarios para el desarrollo de su objeto social, por lo que, la particularidad radica en que el capital es aportado en forma de préstamo.¹⁶

¹⁵ **CAPITALIZACIÓN DELGADA O SUBCAPITALIZACIÓN. CONCEPTO Y FINALIDAD DE DICHA FIGURA EN LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA.** La fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta prevé la figura de la capitalización delgada o subcapitalización, que sustancialmente impide a los contribuyentes deducir intereses provenientes de deudas contraídas con partes relacionadas residentes en el extranjero, por niveles de deuda que excedan el triple de su capital contable, con la finalidad de no permitir que utilicen operaciones de endeudamiento en donde los intereses pagados no son más que un dividendo disfrazado, como instrumento para disminuir la base del mencionado impuesto o reubicar las utilidades y pérdidas fiscales de una empresa a otra, que sean consideradas partes relacionadas, ocultando una verdadera participación en el capital de la sociedad, con el consiguiente perjuicio que representa para las finanzas del Estado.

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

Tesis aislada número I.4o.A.798 A (9a.). Aprobada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro I, Octubre de 2011, Tomo 3, Décima Época, Pág. 1611.

¹⁶ RUBIO GUERRERO, Juan José, “Manual del Impuesto sobre Sociedades”, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, España, 2003, Pág. 398.

En ambos supuestos de subcapitalización se produce una desproporción entre el capital contable y el objeto social de la entidad o sociedad y, a su vez, la responsabilidad hacia los socios es la misma, sin embargo, la medida de responsabilidad es distinta, ya que en los casos de subcapitalización material el socio responde ilimitadamente de las deudas sociales, mientras que en los casos de subcapitalización nominal, el socio responde más allá de su cuota de aportación al capital pero limitadamente al valor de los fondos y bienes con que se financió a la sociedad subcapitalizada.¹⁷

Ahora bien, considerando el objeto del presente trabajo, nos enfocaremos a la capitalización delgada, insuficiente o subcapitalización denominada nominal. La subcapitalización nominal, como ha sido reconocido por la Doctrina Española, puede ser considerada desde una perspectiva jurídica, como una operación correcta y legítima, sin embargo, no puede pasarse desapercibido que, los préstamos recibidos constituyen el pilar de una construcción impropia que se rige por principios que resultan incompatibles entre sí, la maximización del beneficio y a su vez, la minimización del riesgo.¹⁸

Es importante mencionar que no toda operación de préstamo en la que partes relacionadas tengan la calidad de acreedor y deudor puede ser calificada como impropia o irregular, sino que la irregularidad o impropiedad de la operación de préstamos se presenta cuando la finalidad de los fondos prestados es la de sustituir la aportación de capital y por ende, disminuir la responsabilidad. Es decir, desde un punto de vista económico nos encontramos en presencia de una capitalización

¹⁷ CORDÓN EZQUERRO, Teodoro y Otro, "La Subcapitalización...", Op. Cit., Pág. 498 y ss.

¹⁸ *Ibíd.*

relativa toda vez que los fondos se suministran bajo el concepto de “préstamo” siendo que se trata de una “aportación”.¹⁹

Ahora bien, la capitalización delgada, insuficiente o subcapitalización nominal, como señala Teodoro Córdón Ezquerro, puede ser a su vez de dos tipos, i) la subcapitalización nominal originaria, que se presenta en aquellos casos en los que el socio presta a la sociedad los fondos en lugar de otorgar el capital inicial y, ii) la subcapitalización nominal sobrevenida, misma que se presenta en aquellos casos en los que el socio presta los fondos a la sociedad, en lugar de proceder al aumento de capital por ampliación de los riesgos de la empresa, caso en el cual surge la dificultad de determinar si la finalidad del préstamo es sustituir el capital.²⁰

No puede presumirse que en todos los casos de subcapitalización nominal se tiene como finalidad que el préstamo sustituya el capital, por lo que, resulta necesario establecer una regla que permita medir la fungibilidad del préstamo y el capital. Para ello, como señala Teodoro Córdón Ezquerro, se considera conveniente hacer el análisis de si un tercero hubiera concedido el préstamo en las mismas condiciones y si la respuesta es negativa, entonces el préstamo debe de ser reclasificado como capital, ya que si el préstamo va a sustituir el capital, resulta lógico que nadie quisiera concederlo.²¹

Adicionalmente, será necesario analizar como lo señala Teodoro Córdón Ezquerro, las circunstancias y la magnitud proporcional del préstamo, es decir, los préstamos dados sin interés o

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ *Ibíd.*

²¹ *Ibíd.*

con un interés muy alto son indicativos de que se está en presencia de una subcapitalización, al igual que en el caso de los préstamos por tiempo indefinido o de los prorrogables. Sin embargo, el dato más importante o relevante es la magnitud proporcional, ya que cuanto más alta sea la razón de proporcionalidad entre préstamo/capital, mayor posibilidad habrá de que el préstamo sea un sustitutivo del capital.²²

Retomando la premisa consistente en si un tercero hubiera concedido el préstamo en las mismas condiciones, llegamos a uno de los elementos principales para poder determinar si se está en presencia de un préstamo que sustituye una aportación de capital, disminuyendo los riesgos y, en su caso, tomando beneficios fiscales en perjuicio del fisco de un determinado país, consistente en que el préstamo sea otorgado por una parte que sea considerada como parte relacionada, ya que esta sería la única persona que otorgaría el préstamo cuando nadie más lo quisiera otorgar bajo dichas circunstancias.

1.4. Concepto de Parte Relacionada.

La globalización, y principalmente la actividad de las empresas multinacionales fuera de los países en donde fueron constituidas o de donde son contribuyentes, ha propiciado dificultades a las autoridades fiscales para la ubicación de las utilidades percibidas por la realización de las mismas, ya que las empresas procuran alojar las utilidades obtenidas en su operación en las empresas subsidiarias que conforman el grupo que menos cantidad de impuestos deban pagar, ya sea por la

²² *Ibíd.*

tasa o la legislación fiscal aplicable en dicho país, o bien por la situación económica de las mismas empresas.

Para conseguir tal objetivo, se pactan precios claramente inferiores o superiores a los que se hubiesen pactado en operaciones de partes no relacionadas, o independientes, con lo cual se busca alojar la utilidad en la empresa que represente la mayor conveniencia desde el punto de vista fiscal, económico o financiero, situación que únicamente es posible lograr cuando se trata de operaciones celebradas entre partes relacionadas, ya que si se tratase de partes independientes, no se hubiesen llevado a cabo las operaciones bajo dichas circunstancias, lo que evidencia la importancia del elemento que nos ocupa, es decir, que el préstamo sea otorgado entre partes que son consideradas como relacionadas entre sí.

Así, uno de los elementos principales para poder determinar si se está en presencia de un préstamo que sustituye una aportación de capital, es identificar si el préstamo es otorgado por una parte que es considerada como parte relacionada, ya que ésta sería la única persona que otorgaría el préstamo cuando nadie más lo quisiera otorgar bajo dichas circunstancias, por lo cual, es necesario en el presente apartado definir el concepto de sociedades vinculadas, o dicho de otra manera, sociedades que son consideradas como partes relacionadas, así como el contexto en el que surgen.

El artículo 179 de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente establece que se considera que dos o más personas son partes relacionadas, cuando una participa de manera directa o indirecta en la administración, control o capital de la otra, o cuando una persona o grupo de personas participe directa o indirectamente en la administración, control o capital de dichas personas. Continúa señalando que tratándose de asociaciones en participación, se consideran como partes relacionadas

sus integrantes, así como las personas que conforme al párrafo citado se consideren partes relacionadas de dicho integrante.

Dicho artículo aun y cuando se encuentra en el Capítulo II del Título VI de la Ley del Impuesto sobre la Renta denominado “De los regímenes fiscales preferentes y de las empresas multinacionales” y que constituye un Capítulo especial para establecer una regulación específica que permita una mayor fiscalización respecto de las actividades de este tipo de sociedades, es un concepto genérico que es aplicable a toda la Ley del Impuesto sobre la Renta, como incluso ha sido establecido a través de los criterios normativos aprobados por el Comité de Normatividad del Servicio de Administración Tributaria, durante el primer semestre de 2012.²³

Por su parte, en la Norma de Información Financiera C-13 (NIF C-13) denominada “Partes Relacionadas” emitida por el CINIF (Consejo Mexicano para la Investigación y el Desarrollo de Normas de Información Financiera), cuya finalidad es establecer las normas particulares de revelación aplicables a las operaciones con partes relacionadas, establece cuales son las normas particulares de revelación aplicables a las operaciones con partes relacionadas en los estados financieros de las empresas y, para tal efecto, establece una definición o concepto más amplio de lo que debe considerarse como partes relacionadas o vinculadas.

En particular, establece la NIF que parte relacionada es toda persona física o entidad, distinta a la entidad informante, que: i) directa o indirectamente controla a, es controlada por, o está bajo control

²³ Ver Criterio Normativo 68/2012/ISR Personas morales. Concepto de partes relacionadas. Emitido por el Comité de Normatividad del Servicio de Administración Tributaria en http://ftp2.sat.gob.mx/asistencia_servicio_ftp/publicaciones/legislacion12/comp_criterios_normativos_2012.pdf

común de, la entidad informante, ejerce influencia significativa sobre, es influida significativamente por, o está bajo influencia significativa común de, la entidad informante; ii) es un negocio conjunto en que participa la entidad informante; iii) es familiar cercano; iv) es una entidad sobre la cual alguna de las personas de los incisos (i) y (iii) ejerce control o influencia significativa y, v) es un fondo derivado de un plan de remuneraciones por beneficios a empleados, de la propia entidad informante o de alguna otra que sea parte relacionada.

En consecuencia, es viable señalar que el endeudamiento excesivo plantea una problemática cuando quienes se encuentran involucrados en el otorgamiento y recepción del préstamo se encuentran vinculados o son consideradas como parte relacionada, ya que es cuando sus resultados pueden suponer un perjuicio recaudatorio en los Estados, particularmente cuando se trata de sujetos no residentes, además de representar una transgresión a los principios que regulan la tributación internacional y que se encuentran consagrados y reconocidos en el Modelo Convenio de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (Modelo Convenio de la OCDE).²⁴

Para evitar tal situación, se utiliza en la tributación internacional *el principio de independencia o arm's length principle* como criterio para garantizar la correcta distribución del poder tributario entre los Estados, mismo que consiste en que los sujetos involucrados en las transacciones que son partes relacionadas deben de operar necesariamente como si se tratase de sujetos independientes, ya que cuando las partes son relacionadas o vinculadas, pueden existir dudas sobre si el valor corresponde a aquel que hubieran acordado partes independientes de haber realizado la misma

²⁴ VEGA BORREGO, Félix Alberto, “La Norma Tributaria en Materia de Subcapitalización: Incidencia de los Convenios de Doble Imposición y del Derecho Comunitario”, Crónica Tributaria Num 104/2002, España, 2002, Pág. 98.

operación, razón por la cual el artículo 9 del Modelo Convenio de la OCDE permite realizar ajustes cuando no se respeta el principio antes referido.

Como bien señala Félix Alberto Vega Borrego, es en este marco en el que deben de situarse las reglas tributarias en materia de capitalización delgada, es decir, cuando se trata de operaciones de préstamo celebradas entre partes relacionadas, ya que cuando no existe vinculación o relación entre las partes que realizan y reciben el préstamo, se respeta el valor acordado entre las partes, ya que al existir materialmente voluntades contrapuestas no existe el riesgo de que las operaciones sean manipuladas con el fin de reducir de manera injustificada la carga fiscal de una empresa, a fin de trasladar las utilidades a una sociedad distinta y ocasionar un perjuicio recaudatorio en los Estados.²⁵

Derivado de lo anterior, es que en adición a lo señalado en el Modelo Convenio de la OCDE, las distintas legislaciones de los Estados han establecido en su normatividad interna disposiciones que regulan prácticas como la ya explicada, de tal manera que en aquellos casos en los cuales las empresas multinacionales realicen operaciones en las que se pacten contraprestaciones claramente distintas a las que se hubiesen convenido en otras operaciones celebradas entre personas que no se encuentran relacionadas, puedan determinar para efectos fiscales el monto de la contraprestación que hubiese sido pactada y, con ello, sus consecuencias fiscales.

²⁵ Ídem, Pág. 94.

1.5. Antecedentes Internacionales.

Desde el año de 1961, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) ha buscado construir y establecer reglas internacionales que regulen a los países miembros de dicha organización en las operaciones internacionales. El principal instrumento utilizado ha sido el Modelo de Convenio sobre la Renta y el Patrimonio que fue publicado primeramente en el año de 1963, revisado en 1977 y finalmente corregido en el año de 1992, el cual ha continuado en constante revisión para irse adaptando a la realidad, motivo por el cual ha sufrido diversas actualizaciones en los años de 1994, 1995, 1997, 2000, 2003, 2005, 2008 y 2010.²⁶

Para los fines que nos ocupa, resalta el artículo 9 del Modelo Convenio de la OCDE mencionado con anterioridad, el cual consagra *el principio de independencia o arm's lenght principle* y contiene los principios comunes según los cuales los Estados pueden aplicar sus normas tributarias para la corrección de utilidades, de manera que dicha corrección emprendida por un Estado sobre los beneficios de una empresa sea aceptable para el Estado de residencia del otro sujeto involucrado, de manera que no implique una doble imposición, respetándose así el principio internacional antes señalado.

El denominado *principio de independencia o arm's lenght principle*, establece que cuando las condiciones son creadas o impuestas entre dos empresas relacionadas, en sus relaciones comerciales y financieras y éstas difieren de aquellas que hubieren ocurrido entre empresas independientes entre sí, cualquier utilidad que, debido a estas condiciones, se acumuló en una de las empresas, pero por

²⁶ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (www.oecd.org)

razones de esas mismas condiciones no se acumuló de la forma que debió ser, pueda corregirse y ser gravada por el Estado que corresponda.

El reporte para el año de 1979 de la OCDE,²⁷ hizo énfasis en que con la finalidad de prevenir el abuso de las operaciones internacionales, los países miembros debían de establecer regulaciones que obliguen de alguna manera el uso del *principio de independencia o arm's length principle*, a raíz de lo cual, las distintas legislaciones de los Estados han establecido en su normatividad interna disposiciones que regulan prácticas como la que ha sido explicada, mismas que incluso se han basado en las directrices establecidas por la OCDE.

Bajo este contexto, fue que el Consejo de la OCDE aprobó el 26 de noviembre de 1986, el texto denominado "*Thin Capitalization*", por medio del cual se dio a conocer y estableció los criterios de la OCDE con relación al tema de subcapitalización, entendiendo a dicho término como el exceso que representa el endeudamiento de determinada empresa proveniente de préstamos de partes relacionadas, en relación con su capital en determinada proporción, así como la vinculación de aquél en general con las disposiciones de precios de transferencia, mismo que cobró vigencia en 1987.

Dicho documento desarrolla el planteamiento consistente en evitar la disminución de las bases imponibles de las sociedades residentes en un territorio, cuando se fundamenten en una deuda con una entidad vinculada no residente, mayor al que la sociedad residente hubiera podido obtener en condiciones normales de mercado, entre partes independientes; por tanto, se considera que hay una

²⁷ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, *Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y sobre el Patrimonio*, Comité de Asuntos Fiscales.

distribución de beneficio si la relación deuda/capital de la empresa que paga, excede de una cierta relación, sin embargo, no especifica una limitante en cuanto a la relación sino que lo deja a consideración del país que aplique las reglas.

Así, las reglas de capitalización delgada o insuficiente surgen como resultado de la preocupación por parte de la OCDE de que algunas empresas aprovechaban el costo financiero de su deuda contratada con una parte relacionada, a fin de disminuir su base gravable en perjuicio de la administración tributaria en que se encontraban ubicados, razón por la cual, dicho documento permite considerar que el *principio de independencia o arm's length principle* es válido para determinar si lo que se presenta como un préstamo debería ser considerado como una aportación de capital.

Lo anterior, ya que el contribuyente debe demostrar que su relación deuda-capital cumple con el *principio de independencia o arm's length principle* (Valor de Mercado), con base en lo dispuesto en el artículo 9 del Modelo Convenio de la OCDE y de los tratados para evitar la doble tributación, pues de lo contrario, el mismo Modelo Convenio permite que el exceso de pago de intereses no quedará protegido por lo dispuesto en el artículo 11 relativo a los intereses y, en consecuencia, podrá someterse a imposición, de acuerdo a la legislación de cada Estado contratante y demás disposiciones del mismo convenio o tratado de que se trate.²⁸

Algunos de los resultados y conclusiones a las que llegó el Consejo de la OCDE se han plasmado en los propios Comentarios a los artículos del Modelo Convenio para evitar la Doble Imposición

²⁸ Ver artículo 11, párrafo 6 del Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos.

Internacional y prevenir la Evasión Fiscal en los Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio de la OCDE relacionados con la subcapitalización. Particularmente, respecto del artículo 9 del Modelo Convenio, se reconoció que debe existir una relación entre los convenios fiscales y las normas nacionales sobre subcapitalización, concluyendo principalmente lo siguiente:²⁹

a) Que el artículo 9 del Modelo Convenio no impide la aplicación de las normas o reglas nacionales sobre subcapitalización o capitalización delgada en la medida en que tengan por objeto la asimilación de los beneficios del prestatario a la cuantía que hubiera realizado en condiciones normales de mercado entre partes independientes, por lo que, el citado artículo 9 es en realidad el fundamento para la aplicación de las citadas normas o reglas nacionales de subcapitalización o capitalización delgada;

b) Que el artículo 9 del Modelo Convenio afecta no sólo a la determinación de si el tipo de interés establecido en un contrato de préstamo es un tipo de mercado, sino también a la cuestión de si lo que se presenta como un préstamo puede ser considerado como tal o si debe considerarse como una entrega de fondos de otro tipo, y en particular dicho artículo contiene el fundamento para que dicho préstamo sea considerado o reclasificado como una aportación de capital con sus correspondientes consecuencias;

c) Finalmente, a juicio del Consejo de la OCDE, la aplicación de las normas sobre subcapitalización o capitalización delgada no deben conducir normalmente a aumentar los beneficios imponibles de la empresa nacional considerada más allá de la cuantía correspondiente a los beneficios de libre

²⁹ Ver párrafo 3 de los Comentarios al artículo 9 del Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos.

mercado, ya que ese principio debe seguirse igualmente al aplicar los convenios fiscales existentes, por lo que, en su caso habrá que realizar los ajustes correspondientes en términos de lo que establece el propio Convenio.

Con base en esto, es evidente que la reacción del derecho tributario internacional ha plasmado soluciones legislativas, en buena medida, para hacer frente a estas formas de planificación internacional, a saber: mediante la fijación de reglas de precios de transferencia y reglas de subcapitalización o capitalización delgada, toda vez que si bien el vehículo para transferir la base imponible de un Estado a otro es distinto en uno y otro caso, no podemos dejar de reconocer que trae como consecuencia los mismos resultados.³⁰

Ello, ya que mientras que en los precio de transferencia es el importe del precio el que se fija por encima del que se hubiera pactado entre partes independientes, en la subcapitalización lo que se hace es disimular una operación de financiamiento de una sociedad como si fuera con recursos ajenos que han de retribuirse con intereses, cuando presuntamente se trata de una aportación de capital que habría debido remunerarse con cargo al resultado o utilidad de la sociedad financiada, en forma de dividendo que no podría deducirse fiscalmente de su base gravable, y que incluso en caso de pago a un residente en el extranjero resultara aplicable una tasa de retención más benéfica.

³⁰ Inclusive, en nuestros días continúan los intentos para hacer frente a las planeaciones agresivas, tal es el caso del proyecto denominado BEPS (Base Erosion and Profit Shifting, esto es, erosión de la base imponible y traslado de beneficios), a fin de evitar la utilización de figuras creadas para evitar la doble imposición internacional (que unos mismos beneficios tributen en dos países distintos) para llegar a una nula tributación como consecuencia de las agresivas estrategias fiscales de algunas compañías y de las facilidades que les dan algunos Gobiernos.

De igual manera, en el documento denominado “*Thin Capitalization*” el Consejo de la OCDE reconoce que existen diversos métodos para evitar la práctica de la capitalización delgada o subcapitalización, a saber, métodos subjetivos y métodos objetivos. Los primeros se aplican caso por caso, según el estudio de las diversas circunstancias que en él concurren, con el fin de determinar si la presunta operación de subcapitalización ciertamente lo es;³¹ mientras que los segundos consisten en la fijación de la *ratio* o coeficientes de endeudamiento en relación con el capital propio, de modo que los préstamos que excedan el *ratio* establecido serán considerados capital propio.³²

Al respecto, el Consejo de la OCDE en el documento denominado “*Thin Capitalization*” establece que, estima que es este segundo método el que resulta compatible con el *principio de independencia o arm’s length principle*, siempre que se permita a las partes implicadas la posibilidad de demostrar que, pese a superar el coeficiente o *ratio* fijado en la misma legislación, el préstamo otorgado responde a las condiciones que hubieran pactado partes independientes, por lo que, el coeficiente o *ratio* establecido en la legislación debe de ser considerado como un límite de protección o regla “*safe harbor*” para los contribuyentes.³³

En consecuencia, de lo señalado anteriormente y de lo establecido por el Consejo de la OCDE, legislaciones de diversos países miembros de la OCDE, e inclusive algunos europeos no miembros de ella, establecen límites al monto deducible de los intereses que de dichos préstamos (los

³¹ Ver Párrafo 75 a 78 del documento denominado “*Thin Capitalization*” emitido por el Consejo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos el 26 de noviembre de 1986.

³² Ver Párrafo 79 del documento denominado “*Thin Capitalization*” emitido por el Consejo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos el 26 de noviembre de 1986.

³³ *Ibíd.*

otorgados por partes relacionadas) se generen para efectos del impuesto sobre la renta tomando en cuenta la relación deuda-capital, pero permitiendo a las partes contratantes el probar que las condiciones bajo las cuales se celebraron los citados préstamos fueron iguales a aquellas que hubiesen considerado partes independientes.

En este sentido, podemos encontrar en la legislación doméstica de estos países que las reglas de subcapitalización o capitalización delgada que limitan la deducción de los intereses derivados de deudas provenientes de capitales tomados en préstamo otorgados por partes relacionadas, cuando el monto de las mismas exceden en determinada proporción su capital, varían significativamente en cuanto a la relación deuda-capital (desde 1.5 a 1 hasta 8 a 1), pues como fue mencionado, la OCDE no estableció una limitante en cuanto a la relación sino que lo deja a consideración del país que aplique las reglas.

En efecto, en adición a lo señalado en el Modelo Convenio de la OCDE, las distintas legislaciones de los Estados a partir de 1971 han establecido en su normatividad interna disposiciones que regulan la subcapitalización o capitalización delgada y establecen a su vez, límites al monto de los intereses que podrán deducirse para efectos del impuesto sobre la renta, bajo el supuesto de que una sociedad ubicada en su jurisdicción podría sobre endeudarse con otras partes relacionadas, con el único objeto de disminuir la base gravable de dicho impuesto.

Es de destacar, como bien lo señala el contador José Mario Rizo Rivas que es raro encontrar una similitud en las razones financieras para medir el nivel de endeudamiento entre cada uno de los países que en la práctica mantienen regulaciones en materia de capitalización delgada, por lo que varias de estas legislaciones incluyen provisiones adicionales y distintas entre sí, para efectos de

determinar la no deducibilidad de los intereses.³⁴ A continuación, analizaremos brevemente las reglas de subcapitalización delgada de los primeros cinco países que las introdujeron en su legislación y su régimen actual, para posteriormente analizar en el siguiente capítulo, las reglas que contiene en nuestra legislación, así como sus antecedentes.

1.5.1. Canadá.

En el año de 1972 se introdujeron las reglas de capitalización delgada o insuficiente en la legislación canadiense, con la finalidad de evitar precisamente que los accionistas residentes extranjeros de una sociedad canadiense pudieran extraer los ingresos de ésta a manera de intereses aplicando una tasa de retención más favorable, es decir, la del 15% de conformidad con los distintos Convenios para evitar la Doble Tributación que tenía celebrados,³⁵ por lo cual, es considerado como uno de los primeros países, o incluso el primer país que introdujo de manera formal las reglas de capitalización delgada o insuficiente en su legislación.

Hasta el ejercicio de 2012, los intereses devengados por una sociedad residente canadiense con determinados residentes extranjeros se considerarían como no deducibles, en aquellos casos en los que el importe de las deudas contraídas por ésta con los no residentes excedan la relación de 2 veces el capital de la sociedad (2:1); sin embargo, a partir del ejercicio de 2013 el coeficiente permitido se redujo a 1.5:1 al considerar que el coeficiente anterior resultaba excesivo en comparación con los

³⁴ RIZO RIVAS, José Mario, “*Capitalización Delgada. Thin Capitalization*”, Boletín Técnico de la Comisión Fiscal del Colegio de Contadores Públicos de Guadalajara Jalisco del Instituto Mexicano de Contadores Públicos, Octubre de 2006, Jalisco, Pág. 7.

³⁵ ARNOLD J. Brian, “*The Canadian International Tax System: Review and Reform*”, Canadian Tax Journal, 1995, Vol. 43, No. 5, Págs. 1792 - 1818

coeficientes industriales de la economía y por tanto, que se daba lugar a un inapropiado nivel de endeudamiento con partes relacionadas.³⁶

Conforme a las reglas, las deudas que se consideran son las concertadas a) con accionistas que posean en forma directa o indirecta más del 25% de las acciones de la sociedad deudora y que la tasa de intereses no sea pactada a valores de mercado, b) con terceros que se encuentran garantizadas por partes relacionadas (créditos respaldados), c) con entidades denominadas “partnerships” cuyo miembro corporativo es un residente canadiense. Asimismo, se establece que los intereses no reconocidos bajo las reglas de capitalización delgada son caracterizados como dividendos para efectos de retención de impuestos.

1.5.2. Australia.

Las reglas de capitalización delgada o insuficiente fueron concebidas en Australia en el año de 1987, a efecto de garantizar que los residentes en el extranjero que invirtiesen en una sociedad residente en Australia tuvieren un nivel apropiado entre la deuda contraída con ellos y el capital aportado en la sociedad; sin embargo, en el denominado “Ralph Report” se hizo mención de que el régimen no era suficientemente efectivo para prevenir el excesivo endeudamiento, ya que solo resultaba aplicable a la deuda contraída con partes relacionadas en el extranjero y deuda externa que se encontraba garantizada.³⁷

³⁶ GRANT THORNTON, “*The not-so-thin “thin-capitalization” rules*”, Abril 2012, en http://www.grantthornton.ca/resources/insights/articles/New_thin-cap_rules_April18.pdf

³⁷ TING, Antony, “*Thin Capitalisation: Issues on the “Gearing Ratio”*”, Journal of Australian Taxation, 2004, No. 7 (1), Págs. 95 - 131

Dentro del denominado “Ralph Report” se hizo la recomendación de que el régimen de capitalización delgada o insuficiente debía de ser aplicado también a las entidades australianas que invierten en el extranjero, sus entidades asociadas y las entidades extranjeras que invierten directamente en Australia, ya que estas también se encontraban en posibilidades de asignar un endeudamiento excesivo a sus operaciones realizadas en Australia. Estas recomendaciones fueron aceptadas e implementadas en el régimen introducido en el año de 2001, a efecto de impedir la asignación de un excesivo endeudamiento a las operaciones llevadas a cabo en Australia.³⁸

En 2011, se implementó un nuevo régimen, mismo que al valor de los activos dentro de los elementos conforme a los cuales se establecen los límites de endeudamiento de la sociedad, para establecer de manera general que los intereses que excedían en un año de \$250,000 dólares australianos eran no deducibles, cuando las deudas de la empresa excedían al 75% del valor de sus activos sin tomar en consideración para dicho porcentaje, el valor de sus activos no australianos, o bien, cuando importe de las deudas excedan la relación de 3 veces el capital de la sociedad (3:1).³⁹

No obstante ello, en 2014 el régimen fue modificado con la finalidad de fortalecer las reglas de capitalización delgada y se estableció que los intereses que excedían en un año de \$2,000,000 dólares australianos eran no deducibles, cuando las deudas de la empresa excedían al 60% del valor de sus activos sin tomar en consideración para dicho porcentaje, el valor de sus activos no australianos, o bien, cuando importe de las deudas excedan la relación de 1.5 veces el capital de la

³⁸ Ibid.

³⁹ ERNST & YOUNG, “*The Australian tax landscape: A guide for Japanese companies looking to invest in Australia*”, en [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/The_Australian_tax_landscape/\\$FILE/The_Aust_tax_landscape_JBS.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/The_Australian_tax_landscape/$FILE/The_Aust_tax_landscape_JBS.pdf)

sociedad (1.5:1). Estas modificaciones entraron en vigor el 1 de julio de 2014 y continúan vigentes a la fecha.⁴⁰

1.5.3. Estados Unidos de América.

En el año de 1969, el Congreso de los Estados Unidos de América promulgó la sección 385 del Código Interno de Rentas (Internal Revenue Code), a través de la cual se otorgó a las autoridades fiscales las facultades para determinar si los préstamos otorgados entre compañías, en sustancia eran en realidad una inversión en el capital de la misma, ya que las autoridades fiscales consideraban que recaracterizando los préstamos entre compañías como capital, se solucionaría el problema de subcapitalización o capitalización delgada, ya que se encontrarían en posibilidades de otorgar a los intereses el tratamiento de dividendos, los cuales no resultaban deducibles al momento de determinar el impuesto.⁴¹

Sin embargo, años más tarde las autoridades fiscales consideraron que estas herramientas resultaban insuficientes para solucionar el problema de subcapitalización o capitalización delgada y que se requerían herramientas más efectivas, razón por la que en el año de 1989 el Congreso de los Estados Unidos de América promulgó la sección 163(j) del Código Interno de Rentas (Internal Revenue Code), que estableció una regulación para los intereses que son pagados en exceso a una

⁴⁰ DUNNE, Joanne y Otro. “*Dealing With the Changes to the Thin Capitalisation Rules*”, Business Valuation Australia, Volúmen 1, Número 1, Julio 2014, 3er Cuarto, en http://www.minterellison.com/files/Uploads/Documents/Publications/Articles/Pub_A_20140718_Dealing_with_TCR_Dunne.pdf

⁴¹ WEBBER, Stuart, “*Thin Capitalization and Interest Deduction Rules: A Worldwide Survey*”, Tax Notes International, Volúmen 60, Número 9, Noviembre 29, 2010, Págs. 683 – 708.

parte relacionada residente en el extranjero y, conforme a la cual se estableció un límite de protección o regla “*safe harbor*”.

En particular, se estableció en la sección 163(j) del Código Interno de Rentas (Internal Revenue Code), que los intereses pagados por una parte relacionada residente en el extranjero, o bien, a un tercero independiente a quien se le otorga una garantía de una parte relacionada, estarán limitados en su deducción, si el nivel de deudas de la empresa al final del año, sin incluir las deudas a corto plazo (menos de 90 días) que no generen intereses, exceden en 1.5 al capital de la empresa y exceden el menor de los límites establecidos en la misma legislación (intereses excesivos o exentos con una parte relacionada).⁴²

En términos de lo que establecen las reglas, si las deudas de la empresa no exceden en 1.5 al capital, las reglas no resultarán aplicables, al igual que si el interés deducible junto con el interés no deducible es inferior al 50% del ingreso gravable (antes de depreciación y amortización), en cuyo caso, tampoco serán aplicables las limitantes en la deducción de intereses. Los intereses que no hayan sido deducidos en un año, podrán ser deducidos en años posteriores siempre que se cumplan los requisitos para su deducción, es decir, que no queden comprendidos dentro de las limitaciones.⁴³

Adicionalmente, es importante mencionar que debe de tomarse en consideración que la herramienta de la recaracterización de la deuda en capital es una herramienta socorrida por las propias

⁴² En particular, serán considerados como intereses excesivos aquéllos casos en los que los gastos financieros (intereses) exceden del 50% del ingreso gravable (antes de depreciación y amortización) y, a su vez, como intereses exentos con una parte relacionada, aquéllos intereses devengados o pagados a una parte relacionada que no se encuentran sujetos a impuesto sobre la renta en Estados Unidos de América.

⁴³ WEBBER, Stuart, Op. Cit., Págs. 683 – 708.

autoridades fiscales en los Estados Unidos de América para rechazar la deducción de los intereses, bajo sus regulaciones y en aplicación del principio de “substancia sobre forma”, bajo el cual, los intereses son clasificados como dividendos. Sin embargo, no existe una regulación específica sobre cómo deben de aplicarse las reglas de recharacterización, por lo que, tal situación es generalmente resuelta en los tribunales en función de los hechos y circunstancias de cada caso.

1.5.4. Francia.

Francia introdujo las normas para limitar la subcapitalización desde el año de 1991. En un inicio las reglas de capitalización delgada o subcapitalización en Francia únicamente resultaban aplicables a préstamos obtenidos directamente por una parte relacionada y que no les resultaba aplicable la Directiva Matriz-Filial 90/435/CEE (“Parent Subsidiary Directive”)⁴⁴, fueron percibidas en un inicio como insuficientes, además de que el Tribunal Administrativo Superior de Francia (The Conseil d’Etat) en su oportunidad resolvió en dos casos⁴⁵ que las reglas de capitalización delgada o subcapitalización resultaban contrarias a las legislación de la Comunidad Europea y a los Tratados Internacionales celebrados para Evitar la Doble Tributación.⁴⁶

⁴⁴ La Directiva Matriz-Filial 90/435/CEE, adoptada el 23 de Julio de 1990 para ser implementada por los estados miembros con efectividad 1 de Enero de 1992 y modificada por la Directiva 2003/123/CEE, de 22 de diciembre de 2003, tiene su origen en una propuesta de la Comisión presentada por primera vez al Consejo en 1969 que tenía como finalidad eliminar la doble imposición de los dividendos en los grupos de sociedades.

⁴⁵ En Diciembre 30, 2003 al resolver el caso n° 233894 de *SA Andritz* estableció que, una Empresa Alemana que era la matriz de una Empresa Francesa debía de ser considerada como una Empresa Francesa para efectos de las reglas de capitalización delgada y, al resolver el caso n° 249047 de *SARL Coréal Gestion* estableció que una Empresa Australiana Matriz podía beneficiarse de la cláusula de no discriminación contenida en el Tratado para evitar la Doble Tributación celebrado con Francia y en consecuencia, beneficiarse de la misma exención que una Empresa Matriz Francesa.

⁴⁶ WINSTON & STRAWN, “*French Thin-Capitalization Rules Likely to Change*”, November 2005, en <http://winston.com/siteFiles/publications/Frenchthin-capitalizationruleslikelytochange10-2005.pdf>

Derivado de ello, y con la finalidad de implementar reglas más eficientes y actuales que respetasen la legislación de la Comunidad Europea y los Tratados Internacionales, el Congreso Francés propuso en 2006 modificaciones a las reglas de capitalización delgada o subcapitalización que entraron en vigor en 2007, con base en las cuales se amplió el concepto de parte relacionada, para establecer que como parte relacionada se entiende una entidad que directa o indirectamente es propietaria del 50% de los derechos económicos o de voto, aquella que ejerce el control efectivo y, cuando el deudor y acreedor sean controlados directa o indirectamente por la misma persona.⁴⁷

Asimismo, se estableció que cuando los intereses derivados de financiamiento otorgados por partes relacionadas excedan la cantidad de €150,000, su deducción se limitará a la tasa mayor entre la tasa promedio anual de bancos para préstamos a plazo medio (2 años) o a la tasa de mercado que se obtenga de los bancos y, que el interés neto no podrá deducirse cuando i) se exceda del 1.5 del capital contable, ii) se exceda el 25% de las utilidades ajustadas antes de impuestos (adicionadas de intereses que se adeuda a partes relacionadas, depreciación y a un porcentaje de gastos por arrendamiento), iii) el interés pagado excede al cobrado. Los intereses no deducibles en un ejercicio podrán deducirse en posteriores.⁴⁸

No obstante ello, las reglas de capitalización delgada o subcapitalización que se encontraban en vigor en Francia desde 2007 dieron origen a un sinnúmero de comentarios de las autoridades fiscales francesas, motivo por el cual, a partir de 2011 la aplicación de las reglas fue ampliada, a efecto de resultar aplicable no solo a los préstamos otorgados entre partes relacionadas, sino

⁴⁷ Ibid. ERNST & YOUNG, “*Thin Capitalization Regimes in Selected Countries. Report Prepared for the Advisory Panel on Canada’s System of International Taxation*”, May 2008, Págs. 12 – 15, en <http://www.apcsit-gcrfi.ca/06/r-re/RR6%20-%20Ernst%20&%20Young%20-%20en%20-%20final%20-%20090617.pdf>

⁴⁸ Ídem.

también a todos aquellos préstamos que sean otorgados por partes independientes, cuando estos préstamos son garantizados a través de una garantía otorgada por una parte relacionada directa o indirectamente.⁴⁹

1.5.5. España.

La regla de subcapitalización en España fue introducida en el ordenamiento jurídico por la Disposición Adicional Quinta de la Ley 18/1991 del 6 de junio y entró en vigor en el año de 1992. En particular, se añadió en el apartado 9 al artículo 16 de la Ley 61/1978 que establecía que *"cuando el endeudamiento directo o indirecto de una sociedad con otra persona o entidad no residente y relacionada con ella (...), exceda del resultado de aplicar el coeficiente que se determine reglamentariamente a la cifra del capital fiscal, los intereses satisfechos que correspondan al exceso tendrán la consideración fiscal de dividendos"*.⁵⁰

Esta norma de subcapitalización, se introdujo en España con la finalidad de evitar que las entidades españolas de grupos multinacionales se financien en exceso a través de préstamos concedidos por entidades no residentes del grupo para, a través de los intereses cargados, disminuir su beneficio en contra de lo que hubiera sido lo normal en el mercado, esto es, haber financiado a la entidad española en la proporción ordinaria a través de capitales propios cuya retribución no constituye un gasto deducible, a efecto de evitar una erosión de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades y una menor tributación en España.

⁴⁹ CLIFFORD CHANCE, "French Thin-Capitalization Rules", Client Briefing, March 2011, en http://www.cliffordchance.com/publicationviews/publications/2011/03/french_thin-capitalizationrules.html

⁵⁰ CORDON EZQUERRO, Teodoro y Otro, "La Subcapitalización:...", Op. Cit., Pág. 504 y ss.

Así, para evitar el abuso en la utilización de un excesivo apalancamiento en la financiación de filiales de grupos multinacionales, establece un ratio de endeudamiento máximo con empresas del grupo respecto del capital fiscal de la compañía de 3:1, a partir del cual los intereses que se pagan sobre el exceso se califican, a efectos fiscales, como dividendos y por tanto no son deducibles y estarán potencialmente sujetos a retención en su condición de dividendos. Se limita así la deducibilidad fiscal de los intereses que correspondan a la parte de la financiación, que directa o indirectamente procede de compañías vinculadas, que supere tres veces el capital fiscal de la compañía.⁵¹

Cabe destacar que conforme a la legislación española la regla de subcapitalización no se aplica a las compañías residentes en España, ni a los préstamos concedidos por entidades residentes en cualquier país de la Unión Europea a compañías vinculadas residentes en España. Asimismo, es importante mencionar que el contribuyente se encuentra en posibilidades de solicitar al fisco español un aumento en el límite de endeudamiento basándose en condiciones de mercado, la cual si es concedida, tendrá una vigencia de 3 años, a no ser que las condiciones de mercado bajo las cuales se autorizaron cambien drásticamente.

En relación con lo anterior, es importante mencionar que mediante la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2011 se resolvió que no resulta de aplicación la norma española de subcapitalización cuando la entidad vinculada que concede o garantiza el préstamo concedido a una

⁵¹ SANCHEZ FERNANDEZ, Beatriz, “*La norma española de subcapitalización y su compatibilidad con la cláusula de no discriminación prevista en los convenios de doble imposición*”, Revista Deloitte News, 59 Diciembre 2011, Págs. 45 – 48, en http://www.revistadeloitte.com/INC/abrir_pdf.asp?cod=1112/2011_59_a_045.pdf

entidad española es residente en un Estado, con el que España haya suscrito un convenio de doble imposición, que incluya cláusula de no discriminación, es decir, que sólo será aplicable en los supuestos en los que no exista un Tratado para Evitar la Doble Tributación que expresamente recoja o contemple una norma de no discriminación.⁵²

Como consecuencia de ello, así como de las resoluciones emitidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 8 de junio de 2010, sobre la coordinación de las normas sobre transparencia fiscal internacional y subcapitalización en la Unión Europea (2010/C 156/01), el 31 de marzo de 2012 se publicó, en el Boletín Oficial del Estado, el Real Decreto-ley 12/2012, de fecha 30 de marzo de 2012, por el que se aprobaron diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, entre ellas, modificar la norma de subcapitalización.⁵³

En particular, se eliminó en el ordenamiento español la norma de subcapitalización antes descrita y, para los ejercicios iniciados a partir del 1º de enero de 2012 se estableció en su lugar una limitación general en la deducción de gastos financieros netos,⁵⁴ que consiste en que éstos solo pueden deducirse con el límite del 30% de las ganancias del ejercicio con independencia de la situación en la que tenga lugar el endeudamiento (esto es, con entidades residentes en la Comunidad Europea,

⁵² *Ibíd.*

⁵³ RODRIGUEZ CREO, Jorge David, “La nueva regulación de los gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades. El Real Decreto-ley 12/2012”, Revista Deloitte News, 64 Mayo 2012, Págs. 57 – 64, en http://www.revistadeloitte.com/INC/abrir_pdf.asp?cod=1205/2012_64_a_057.pdf

⁵⁴ Exceso de gastos financieros respecto de los ingresos derivados de la cesión a terceros de capitales propios devengados en el período impositivo excluidos aquellos gastos intra grupo para la adquisición de participaciones en empresas del grupo o para la aportación de capital o fondos propios en referidas entidades.

como fuera de ella e, inclusive, de carácter interno), y que se determinará a partir del resultado de explotación de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio.⁵⁵

1.5.6. Alemania.

Alemania fue uno de los primeros países que implementó las reglas capitalización delgada o subcapitalización en su legislación con la finalidad de controlar el abuso en la utilización de un excesivo apalancamiento en la financiación de filiales de grupos multinacionales; sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea al resolver el caso denominado *Lankhorst-Hohorst* (C-324/00), resolvió en el año de 2002 que las reglas alemanas de capitalización delgada o subcapitalización resultaban contrarias a la libertad de establecimiento contenida en el artículo 43 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, al tratar a los nacionales frente a los extranjeros de manera inequitativa.⁵⁶

En un inicio, las reglas de capitalización delgada o subcapitalización establecieron que los intereses derivados de deudas contraídas a mediano y a largo plazo con partes relacionadas directa o indirectamente del extranjero (excepto países de la Comunidad Europea, salvo que se tratase de una jurisdicción considerada como paraíso fiscal) serían no deducibles y, en su caso se re-caracterizarían como dividendos. Asimismo se estableció que la regla sería aplicable cuando la relación de endeudamiento capital exceda de 1.5:1 (3 a 1 para entidades controladoras) y, a su vez

⁵⁵ CHECA GONZALEZ, Clemente, “Limitación a la Deducción de Gastos Financieros Netos en el Impuesto sobre Sociedades”, Abril, 2012, en <http://portaljuridico.lexnova.es/articulo/JURIDICO/122980/limitacion-a-la-deducción-de-gastos-financieros-netosen-el-impuesto-sobre-sociedades>

⁵⁶ WEBBER, Stuart. Op. Cit., Págs. 692 – 693.

que cuando los intereses sean inferiores a €250,000 en el ejercicio fiscal, serían deducibles en su totalidad.⁵⁷

En respuesta a lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea al resolver el caso denominado *Lankhorst-Hohorst* (C-324/00), el gobierno alemán modificó las reglas de capitalización delgada o subcapitalización y extendió su aplicación a todas las operaciones de préstamo obtenidas de partes relacionadas, incluyendo de residentes alemanes; sin embargo, dichas modificaciones no eliminaron por completo la distinción de trato que se daba entre los residentes nacionales y extranjeros, ya que los dividendos presuntos entre residentes alemanes se encontraban exentos en un 95%, mientras que si el prestamista era residente extranjero se encontraba sujeto a una tasa de retención del 25% (o menor según tratado).⁵⁸

Derivado de ello, y con la finalidad de hacer de Alemania una jurisdicción más atractiva para los inversionistas, se buscó ampliar la base del impuesto y en el ejercicio de 2008 fueron implementadas nuevas reglas para combatir el fenómeno de la capitalización delgada o subcapitalización. Estas nuevas reglas limitan la deducibilidad de los pagos de intereses de empresas que son parte de un grupo con independencia de si corresponde a intereses pagados a partes relacionadas o independientes. Como regla general, la deducibilidad del interés se encuentra limitada al 30% de las ganancias (antes de intereses, impuestos, depreciación o amortización – EBITDA),⁵⁹

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ Ídem.

⁵⁹ Ídem. KESSLER, Wolfgang y Otro. “*New German Thin Cap Rules — Too Thin The Cap*”, Tax Notes International, Volúmen 47, Número 3, Julio 16, 2007, Págs. 263 – 267.

Como fue mencionado, las nuevas reglas implementadas para combatir la capitalización delgada o subcapitalización alemanas aplican a las empresas que son parte de un grupo y cubren todo tipo de operaciones que generan el pago de intereses, salvo algunas excepciones, i) cuando el interés neto a cubrir es inferior a €3 millones por año, ii) que la compañía no sea parte de algún grupo de empresas⁶⁰ o bien iii) que se trate de una empresa que forma parte de un grupo de empresas cuyo capital es igual o mayor al capital del grupo a nivel mundial al que pertenece la sociedad alemana.⁶¹

⁶⁰ Se entiende que existe grupo cuando la sociedad, según las normas contables, debe ser o podría ser consolidada con una o varias sociedades o cuando sus políticas financieras y comerciales pueden ser, uniformemente definidas, con conjunto con una o varias sociedades.

⁶¹ WEBBER, Stuart. Op. Cit., Págs. 692 – 693. KESSLER, Wolfgang y Otro. Op. Cit., Págs. 263 – 267. ERNST & YOUNG, “*Thin Capitalization...*” Págs. 16 – 19.

CAPÍTULO II. LA CAPITALIZACIÓN DELGADA O INSUFICIENTE EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Una vez analizados diversos aspectos relacionados con el concepto de capitalización delgada o insuficiente, así como los antecedentes internacionales que le dieron origen y su regulación actual en los cinco países que primero implementaron sus reglas, se analizarán los antecedentes en la Ley del Impuesto sobre la Renta a partir del año de 2005, así como las distintas modificaciones que se han ido efectuando en las mismas a lo largo de los años, para ser las reglas de capitalización delgada o insuficiente que conocemos y que se encuentran en vigor en nuestra legislación.

2.1. Criterio emitido por el Servicio de Administración Tributaria.

Con anterioridad al 1° de enero de 2005 no existía en la Ley del Impuesto sobre la Renta ni en nuestra legislación, alguna disposición que castigase la subcapitalización o capitalización delgada, o bien, que limitase la deducibilidad de los intereses que se pagaban entre partes relacionadas cuando éstos se consideraban excesivos; sin embargo, sin efectuar análisis alguno en cuanto a su validez o no, podemos recordar como antecedente la existencia de un criterio emitido por el Servicio de Administración Tributaria en junio de 2004 en su página de internet respecto a las practicas fiscales indebidas.⁶²

Dicho criterio establecía que *“Cuando una empresa rebase la relación pasivo:capital social de 3:1 y, tratándose de empresas del sector financiero, de 6:1, los intereses que pague la misma derivados de los pasivos contratados con sus partes relacionadas, que excedan dicha relación, no son*

⁶² RIZO RIVAS, José Mario, Op. Cit., Pág. 9.

deducibles, en los casos en que el endeudamiento se realice con el fin de erosionar la base de impuestos sobre la renta y/o reubicar las utilidades y pérdidas fiscales.” Sin dejar de mencionar que el mismo consistía únicamente en un simple argumento de la autoridad que no tenía validez ni sustento jurídico alguno, no hacía distinción entre partes relacionadas en el extranjero o nacionales.

2.2. Reformas a la Ley del Impuesto sobre la Renta para 2005.

Ahora bien, en línea con la tendencia que había surgido en los países integrantes de la OCDE respecto a la capitalización delgada o insuficiente y que fue mencionada en el Capítulo anterior, es que se incorporó en la fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta la limitante para la deducción de intereses a cargo de los contribuyentes que proviniesen de capitales en préstamo otorgados por partes relacionadas del contribuyente, que entró en vigor el 1º de enero de 2005.⁶³

2.2.1. Aspectos Generales.

Con anterioridad a la propuesta de reforma fiscal para el ejercicio fiscal de 2005, el Ejecutivo Federal ya había considerado la posibilidad de incluir en la Ley del Impuesto sobre la Renta disposiciones que regularan el tema de la capitalización delgada o subcapitalización; sin embargo, en su oportunidad se consideró que dadas las circunstancias económicas que vivía el país con

⁶³ Ver Decreto Legislativo por el que se reforman, adicionan, derogan y establecen diversas disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta y de la Ley del Impuesto al Activo y establece los Subsidios para el Empleo y para la Nivelación del Ingreso, expedido el 13 de noviembre de 2004 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1º de diciembre del mismo año.

anterioridad a 2005, no existía en realidad un incentivo para los contribuyentes de sobre endeudarse.

Ello, ya que la ganancia inflacionaria pudiera ser mayor al interés a cargo debido a las bajas tasas de interés y, por tanto, las disposiciones que establecían la mecánica para determinar el coeficiente inflacionario de los créditos y, posteriormente el ajuste anual por inflación, regulaban el tema de sobre endeudamiento. En consecuencia, nuestra legislación fiscal contempló hasta el 31 de diciembre de 2004, como deducibles los intereses derivados de capitales tomados en préstamo, siempre que se hayan invertido en los fines del negocio, y que la tasa de interés correspondiera a la de mercado.

No obstante, la Exposición de Motivos enviada por el Ejecutivo que contempló la adición de la fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, si bien, admitía la posibilidad de financiamiento por parte de las empresas a través de préstamos, señalaba que, en algunos casos, los contribuyentes han utilizado las operaciones de endeudamiento i) Como un instrumento para disminuir indebidamente la base del impuesto sobre la renta y ii) Para reubicar las utilidades y pérdidas fiscales de una empresa a otra, y en jurisdicciones con una carga tributaria fiscal menor a la aplicable en México.⁶⁴

Según se señaló en la Exposición de Motivos, se buscó limitar la deducibilidad de los intereses a aquellos contribuyentes que han utilizado el endeudamiento como un instrumento para disminuir la

⁶⁴ Ver Exposición de Motivos de la Iniciativa del Ejecutivo, de Decreto que Reforma, Adiciona, Deroga y Establece Diversas Disposiciones Fiscales, y que Establece Subsidios para el Empleo y para la Nivelación del Ingreso de fecha 8 de septiembre de 2004, presentada ante la Cámara de Diputados el 13 del mismo mes y año.

base del impuesto sobre la renta o reubicar las utilidades o pérdidas fiscales de una empresa a otra, motivo por el cual, se consideró pertinente establecer en la legislación fiscal (Ley del Impuesto sobre la Renta) las reglas que limitasen la deducibilidad de los intereses en los casos de subcapitalización, considerando que las empresas deben de operar con márgenes de endeudamiento razonables desde un punto de vista fiscal y financiero.

La propuesta presentada por el Ejecutivo fue recogida por la Cámara de Diputados en su totalidad, señalando, tanto en la Exposición de Motivos de la iniciativa, como en el Dictamen de dicha iniciativa elaborado por la Cámara de Diputados, que a través de la reforma se buscó establecer un mecanismo que permitiese inhibir las planeaciones fiscales basadas en el sobre endeudamiento indebido de las empresas, las cuales tengan por objeto reducir la base del impuesto o reubicar a conveniencia utilidades o pérdidas de las empresas.⁶⁵

Cabe mencionar que en la propuesta enviada por el Ejecutivo Federal y retomada posteriormente por la Cámara de Diputados, las disposiciones no se limitaban a restringir la deducción de los intereses derivados de deudas contraídas con partes relacionadas en el extranjero, sino que incluía de igual forma aquellos derivados de préstamos otorgados, tanto por partes relacionadas residentes en el país, como por partes independientes en el extranjero, perdiendo de vista el objetivo y finalidad del establecimiento de las reglas para evitar la subcapitalización.

⁶⁵ *Ibíd.*

Así, se propuso adicionar a partir del 1º de enero de 2005 la fracción XXVI al artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta,⁶⁶ el cual prohibía la deducción de intereses derivados de deudas

⁶⁶ “Artículo 32.- Para los efectos de este Título, no serán deducibles:

[...]

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

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

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

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

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

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

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

Cuando un contribuyente que sea parte relacionada de una o más personas en los términos del artículo 215 de esta Ley, obtenga créditos de una parte independiente, no se considerará dicho crédito para determinar el límite de las deudas respecto al capital a que se refiere esta fracción, cuando el margen de utilidad que sea atribuible a las operaciones

provenientes de capitales tomados en préstamo otorgados por personas que son consideradas partes relacionadas, o partes independientes residentes en el extranjero, a partir de considerar que las empresas deben operar con márgenes de endeudamiento razonables desde el punto de vista fiscal y financiero.

Lo anterior, no obstante reconocerse de manera expresa y clara en el Dictamen elaborado por la Cámara de Diputados que le dio origen, que las reglas de subcapitalización o capitalización delgada deben buscar evitar planeaciones de empresas que residen en países exportadores de capital (refiriéndose, evidentemente, a países distintos al nuestro), sobre endeudando a las empresas residentes en México, lo que genera, en ocasiones, un incentivo para la manipulación del endeudamiento en perjuicio del fisco federal.⁶⁷

Tal situación, constituyó un total desacierto, puesto que las reglas sobre subcapitalización deben necesariamente atender a evitar la disminución de la base gravable del contribuyente con perjuicio a la hacienda pública, situación que no ocurre tratándose de préstamos otorgados por partes relacionadas residentes en territorio nacional, puesto que la deducción por parte de la prestamista de los intereses a su cargo, tiene su contrapartida en el ingreso que el prestatario percibe de los

celebradas con sus partes relacionadas, resulte razonable aplicando cualquiera de los métodos establecidos en las fracciones IV, V o VI del artículo 216 de esta Ley, siempre que obtenga una resolución favorable en los términos que señala el artículo 34-A del Código Fiscal de la Federación, en la que se demuestre que las operaciones objeto de la resolución, se realizan a precios o montos de contraprestaciones que hubieran utilizado partes independientes y presente conjuntamente con la solicitud de resolución a que se refiere este párrafo un dictamen emitido por contador público registrado, que contenga la metodología utilizada en la determinación de dicha utilidad, conforme a los requisitos que para tales efectos establezca el Reglamento de esta Ley.”

⁶⁷ Ver Exposición de Motivos de la Iniciativa del Ejecutivo, de Decreto que Reforma, Adiciona, Deroga y Establece Diversas Disposiciones Fiscales, y que Establece Subsidios para el Empleo y para la Nivelación del Ingreso de fecha 8 de septiembre de 2004, presentada ante la Cámara de Diputados el 13 del mismo mes y año.

intereses y que deberá considerarse como acumulable para efectos del impuesto sobre la renta, tal y como fue señalado en el Capítulo anterior.

Además, es importante mencionar que ese problema no se presenta tratándose de préstamos otorgados por partes independientes en el extranjero, puesto que, al ser partes independientes, los préstamos que ellas otorguen serán evidentemente a precios de mercado, además de que como señala Félix Alberto Vega Borrego, al existir voluntades contrapuestas no existe el riesgo de que las operaciones sean manipuladas con el fin de reducir de manera injustificada la carga fiscal de una empresa, trasladando utilidades a una sociedad distinta y ocasionar un perjuicio recaudatorio en los Estados.⁶⁸

Por otra parte, cabe mencionar que en un inicio la Cámara de Diputados consideró que la relación deuda-capital de 2 a 1 que propuso originalmente el Ejecutivo Federal, no resultaba congruente a las prácticas internacionales, razón por la cual, la adecuó para finalmente dejarla en una proporción de 3 a 1; sin embargo, la práctica internacional es unánime en señalar que no existe una relación que pueda aplicarse de manera generalizada, y ni siquiera en una región determinada en la que la economía sea similar, como fue mencionado en el Capítulo anterior.

Bajo este escenario, fue que se estableció en la Ley del Impuesto sobre la Renta a partir del ejercicio de 2005 que, los intereses provenientes de las deudas otorgadas por partes relacionadas o partes independientes residentes en el extranjero no serán deducibles por el monto en exceso de dichos pasivos en relación con su capital (no debe de ser superior al triple del monto del capital –

⁶⁸ VEGA BORREGO, Félix Alberto, “*La Norma Tributaria ...*” Pág. 94.

razón 3:1 deuda/capital), sobre los créditos provenientes de capitales tomados en préstamos que hayan sido otorgados por una o más personas que se consideren partes relacionadas o personas residentes en el extranjero.

2.2.2. Procedimiento.

En la fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta se estableció que se considerarían como no deducibles los intereses que se deriven de las deudas que tenga el contribuyente en exceso en relación con su capital contable, que provenga de capitales tomados en préstamo que hayan sido otorgados por una o más personas que se consideren partes relacionadas o personas residentes en el extranjero, no obstante que la intención de la disposición era limitar el endeudamiento entre partes relacionadas.

Asimismo, que se consideraría que existe un exceso de deudas en relación con el capital de los contribuyentes, cuando el monto de las deudas es superior al triple del monto del capital contable según el estado de posición financiera del contribuyente, sin que para llevar a cabo dicha comparación se deba de incluir la utilidad o pérdida neta del ejercicio de que se trate, es decir, el exceso de deudas se presentaría en términos de la fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, cuando la proporción deuda a capital sea superior de 3 a 1.

Continúo señalando la fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de la reforma que nos ocupa, en relación con el límite previsto para considerar que existía un exceso de deudas respecto del monto del capital, que la comparación debía de realizarse restando del saldo

promedio anual de todas las deudas, aquella cantidad que resulte de multiplicar por tres el cociente que resulte de dividir entre dos la suma del capital contable al inicio y al final del ejercicio.

Asimismo, se señaló que no se debían de considerar para el cálculo del saldo promedio anual de las deudas, a aquéllos créditos hipotecarios que estuviesen constituidos sobre bienes inmuebles adquiridos en el ejercicio en el que se constituya la hipoteca o en el ejercicio inmediato anterior, siempre que cumpliesen con los requisitos que para tales efectos señaló el Reglamento de la Ley del Impuesto sobre la Renta, precisándose que esta disposición no sería aplicable en aquellos casos en los que el crédito hipotecario de que se trate lo hubiese otorgado una o más personas que se consideren como partes relacionadas.

Por otra parte, conforme a lo que señalaba esta disposición no se excluían del cálculo aquellos intereses pagados como consecuencia de capitales tomados en préstamo por deudas contratadas con residentes en el extranjero y que derivasen de casos tales como, préstamos con garantía de organizaciones internacionales de apoyo o fomento al comercio, situación que resultaba criticable, ya que se perdía de vista que éstos por su naturaleza, necesariamente se encontraban pactados a valores de mercado.

Así, los contribuyentes que tuviesen exceso de deudas respecto al capital, se encontraban obligados a determinar el monto de los intereses no deducibles, para lo cual, debían de obtener el cociente que resultase de dividir el total de los intereses devengados en el ejercicio entre el saldo promedio anual de las deudas (resultado de dividir los saldos al último día de cada uno de los meses del ejercicio entre el número de meses del ejercicio, sin incluir en el saldo del último día los intereses que se

devenguen en el mes). El resultado obtenido conforme a dicha operación, se multiplicaría posteriormente por el monto de las deudas que excediesen el límite de 3 a 1 antes mencionado.

En resumen, es viable establecer que se incorporó en la Ley un procedimiento que buscaba limitar la deducción de intereses que deriven de deudas que tenga el contribuyente en exceso en relación con su capital tratándose de capitales tomados en préstamo que hayan sido otorgados por una o más partes que se consideren partes relacionadas en todos los casos y con partes independientes en el extranjero en ciertos casos; sin embargo, dicho procedimiento resultaba confuso e impreciso por lo que el mismo pudiera tener alcances o consecuencias más allá de las que se buscaron regular.

2.2.3. Excepciones.

La fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de la reforma que nos ocupa, exceptuaba de la aplicación del límite de las deudas con respecto al capital, a aquellos contribuyentes integrantes del sistema financiero por las operaciones propias de su objeto, siempre que estos contribuyentes cumplieren con las reglas de capitalización delgada que les correspondían conforme a la legislación aplicable al sistema financiero.

Asimismo, se estableció la posibilidad de que los contribuyentes que por su actividad requiriesen de un endeudamiento superior, solicitasen una consulta sobre metodología para precios en operaciones con partes relacionadas a la que acompañasen un dictamen emitido por contador público, a fin de obtener una resolución favorable que les permitiese no tener que aplicar la limitante prevista en la fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

Asimismo, se estableció la posibilidad de que los contribuyentes que fuesen partes relacionadas de una o más personas y que contraten deudas con partes independientes, quedasen liberados de la limitación cuando el margen de utilidad que sea atribuible a las operaciones celebradas con sus partes relacionadas resulte “razonable” conforme a cualquiera de los tres métodos de valuación de márgenes de utilidad previstos para tal efecto en la Ley y obtuviesen una resolución favorable al respecto.

2.2.4. Régimen de Transición.

Mediante disposición transitoria⁶⁹ se estableció que quienes al 31 de diciembre de 2004 excedieran la proporción de 3 a 1 de deudas respecto a su capital, tendrían un plazo de cinco años contados a partir de la entrada en vigor de las reglas para disminuirlo proporcionalmente por partes iguales en cada uno de los cinco ejercicios hasta llegar al límite establecido, por lo que, si al final del mismo no lo han hecho, no serían deducibles los intereses que se deriven del monto de las deudas que excedan el límite señalado, que se hubieran devengado a partir del 1° de enero de 2005.

⁶⁹ “ARTICULO TERCERO. En relación con las modificaciones a que se refiere el Artículo Primero de este Decreto, se estará a lo siguiente:

[...]

III. Para los efectos de lo dispuesto en la fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, los contribuyentes que a la entrada en vigor del presente Decreto determinen que el monto de sus deudas es mayor con respecto a su capital conforme a lo señalado en la citada fracción XXVI del artículo 32, tendrán un plazo de cinco años contado a partir de la entrada en vigor del presente Decreto, para disminuirlo proporcionalmente por partes iguales en cada uno de los cinco ejercicios, hasta llegar al límite establecido en el citado precepto legal.

En el caso de que al término del plazo a que se refiere esta fracción, el monto de las deudas con respecto al capital sea mayor al límite previsto en la fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, no serán deducibles los intereses que se deriven del monto de las deudas que excedan el límite señalado, que se hubieran devengado a partir del 1° de enero de 2005.”

2.2.5. Decreto del 21 de Octubre de 2005.

Las reglas de capitalización delgada o insuficiente que entraron en vigor el 1° de enero de 2005, generaron gran incertidumbre en los contribuyentes respecto a su aplicación e interpretación, motivo por el cual, el Poder Ejecutivo publicó en el Diario Oficial de la Federación un Decreto Presidencial el 21 de Octubre de 2005, con objeto de atenuar algunas de las deficiencias, aclaró algunas reglas de capitalización delgada o insuficiente incorporadas en la Ley del Impuesto sobre la Renta y, a su vez, estableció algunos beneficios para los contribuyentes en relación con dichas reglas.⁷⁰

La finalidad principal del Decreto fue permitir la deducción de intereses derivados de capitales tomados en préstamo, por aquellos contribuyentes que requieren de financiamientos de largo plazo otorgados por el sistema financiero, para la realización de diversos proyectos de infraestructura productiva o para la manufactura de bienes de activo fijo de largo proceso de fabricación, cuyo monto puede llegar a exceder el límite establecido en la Ley para considerar deducibles los intereses correspondientes, con la finalidad de fomentar el desarrollo en infraestructura productiva en el País.⁷¹

Así, se establecía la posibilidad para aquellos contribuyentes que destinen las deudas provenientes de créditos contratados con instituciones del sistema financiero que sean destinadas a inversiones

⁷⁰ Ver el Decreto por el que se otorgan diversos beneficios fiscales a los contribuyentes que se mencionan, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de Octubre de 2005.

⁷¹ *Capitalización Insuficiente*, Boletín de la Comisión de Investigación Fiscal del Colegio de Contadores Públicos de México No. 189, 30 de septiembre de 2006, en <http://www.ccpm.org.mx/avisos/boletines/boletinsep06.pdf>

productivas (por lo menos el 80% del crédito se destine a la adquisición o construcción de bienes de activo fijo o terrenos o proyectos de ingeniería referidos a los mismos), de no considerar dichos créditos para la determinación del monto de las deudas que se mantiene en exceso y del cálculo de los intereses derivados de dichas deudas, siempre que la contratación del crédito se encuentre condicionada a cuando menos seis de los dieciséis requisitos establecidos en el propio Decreto.

De igual manera, se establecía que se podían excluir del cálculo del exceso de las deudas aquellos créditos contratados con instituciones del sistema financiero que se destinen al pago de pasivos contratados con partes independientes que se hayan destinado, en al menos 80% a la adquisición o construcción de bienes de activo fijo o terrenos que utilicen los contribuyentes en la realización de sus actividades y, siempre que estos últimos créditos también hayan estado condicionados al cumplimiento de por lo menos seis de los dieciséis requisitos establecidos en el propio Decreto que se comenta.

Adicionalmente, a diferencia de lo que establecía la propia Ley del Impuesto sobre la Renta vigente a partir del 1° de enero de 2005, el Artículo Segundo del Decreto Presidencial que nos ocupa, establecía la posibilidad para que los contribuyentes sujetos a las reglas de capitalización delgada o insuficiente, determinasen el exceso de sus deudas contratadas con entidades del sistema financiero, es decir, si éstas son superiores al triple del monto de su capital contable según el estado de posición financiera, considerando para dicha comparación el capital contable incluyendo la utilidad o pérdida neta del ejercicio de que se trate.

2.3. Reformas a la Ley del Impuesto sobre la Renta para 2006.

Toda vez que el beneficio otorgado por el Poder Ejecutivo en el Diario Oficial de la Federación a través del Decreto Presidencial del 21 de Octubre de 2005 sólo resultaba aplicable tratándose deudas contratadas con entidades del sistema financiero, se buscó ampliar dicho beneficio a un mayor número de contribuyentes, motivo por el cual, para el ejercicio fiscal de 2006 se modificó el mecanismo para la determinación de los intereses pagados por los contribuyentes respecto de las deudas que se consideran en exceso de su capital.⁷²

2.3.1. Aspectos Generales.

En particular, se adicionó en la fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta un antepenúltimo párrafo⁷³, por el que se excluyeron para el cálculo del saldo promedio anual de las deudas a que se refiere el cuarto párrafo de dicha fracción, los créditos que se sujetasen a condiciones o términos que limiten al deudor para distribuir utilidades o dividendos, reducir su

⁷² Ver Decreto Legislativo por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones fiscales, expedido el 17 de noviembre de 2005 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de diciembre del mismo año.

⁷³ “Artículo 32.- Para los efectos de este Título, no serán deducibles:

[...]

XXVI.

...

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

...”

capital, enajenar activos fijos, contratar nuevos créditos o transmitir de cualquier forma la titularidad de la mayoría de su capital social, así como que permitan que el acreedor pueda intervenir en la determinación del destino de los créditos.

Mediante la adición de dicho párrafo se pretendió reconocer la naturaleza de los financiamientos productivos por parte de los contribuyentes con planes de inversión y crecimiento, así como para fomentar ese tipo de prácticas en la economía, ya que en general, los términos y condiciones establecidos reflejan aquellos que regularmente se pactan entre partes independientes y consisten en el control para el otorgante del crédito respecto al destino de éste, así como ciertas restricciones para que el contribuyente distribuya utilidades, enajene activos, contrate nuevos créditos, reduzca su capital, o se enajene una proporción importante de sus acciones o partes sociales.

2.3.2. Régimen de Transición.

Mediante el Artículo Segundo, fracción IV de las Disposiciones Transitorias para 2006⁷⁴, se estableció un beneficio para los contribuyentes, ya que tomando en cuenta que la fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta fue incorporada a partir del ejercicio 2005, se consideró conveniente que los contribuyentes pudieran optar por aplicar las disposiciones vigentes

⁷⁴ “ARTICULO SEGUNDO. Para los efectos de lo dispuesto en la Ley del Impuesto sobre la Renta, se aplicarán las siguientes disposiciones:

[...]

IV. Para determinar los intereses a que se refiere el primer párrafo de la fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, correspondientes al ejercicio fiscal de 2005, los contribuyentes podrán optar por aplicar lo dispuesto en la fracción XXVI del artículo 32 y en el tercer párrafo del artículo 48 de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente a partir del 1º de enero de 2006.”

para el ejercicio 2006 en la determinación de los intereses no deducibles que se determinen en el ejercicio de 2005.

2.4. Reformas a la Ley del Impuesto sobre la Renta para 2007.

Con el objeto de realizar algunos ajustes y mejoras al régimen de capitalización delgada o subcapitalización previsto en la Ley, para el ejercicio de 2007 se modificó dicho procedimiento,⁷⁵ mismo que medularmente continua vigente hasta nuestros días. Según se señaló en la Exposición de Motivos, esta modificación buscó otorgar mayor equidad a los contribuyentes, pues la misma no se limita al mercado interno y permite que determinadas inversiones a largo plazo puedan llevarse a cabo sin que se vean afectadas por la no deducibilidad de los intereses.⁷⁶

Específicamente, la fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente a partir de 2007,⁷⁷ señaló que se considerarían como no deducibles únicamente los intereses que

⁷⁵ Ver Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Fiscal de la Federación; de las leyes de los Impuestos sobre la Renta, al Activo y Especial sobre Producción y Servicios; de la Ley Federal del Impuesto sobre Automóviles Nuevos y de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo expedido el 21 de diciembre de 2006 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre del mismo año.

⁷⁶ Ver Exposición de Motivos de la Iniciativa del Ejecutivo, de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Fiscal de la Federación; de las leyes de los Impuestos sobre la Renta, al Activo y Especial sobre Producción y Servicios; de la Ley Federal del Impuesto sobre Automóviles Nuevos y de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

⁷⁷ “Artículo 32.- Para los efectos de este Título, no serán deducibles:

[...]

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

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

deriven de las deudas que tenga el contribuyente, contraídas con partes relacionadas que sean residentes en el extranjero y que excedan del triple de su capital contable, con lo que ya no se limitan las deudas contraídas por el contribuyente con partes relacionadas residentes en México o partes independientes en el extranjero.

En relación con el límite previsto para considerar que existe un exceso de deudas respecto del monto de capital, se precisó a partir de 2007, que el capital que deberían de considerar los contribuyentes para determinar el límite de referencia sería el capital contable, el cual incluye la

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

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

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

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

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

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

utilidad o pérdida neta del ejercicio de que se trate y, a su vez, se establece que para determinar el monto de las deudas se considerarán todas las deudas que generen intereses, siendo que hasta 2006 se hacía referencia solo a capitales tomados en préstamo, es decir, devengasen intereses o no a cargo del contribuyentes.

Asimismo, se estableció que a efecto de determinar el monto de los intereses no deducibles que derivasen de deuda contratada con partes relacionadas residentes en el extranjero que generasen intereses, los contribuyentes deberían de comparar el saldo promedio de todas las deudas contra el triple de su capital contable conforme a la fórmula que se establece en la Ley del Impuesto sobre la Renta, bajo la cual, el exceso que se determine de las deudas deberá de identificarse primero con las deudas con partes relacionadas que generen intereses y, después, contra las demás deudas que generen intereses a cargo del contribuyentes.

Por otra parte, se estableció que los contribuyentes podrían optar por considerar como capital contable del ejercicio, para los efectos de determinar el monto en exceso de sus deudas, la cantidad que resulte de sumar los saldos iniciales y finales del ejercicio en cuestión de sus cuentas de capital de aportación (CUCA), utilidad fiscal neta (CUFIN) y utilidad fiscal neta reinvertida (CUFINRE) y dividir el resultado de esa suma entre dos. Quienes eligiesen esta opción, deberían continuar aplicándola por un periodo no menor de cinco ejercicios a partir de que la elijan, al igual que quienes no apliquen principios de contabilidad generalmente aceptados en la determinación de su capital contable.

De igual forma, a partir de la reforma de 2007 no se incluirían dentro de las deudas que devengan intereses a cargo del contribuyente para el cálculo del monto en exceso de ellas al triple de su

capital contable, aquellas deudas contraídas por los integrantes del sistema financiero en la realización de las operaciones propias de su objeto y las contraídas para la construcción, operación o mantenimiento de infraestructura productiva vinculada con áreas estratégicas para el país.

Finalmente, a partir de 2007 también se estableció como supuesto de excepción, que el límite del triple del capital contable que determina el monto excedente de las deudas a que se refiere la fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta podría ampliarse en los casos en que los contribuyentes comprueben que la actividad que realizan requiere en sí misma de mayor apalancamiento y obtengan resolución al respecto en los términos que señala el artículo 34-A del Código Fiscal de la Federación.

2.5. Ley del Impuesto sobre la Renta para 2014.

El 8 de septiembre de 2013, el Ejecutivo Federal presentó ante el Congreso de la Unión⁷⁸ el paquete de iniciativas que conformaron la Reforma Hacendaria, el cual contenía diversas modificaciones a las leyes fiscales en vigor, dentro de las que se incluyó el Decreto por el cual se expidió una nueva Ley del Impuesto sobre la Renta que entraría en vigor el 1° de enero de 2014 y que, abrogó la Ley del Impuesto sobre la Renta en vigor desde el 1° de enero de 2002, cuyas modificaciones fueron mencionadas en los párrafos anteriores y dan lugar medularmente al texto actual.

⁷⁸ <http://www.diputados.gob.mx/PEF2014/>

La iniciativa del Ejecutivo Federal retomó en su artículo 28, fracción XXVII⁷⁹ el mismo texto que contenía la fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente a partir de 2007 y hasta el 31 de diciembre de 2013, por lo que, a efecto de evitar repeticiones innecesarias se

⁷⁹ Artículo 28. Para los efectos de este Título, no serán deducibles:

[...]

XXVII. Los intereses que deriven del monto de las deudas del contribuyente que excedan del triple de su capital contable que provengan de deudas contraídas con partes relacionadas residentes en el extranjero en los términos del artículo 173 de esta Ley.

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

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

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

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

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

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

Con independencia de lo previsto en esta fracción se estará a lo dispuesto en los artículos 12 y 173 de la presente Ley.

deberá de considerar el análisis y comentarios efectuados con anterioridad respecto a dicha disposición, máxime que al retomarse el texto que se encuentra en vigor, el análisis y estudio que se hace en el presente trabajo de las reglas de capitalización delgada o insuficiente, no se ven afectados por la expedición de la nueva Ley del Impuesto sobre la Renta.

2.6. Reformas a la Ley del Impuesto sobre la Renta para 2016.

Con motivo de la reforma constitucional en materia energética, se modificó estructuralmente la industria eléctrica nacional y, en consecuencia, la generación de energía eléctrica dejó de ser considerada para efectos legales como área estratégica nacional, por lo que, quedó sujeta a la limitante de la deducción de intereses provenientes de deudas contraídas con partes relacionadas residentes en el extranjero, cuando los niveles de deuda excedían del triple de su capital contable.

A través de la reforma efectuada a la Ley del Impuesto sobre la Renta en vigor a partir del 1° de enero de 2016, se establece acertadamente que no aplicará la limitante de la deducción de intereses antes mencionada respecto de deudas contraídas para la construcción, operación o mantenimiento de la infraestructura productiva vinculada a la generación de energía eléctrica;⁸⁰ sin embargo, es importante aclarar que el análisis y estudio efectuado en el presente trabajo de las reglas de capitalización delgada o insuficiente no se ven afectados.

⁸⁰ Mediante disposición transitoria se establece que la reforma comentada será aplicable desde el ejercicio fiscal de 2014, permitiendo que aquellos contribuyentes que hubiesen pagado el impuesto sobre la renta correspondiente con motivo de la aplicación de las disposiciones vigentes en 2015, puedan compensar el saldo a favor que en su caso se genere contra el impuesto sobre la renta correspondiente al ejercicio fiscal 2015, sin que dicho pago pueda ser solicitado en devolución.

2.7. Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Derivado de las reformas efectuadas a la Ley del Impuesto sobre la Renta a partir del 1° de enero de 2005, así como en contra de sus modificaciones efectuadas para el ejercicio de 2006, diversos contribuyentes promovieron ante el Poder Judicial de la Federación juicios de amparo en su contra, mismos que fueron resueltos en definitiva en la sesión del 21 de febrero de 2007 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que dieron origen a diversas jurisprudencias aprobadas en la sesión privada del 18 de abril de 2007.

En dichas jurisprudencias, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que la mecánica para determinar el límite a la deducción de los intereses no resultaba violatoria de las garantías de audiencia, legalidad, proporcionalidad y equidad tributarias contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y posteriormente, también resolvió que dichas jurisprudencias resultaban aplicables para las reglas de capitalización delgada o insuficiente vigentes en 2006, al no haberse modificado aspectos sustanciales del régimen del cual derivaron las referidas jurisprudencias.⁸¹

⁸¹ **RENTA. LAS JURISPRUDENCIAS 2a./J. 66/2007, 2a./J. 67/2007, 2a./J. 69/2007, 2a./J. 70/2007, 2a./J. 71/2007, 2a./J. 72/2007, 2a./J. 73/2007, 2a./J. 75/2007, 2a./J. 76/2007, 2a./J. 77/2007, 2a./J. 78/2007, 2a./J. 79/2007, 2a./J. 80/2007 Y 2a./J. 81/2007, SON APLICABLES RESPECTO DEL ARTÍCULO 32, FRACCIÓN XXVI, DE LA LEY QUE REGULA ESE IMPUESTO, VIGENTE EN EL EJERCICIO FISCAL 2006.** El numeral indicado establece un límite a la deducción de los intereses derivados de capitales tomados en préstamo en exceso en relación con el capital, otorgados por una o más personas que se consideren partes relacionadas del causante residentes en el extranjero, así como de los que provengan de capitales tomados en préstamo de una parte independiente residente en el extranjero, cuando el contribuyente sea una parte relacionada de una o más personas en términos del artículo 215 de la Ley del Impuesto sobre la Renta. Ahora bien, en virtud de la reforma al indicado precepto, vigente a partir del 1o. de enero de 2006, para determinar el saldo promedio anual de deudas los contribuyentes, en lugar de considerar el total de sus deudas, podrán excluir los créditos que se sujeten a condiciones o términos que limiten al deudor para distribuir utilidades o dividendos, reducir su capital, enajenar sus activos fijos, contratar nuevos créditos o transmitir de cualquier forma la titularidad de la mayoría de su capital social, o permitan que el acreedor pueda intervenir en la determinación del destino de los créditos. En ese contexto, se concluye que la indicada reforma no modificó en su totalidad la mecánica para determinar el límite a la deducción de los intereses, sino únicamente estableció la posibilidad de no

considerar para el cálculo del saldo promedio anual de deudas los créditos que reúnan las características mencionadas. Por tanto, dado que los aspectos sustanciales analizados en los precedentes de los que derivaron las jurisprudencias citadas en el rubro no fueron materia de una modificación esencial, en relación con las garantías de audiencia, legalidad, proporcionalidad y equidad tributarias, es evidente que existe identidad en los elementos analizados en aquéllos y la nueva regulación, por lo que dichas jurisprudencias son aplicables al precepto vigente en 2006.

Amparo en revisión 546/2007. Sabritas, S. de R.L. de C.V. 31 de octubre de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Óscar F. Hernández Bautista.

Nota: Las tesis 2a./J. 66/2007, 2a./J. 67/2007, 2a./J. 69/2007, 2a./J. 70/2007, 2a./J. 71/2007, 2a./J. 72/2007, 2a./J. 73/2007, 2a./J. 75/2007, 2a./J. 76/2007, 2a./J. 77/2007, 2a./J. 78/2007, 2a./J. 79/2007, 2a./J. 80/2007 y 2a./J. 81/2007 citadas, aparecen publicadas con los rubros: "RENTA. EL ARTÍCULO 32, FRACCIÓN XXVI, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA PREVIA (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ENERO DE 2005).", "RENTA. EL ARTÍCULO 32, FRACCIÓN XXVI, PÁRRAFOS PRIMERO Y SEGUNDO, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ENERO DE 2005).", "RENTA. EL ARTÍCULO 32, FRACCIÓN XXVI, PÁRRAFOS TERCERO, CUARTO Y QUINTO, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ENERO DE 2005).", "RENTA. EL ARTÍCULO 32, FRACCIÓN XXVI, PÁRRAFO SÉPTIMO, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ENERO DE 2005).", "RENTA. EL ARTÍCULO 32, FRACCIÓN XXVI, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA POR NO DEFINIR EL VOCABLO 'RAZONABLE' (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ENERO DE 2005).", "RENTA. EL ARTÍCULO 32, FRACCIÓN XXVI, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA AL REMITIR AL REGLAMENTO DE LA PROPIA LEY (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ENERO DE 2005).", "RENTA. EL ARTÍCULO 32, FRACCIÓN XXVI, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ENERO DE 2005).", "RENTA. LA LIMITACIÓN DE LA DEDUCCIÓN DE LOS INTERESES ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 32, FRACCIÓN XXVI, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO OBEDECE A FINES EXTRAFISCALES DE CONTROL PARA EVITAR ELUSIÓN FISCAL (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ENERO DE 2005).", "RENTA. LA FRACCIÓN XXVI DEL ARTÍCULO 32 DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ENERO DE 2005).", "RENTA. EL SEGUNDO PÁRRAFO DE LA FRACCIÓN XXVI DEL ARTÍCULO 32 DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ENERO DE 2005).", "RENTA. EL SEGUNDO PÁRRAFO DE LA FRACCIÓN XXVI DEL ARTÍCULO 32 DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO NO INFRINGE EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA AL DAR EL MISMO TRATO A LAS DEUDAS CONTRATADAS CON PARTES RELACIONADAS EN EL EXTRANJERO, QUE A LAS OBTENIDAS DE PARTES INDEPENDIENTES RESIDENTES EN EL EXTRANJERO (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ENERO DE 2005).", "RENTA. EL SÉPTIMO PÁRRAFO DE LA FRACCIÓN XXVI DEL ARTÍCULO 32 DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO NO VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA AL EXCLUIR A LOS INTEGRANTES DEL SISTEMA FINANCIERO DEL LÍMITE DE LAS DEUDAS CON RESPECTO AL CAPITAL.", "RENTA. EN EL PROCESO LEGISLATIVO CORRESPONDIENTE SE JUSTIFICAN LAS REGLAS PREVISTAS EN EL PÁRRAFO SEXTO DE LA FRACCIÓN XXVI DEL ARTÍCULO 32 DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, RESPECTO A LOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS QUE DEBEN O NO INCLUIRSE PARA DETERMINAR EL SALDO PROMEDIO ANUAL DE DEUDAS." y "RENTA. EL PÁRRAFO OCTAVO DE LA FRACCIÓN XXVI DEL ARTÍCULO 32 DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE EQUIDAD TRIBUTARIA AL LIMITAR A LOS CONTRIBUYENTES QUE TIENEN PARTES RELACIONADAS A UTILIZAR SÓLO LOS MÉTODOS ESTABLECIDOS EN LAS FRACCIONES IV, V Y VI, DEL ARTÍCULO 216 DE LA PROPIA LEY, PARA DETERMINAR PRECIOS POR OPERACIONES COMPARABLES.", en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, mayo de 2007, páginas 1083, 1085, 1086, 1084, 1088, 1087, 1081, 1100, 1099, 1096, 1095, 1097, 1098 y 1092, respectivamente.

CAPÍTULO III. INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA TRIBUTARIA

Ya que el objeto del presente trabajo es analizar las reglas de capitalización delgada o insuficiente contenidas en la legislación mexicana a la luz del principio de no discriminación contenido en los Tratados celebrados para evitar la Doble Tributación, se considera importante mencionar algunas reglas que rigen la interpretación de los tratados internacionales y particularmente los celebrados para evitar la Doble Tributación.

Ello, ya que como bien señala el doctrinario César Moyano Bonilla, la interpretación de los tratados servirá “para garantizar la estabilidad de las relaciones internacionales convencionales y para prevenir cualquier posible arbitrariedad en los órganos llamados a resolver los conflictos de interpretación”.⁸² Así, la interpretación de los tratados deberá ser de conformidad con las reglas correspondientes y en atención a la voluntad de los propios estados contratantes.

3.1. El concepto de interpretación y su aplicación en los Tratados Internacionales.

En primer lugar, debe identificarse qué debemos de entender por el concepto de *interpretación*. El Diccionario de la Real Academia Española establece que la palabra interpretación proviene del latín *interpretatio, onis* y que consiste en la acción y efecto de interpretar, misma que puede ser auténtica, doctrinal, de lenguas, o bien, usual. Por su parte señala que la palabra interpretar proviene

Tesis aislada 2a. CLXXII/2007. Aprobada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia De la Nación en sesión del 31 de octubre de 2007 y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVI, Diciembre de 2007, Novena Época, Pág. 247.

⁸² MOYANO BONILLA, César, “*La interpretación de los tratados internacionales según la Convención de Viena de 1969*”, versión electrónica de la revista Integración Lationamericana, Octubre 1985, (síntesis del libro titulado La Interpretación de los Tratados Internacionales, publicado en Montevideo). Pág. 32.

del latín *interpretari* y que consiste entre otros, en explicar o declarar el sentido de algo y, principalmente el de un texto, así como explicar acciones, dichos o sucesos que pueden ser entendidos de distintos modos.⁸³

Raimundo de Miguel, en su obra titulada “*Nuevo diccionario latino-español etimológico*”, señala que la palabra *interpretación* se expresa de muchas maneras y se utiliza de diversas formas, motivo por el cual, también tiene diversas acepciones. Señala que puede referirse a una actividad o al resultado o producto de esta actividad. Que proviene del latín *interpretatio, onis* y que quiere decir “interpretación, explicación, exposición, juicio, conjetura o traducción”, mientras que el verbo *interpretar* proviene del latín *interpretor, aris, atum usm, ari*, que significa “interpretar en tal o cual sentido [...] explicar [...] conjeturar acerca de, exponer...”.⁸⁴

En relación con ello, el Magistrado Manuel Hallivis Pelayo concluye que, etimológicamente hablando se puede decir que la interpretación se refiere a traducir o explicar algo y que al utilizar el verbo *utilizar*, se alude a una labor de mediación en la que un sujeto interpreta, traduce o explica el significado y, a su vez, que la palabra *interpretación* en sus distintas acepciones se refiere a comprender, explicar y traducir, para posteriormente comunicar tanto eventos y actos, como la realidad misma de una cosa, especialmente su sentido. Continúa señalando que en la mayoría de las acepciones puede considerarse que significa darle significado a un objeto interpretado.⁸⁵

⁸³ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, Vigésimo Segunda Edición (www.rae.es)

⁸⁴ DE MIGUEL, Raimundo, “*Nuevo diccionario latino-español etimológico*”, Segunda Edición, Madrid, 1968, Pág. 142 del “Breve diccionario español-latino” que contiene la obra.

⁸⁵ HALLIVIS PELAYO, Manuel, “*Interpretación de Tratados Internacionales Tributarios*”, Primera Edición, Editorial Porrúa, 2011, Págs. 253 – 255.

Con base en ello, concluye que *“la interpretación es un medio (carácter instrumental), que precede (carácter previo) a la aplicación y que todos los textos normativos, para poder ser aplicados, requieren ser interpretados (carácter necesario). En este contexto, la interpretación es la labor ineludible, espontánea o deliberada, que realiza el intérprete para, según el método que suscriba y la técnica que utilice, explicar, descubrir, decidir o atribuir el sentido o directiva de los textos normativos y, en su caso, determinar sus posibles consecuencias jurídicas, para, posteriormente, y justificando el resultado o producto de su labor interpretativa, poderlo exponer, traducir, revelar y/o aplicar, en su caso”*.⁸⁶

Al respecto, debemos recordar que las disputas que surgen con más frecuencia en relación con los tratados se refieren a su interpretación; motivo por el cual, la interpretación de los tratados ha ocupado la atención de los tribunales internacionales y de los doctrinarios. Como ha establecido Juan Ángel Becerra, ello ha llevado a identificar que la interpretación de los tratados es un arte, no una ciencia exacta,⁸⁷ y a reconocer que la interpretación de un tratado es de particular importancia para el derecho, derivado de que con ella se provee de un exacto significado y contenido de la regla jurídica que es aplicable a una situación concreta.⁸⁸

Así, la interpretación de los tratados internacionales consiste en llevar a cabo la actividad para entender su sentido e intención, actividad que se realiza a partir de una situación particular en la que se califican los hechos y alcance de las normas; sin embargo, surge la interrogante respecto a que se debe de buscar al realizar la interpretación de un tratado internacional, la intención de las partes o el

⁸⁶ Ídem.

⁸⁷ BECERRA, Juan Ángel, *“Interpretation and Application of Tax Treaties in North America”*, IBFD, Amsterdam, 2007. Pág. 47.

⁸⁸ HALLIVIS PELAYO, Manuel, Op. Cit., Pág. 256 y ss.

sentido literal de los tratados. La doctrina y a su vez, la Comisión de Derecho Internacional han establecido que el punto de partida al interpretar un tratado debe de ser el sentido literal del texto y, no propiamente en investigar desde un principio la intención de las partes.⁸⁹

3.2. Reglas de Interpretación de los Tratados Internacionales.

Existen un sinnúmero de reglas, principios o criterios de interpretación de los tratados internacionales, por lo que, es difícil encontrar una sistemática a través de la cual se analicen todos; sin embargo, mencionaremos algunas reglas previstas en la doctrina jurídica y en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969,⁹⁰ cuya base fundamental puede decirse que se observa en los celebrados para evitar la Doble Tributación y que consiste en respetar la soberanía de cada Estado y el cumplimiento de los compromisos internacionales (*pacta sunt servanda*), dando una guía aceptable del procedimiento para celebrar tratados internacionales y las normas relativas a su cumplimiento.⁹¹

Como señala el Magistrado Manuel Hallivis Pelayo, lo que tiene mayor relevancia para nosotros de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es que en su articulado establece una serie de reglas, cánones o lineamientos para llevar a cabo la interpretación de los tratados, que no buscan incluir todas y cada una de las reglas existentes, sino que en realidad busca establecer las herramientas más lógicas para llevar a cabo la interpretación de los tratados internacionales y que a

⁸⁹ Ídem.

⁹⁰ Adoptada y ratificada por México, y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de febrero de 1975, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se considera ley suprema y parte de nuestro Derecho.

⁹¹ HALLIVIS PELAYO, Manuel, Op. Cit., Pág. 263 y ss.

su vez, representan la codificación del derecho internacional consuetudinario,⁹² cuya aplicación además ha sido plenamente reconocida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁹³

3.2.1. Reglas de Interpretación en la Doctrina.

En relación con las reglas de interpretación de los tratados reconocidas por la Doctrina, resulta interesante resaltar lo que ha sido manifestado por el doctrinario Oppenheim, quién en su obra

⁹² Ídem.

⁹³ **TRATADOS INTERNACIONALES. SU INTERPRETACIÓN POR ESTA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL TENOR DE LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 31 Y 32 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DEL 14 DE FEBRERO DE 1975).** Conforme a lo dispuesto en los citados preceptos para desentrañar el alcance de lo establecido en un instrumento internacional debe acudir a reglas precisas que en tanto no se apartan de lo dispuesto en el artículo 14, párrafo cuarto, de la Constitución General de la República vinculan a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En efecto, al tenor de lo previsto en el artículo 31 de la mencionada Convención, para interpretar los actos jurídicos de la referida naturaleza como regla general debe, en principio, acudir al sentido literal de las palabras utilizadas por las partes contratantes al redactar el respectivo documento final debiendo, en todo caso, adoptar la conclusión que sea lógica con el contexto propio del tratado y acorde con el objeto o fin que se tuvo con su celebración; es decir, debe acudir a los métodos de interpretación literal, sistemática y teleológica. A su vez, en cuanto al contexto que debe tomarse en cuenta para realizar la interpretación sistemática, la Convención señala que aquél se integra por: a) el texto del instrumento respectivo, así como su preámbulo y anexos; y, b) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre las partes con motivo de su celebración o todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; y, como otros elementos hermenéuticos que deben considerarse al aplicar los referidos métodos destaca: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de su interpretación; y, c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes; siendo conveniente precisar que en términos de lo dispuesto en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para realizar la interpretación teleológica y conocer los fines que se tuvieron con la celebración de un instrumento internacional no debe acudir, en principio, a los trabajos preparatorios de éste ni a las circunstancias que rodearon su celebración, pues de éstos el intérprete únicamente puede valerse para confirmar el resultado al que se haya arribado con base en los elementos antes narrados o bien cuando la conclusión derivada de la aplicación de éstos sea ambigua, oscura o manifiestamente absurda.

Amparo en revisión 402/2001. Imcosa, S.A. de C.V. 16 de agosto de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia; en su ausencia hizo suyo el asunto Mariano Azeula Güitrón. Secretario: Rafael Coello Cetina.

Tesis aislada 2a. CLXXI/2002. Aprobada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia De la Nación y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, Diciembre de 2002, Novena Época, Pág. 292.

titulada “International Law”,⁹⁴ enuncia 16 reglas,⁹⁵ mismas que posteriormente Alfred Vedross⁹⁶ adicionó con otras 10 reglas,⁹⁷ y que de conformidad con lo señalado por dichos autores, deben de ser consideradas para poder llevar a cabo correctamente la interpretación de un tratado.

⁹⁴ OPPENHEIM-Lauterpacht, *International Law*, Longmans, Green and Co., 7a Ed., London, 1948, Págs. 858-863.

⁹⁵ 1. Todos los tratados deben ser interpretados de acuerdo con su sentido razonable, en contradicción a su sentido literal.

2. Los términos empleados en un tratado deben interpretarse de acuerdo con su sentido usual, en el lenguaje ordinario, excepto cuando no están usados expresamente con cierto significado técnico, o cuando no está aparente otro significado en el contexto del tratado.

3. Se debe suponer que las partes contratantes se proponen algo razonable, algo adecuado al propósito del tratado y algo no inconsistente con los principios del derecho internacional generalmente reconocidos.

4. Todo el tratado debe ser tomado en consideración, si el significado de una de sus estipulaciones es dudoso.

5. El principio in dubio mitius debe aplicarse en la interpretación de los tratados. Si, por consiguiente, una estipulación es ambigua el significado que debe preferirse es el que es menos oneroso para la parte que asume una obligación, o que interfiere menos con la soberanía de una parte, o que implica menos restricciones para las partes.

6. Puede hacerse referencia a tratados previos entre una de las partes y terceros para el propósito de aclarar el significado de una estipulación.

7. Si son admisibles dos significados, debe preferirse aquél que concede menores ventajas para la parte que se beneficia.

8. Si son admisibles dos significados de una estipulación según el texto del tratado, debe prevalecer el significado que la parte que propuso esa estipulación conocía en ese tiempo como ser el significado preferido por la parte que la acepta.

9. La máxima *expressio unius est exclusio alterius* ha sido observada en los tribunales internacionales en algunos casos planteados ante ellos.

10. Es del conocimiento común que si un Estado mantiene un significado de un término que es diferente del que se acepta generalmente, si a pesar de ello otro Estado entra en pacto con él, ese significado deberá prevalecer.

11. Si el significado de una estipulación es ambiguo y una de las partes contratantes antes de que surja la controversia, hace saber qué significado le atribuye, la otra parte no puede insistir en un significado diferente si no protestó oportunamente.

12. Debe concederse que las partes se propusieron que las estipulaciones del tratado tuvieran ciertos efectos, y no que no tuvieran ninguno. Por consiguiente, no es admisible la interpretación que vuelva sin sentido o ineficaz a una estipulación.

13. Todos los tratados deben interpretarse en el sentido de excluir fraude y de hacer su operación consistente con la buena fe.

14. Las normas aplicadas comúnmente por los tribunales en la interpretación del derecho interno son sólo aplicables en tanto que reglas generales de jurisprudencia.

15. Si un tratado se concluye en dos idiomas diferentes y existe una discrepancia entre los dos textos, cada parte está obligada sólo por el texto de su propio idioma, a menos de que se hubiese pactado de otro modo.

16. Es una regla bien establecida en la práctica de los tribunales internacionales que los trabajos preparatorios (notas, memoranda, actas, etc.) pueden auxiliar para el propósito de interpretar cláusulas controvertidas de un tratado.

⁹⁶ VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. 6ª Ed., Traducción Antonio Truyol y Serra, Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid. 1978, Pág. 118 y ss.

⁹⁷ 1. Punto de partida ineludible es que ha de averiguarse la auténtica voluntad de las partes, puesto que todos los convenios internacionales son *negotia bonae fidei* (negociados de buena fe). La decisiva no es la letra, sino el sentido expresado en el tratado.

2. Si del texto de un convenio se desprende un sentido claro e inequívoco, sólo será lícito alejarse de la letra cuando hubiere de conducir a resultados absurdos.

3. Las normas convencionales dudosas han de interpretarse en el sentido del derecho internacional común y en el de aquellos principios que conforman la materia a que el convenio se refiere.

4. Debe rechazarse toda interpretación susceptible de despojar el convenio o parte del mismo de su plena eficacia.

Así, la doctrina jurídica ha establecido diversas reglas para la interpretación que conjuntamente con la serie de reglas, cánones o lineamientos que se encuentran establecidos en los artículos 31, 32 y 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pueden ser utilizados y considerados como herramientas lógicas para llevar a cabo la interpretación de los tratados internacionales, es decir, para entender su sentido e intención de las partes y, así poder llevar su aplicación al momento de resolver el conflicto o controversia que se presente respecto a su aplicación.

3.2.2. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

La Sección Tercera de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es identificada como “Interpretación de los Tratados” que contempla en sus artículos 31, 32 y 33 las reglas generales para llevar a cabo la interpretación de los tratados internacionales, así como los elementos interpretativos del principio de buena fe, el sentido corriente, el contexto, el objeto y fin, los procedimientos amistosos, el sentido especial y los medios suplementarios de interpretación,

5. Las limitaciones impuestas a la libertad de los estados tienen que interpretarse en sentido estricto, sin que tal interpretación por otra parte, pueda hacer que quede sin efecto una limitación prevista en el convenio.

6. En un convenio plurilingüe que declare igualmente auténticos todos los textos se elegirá aquella interpretación que sea compatible con todos ellos. Si a pesar de todo hubiere una contradicción entre los distintos textos, habrá que recurrir al texto original.

7. En la duda cabe asimismo el recurso a los trabajos preparatorios del convenio. Pero en los tratados colectivos este recurso es lícito únicamente cuando todas las partes intervinieron en la elaboración del texto o si los materiales les fueron accesibles antes de su adhesión al mismo.

8. Si un estado propuso una cláusula poco clara, se interpretará en caso de duda contra él.

9. Puede también servir a la interpretación del convenio el comportamiento concordante de las partes después de su celebración, puesto que el derecho internacional consuetudinario posterior deroga un convenio anterior.

10. Para contribuir al esclarecimiento de la voluntad de las partes en un convenio, cabrá, según los casos, una interpretación extensiva o una interpretación restrictiva de algunos de sus términos.

mismos que sirven para dar interpretación al tratado y, que serán analizados brevemente en los siguientes incisos.

a) Regla General de Interpretación: El artículo 31 de la citada Convención⁹⁸, prevé algunas reglas generales que deben seguirse a efecto de interpretar un tratado internacional, y que, como señala el Magistrado Manuel Hallivis Pelayo, parten de dar prioridad al texto del tratado a través de algunos lineamientos generales que implican que se realice de acuerdo con el contenido y resultado; los cuales, no debe de ser leídos en un orden jerárquico, sino de acuerdo a una lógica integral.⁹⁹

El artículo antes mencionado, es ampliamente utilizado por las autoridades y tribunales, por lo que, pudiéramos decir que el mismo cuenta con una aprobación general y, además cada uno de los distintos elementos interpretativos que señala el propio artículo se han convertido en una fuente de interpretación en sí misma, más que en una ayuda de interpretación que permita identificar la intención de las partes, mismos que son los siguientes:¹⁰⁰

⁹⁸ Artículo. 31. Regla general de interpretación:

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por los demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

⁹⁹ HALLIVIS PELAYO, Manuel, Op. Cit., Pág. 269 y ss.

¹⁰⁰ Ídem.

b) Principio de Buena Fe: Dicho principio se encuentra establecido en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y corresponde a la máxima de que los tratados deben ser interpretados de buena fe. Los doctrinarios han señalado la importancia de este principio, pero a su vez, también han identificado la dificultad para definirlo, sin dejar de advertir que el mismo constituye un principio jurídico que debe de encontrarse presente en todo ordenamiento y sistema jurídico, es decir, que en todo momento debe de considerarse que una conducta es digna, honesta y justa.¹⁰¹

La buena fe es identificada como la piedra angular del derecho internacional que impone a cada parte la obligación de tomar en cuenta lo que realmente se negoció. Por ello, la buena fe es entendida en derecho internacional bajo dos sentidos distintos: el sentido subjetivo, donde significa “entre otras condiciones, un espíritu de lealtad, de intención recta, de sinceridad que debe predominar a nivel de conclusión del acuerdo internacional”, y el sentido objetivo, donde se considera “como un criterio utilizable en la interpretación de situaciones jurídicas nacidas a propósito del tratado”.¹⁰²

El Magistrado Manuel Hallivis Pelayo señala que según Tron, Moguel, Lorenzo y Liñero, el principio de buena fe implica en la práctica tres conceptos esenciales: el de *aquiescencia o consentimiento tácito* (equivalente a asentir, a consentir, a autorizar, a aceptar tácitamente); el de *estoppel* (imposibilidad legal de admitir una afirmación o alegación que resulta contraria a lo que se ha alegado anteriormente) y; el de *expectativas legítimas* (los intereses justos y razonables de una

¹⁰¹ Ídem.

¹⁰² DÍAZ ALBONICO, Rodrigo, *La Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados y los procedimientos técnicos de formación de las diversas categorías de normas*, en *Sociedad Chilena de Derecho Internacional*, Estudios, Santiago de Chile, 1982, pág. 171.

parte, que basada en las acciones o inactividad de la otra parte, tiene razón para creer que el tratado debe de ser aplicado o interpretado de cierta forma).¹⁰³

Nuestros Tribunales han sostenido que la buena fe que debe observarse en la celebración de actos jurídicos, implica una serie de obligaciones que se tornan exigibles según las circunstancias y naturaleza de la actuación de los sujetos que intervienen, que se traducen en un deber de información frente al otro sobre aspectos esenciales del acto jurídico a celebrarse o celebrado, de no actuar en forma reticente, en cada una de las fases que integran el tracto contractual, y debe abarcar la ejecución de su contenido obligacional, que no debe impedirse y, a su vez, que los contratos deben cumplirse no sólo en los términos pactados, sino también atendiendo a las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, debe entenderse que dicha disposición tiene la función de colmar las inevitables lagunas del sistema legal.¹⁰⁴

¹⁰³ HALLIVIS PELAYO, Manuel, Op. Cit., Pág. 271 y ss.

¹⁰⁴ **PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL.- ES ÚTIL PARA COLMAR LAGUNAS LEGISLATIVAS.-** Al establecerse en el artículo 1796 del Código Civil Federal, que los contratos deben cumplirse no sólo en los términos pactados, sino también conforme a las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, debe entenderse que dicha disposición tiene la función de colmar las inevitables lagunas del sistema legal, en tanto la ley previene las situaciones más frecuentes, eliminando o prohibiendo los abusos más comunes, en que muchas conductas indebidas escaparían de la regulación normativa si se considerara permitido o lícito cualquier comportamiento que la ley hubiere omitido prohibir. En otras palabras, la buena fe legalmente establecida, se traduce en un límite que tiende a evitar el dolo civil en ciertos casos de ejercicio disfuncional del derecho o de maquinaciones tendientes a provocar daños a través del uso desviado de medios legales, inicialmente legítimos si se les considera de manera aislada. Constituye también un freno a las posibilidades de ejercer derechos, que no puede traspasarse cuando se han creado expectativas en otros sujetos de derecho, o se ha creado una apariencia de que se actuará de tal o cual manera en el futuro, conforme al contenido de los actos jurídicos en que la voluntad se haya manifestado, produciéndose las consecuencias inherentes en los términos que se establecen en el precepto de mérito.

Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. I.5o.C.27 C (10a.) Amparo directo 740/2010.—Spectrasite Communications, Inc.—15 de diciembre de 2011.—Unanimidad de votos.—Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda.— Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca.

Tesis aislada I.5o.C.49 C (10a.). Aprobada por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 3; Pág. 1697.

PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL. ES VINCULANTE PARA QUIENES INTERVIENEN EN LA CELEBRACIÓN DE UN ACTO JURÍDICO.- Conforme a lo dispuesto en los artículos 1796 y 1910 del Código Civil Federal, la buena fe que debe observarse en la celebración de actos jurídicos implica una serie de obligaciones que

se tornan exigibles según las circunstancias y naturaleza de la actuación de los sujetos que intervienen, que se traducen en un deber de información frente al otro sobre aspectos esenciales del acto jurídico a celebrarse o celebrado, de no actuar en forma reticente, en cada una de las fases que integran el tracto contractual, y debe abarcar la ejecución de su contenido obligacional, que no debe impedirse. por tanto, todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse con buena fe en sus relaciones recíprocas, no sólo en la fase previa, sino también en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas, sea por intervención directa del sujeto obligado o bien a través de interpósita persona; de ahí que la buena fe no puede evadirse para proteger conductas ilícitas o para reparar las consecuencias de una conducta que la contraríe, sino que debe vincularse en el desarrollo del pacto hasta su cumplimiento.

Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. I.5o.C.27 C (10a.) Amparo directo 740/2010.— Spectrasite Communications, Inc.—15 de diciembre de 2011.—Unanimidad de votos.—Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda.— Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca.

Tesis aislada I.5o.C.50 C (10a.). Aprobada por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 3; Pág. 1698.

PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL. IMPLICA UNA CONDUCTA DE COOPERACIÓN Y DE GENERACIÓN DE CONFIANZA ENTRE LOS CONTRATANTES.- La buena fe exige en los sujetos una positiva actitud de cooperación y generación de confianza en las propias manifestaciones de voluntad, aun las emitidas a través de un sujeto diverso, que si bien tiene personalidad propia conforme a la regulación legal, ha cedido su aptitud para obligarse y decidir motu proprio, a quien por ser su creador ejerce un control sobre su persona; manteniéndose de ese modo la palabra empeñada, y trascendiendo dicho principio como un límite para el ejercicio de los derechos subjetivos involucrados. Así se estima porque todo derecho que la norma confiere a sus destinatarios, debe ejercitarse con moderación y prudencia, sobre todo cuando choca con intereses contrarios; de modo que la buena fe sólo opera en las relaciones intersubjetivas, en tanto pueda asumirse que uno de los sujetos no puede esperar del otro una conducta perjudicial a los intereses manifestados y concretados conforme a la propia ley, es decir, debe actuarse con una lealtad contractual.

Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. I.5o.C.27 C (10a.) Amparo directo 740/2010.— Spectrasite Communications, Inc.—15 de diciembre de 2011.—Unanimidad de votos.—Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda.— Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca.

Tesis aislada I.5o.C.51 C (10a.). Aprobada por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 3; Pág. 1698.

PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL. SUS IMPLICACIONES.- Las máximas consistentes en vivir honestamente, dar a cada quien lo suyo y no dañar a terceros, constituyen el soporte de la necesidad jurídica de responsabilizarse cuando se incumple con ello; constituyen un conjunto de principios que no pueden negarse como base de la conducta deseable en todo sujeto de derechos, y que tienen acogida legislativa, entre otros, a través del principio de la buena fe, que en términos generales, jurídico positivos, se traduce en la convicción plena de actuar conforme a derecho. En materia contractual, la buena fe se relaciona con el conocimiento e información que tienen las partes de los hechos ilícitos que pudieran ocultarse detrás de las particularidades del acto jurídico; actúa de buena fe quien, pese a hacerlo incorrectamente, lo hace sin conciencia de tal irregularidad, determinado por elementos de juicio que verosíblemente pudieron haberlo convencido de que su actuación era correcta. La buena fe se traduce en una regla de conducta que impone a los sujetos de derecho, sean personas físicas o colectivas, una conducta leal y honesta, que excluya toda intención dolosa; regla aplicable en las relaciones jurídicas sustantivas, tanto contractuales como extracontractuales. Se trata, en definitiva, de la honestidad llevada al terreno jurídico (honeste vivere).

Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. I.5o.C.27 C (10a.) Amparo directo 740/2010.— Spectrasite Communications, Inc.—15 de diciembre de 2011.—Unanimidad de votos.—Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda.— Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca.

Con base en ello, podemos decir que el espíritu de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la buena fe y el principio de *pacta sunt servanda* son los principios sin los que el sistema internacional colapsaría, los cuales deben de ser observados una vez que entra en vigor el tratado, como durante el tiempo que transcurra entre la firma y la entrada en vigor, ya que la idea es precisamente que las obligaciones internacionales se cumplan, tomando en cuenta como señala Engelen que, el principio de buena fe solo protege las expectativas de un Estado cuando éste se conduce de forma honesta, justa y razonable.¹⁰⁵

c) Principio de Sentido Corriente: El artículo 31 de la multicitada Convención al referirse a la expresión “*los tratados deberán de interpretarse de conformidad con el sentido corriente que haya que atribuirse a los términos del tratado*”, hace alusión a que los términos de un tratado deben interpretarse según su sentido usual, natural u ordinario, dentro del contexto del propio tratado y tomando en cuenta el objeto y fin del mismo. Lo que es más, este debe de ser extraído en su sentido ordinario. La redacción en comento permite concluir que el texto de un tratado tiene preferencia sobre el contexto (espíritu del tratado) y sobre el objeto y fin del tratado, tal y como fue apuntado en párrafos anteriores.

La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia avala lo asentado por la Convención de Viena. En su opinión consultiva sobre la Competencia de la Asamblea General para la admisión de

Tesis aislada I.5o.C.46 C (10a.). Aprobada por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 3, Pág. 1699.

¹⁰⁵ ENGELEN, Franciscus Antonius, *Interpretation of Tax Treaties under International Law, A study of Articles 31, 32 and 33 of the Viena Convention of the Law of Treaties and their application to tax treaties*, IBFD, Volume 7, Doctoral Series, Amsterdam, December 2000, p. 130.

un Estado en las Naciones Unidas expresó que “... *la primera obligación de un tribunal al que incumbe interpretar y aplicar las disposiciones de un tratado es tratar de darles efecto conforme a su sentido natural y corriente en el contexto en que aparecen. Si las palabras pertinentes, cuando se les atribuye su significado natural y corriente, tienen sentido en su contexto, no hay que investigar más. Por el contrario, si las palabras cuando se les atribuye su significación natural y ordinario, son equívocas o conducen a resultados irracionales, es entonces cuando la Corte debe buscar, a través de otros métodos, lo que las partes tenían en mente cuando sirvieron la terminología consagrada en el tratado.*”¹⁰⁶

En virtud de lo expuesto, podemos concluir que el sentido corriente de los términos de un tratado, es el sentido común (sentido general y universal) que se le asigna a los vocablos empleados en el mismo, lo que nos lleva necesariamente a analizar el texto en primera instancia y sobre otros elementos, partiendo de la premisa de que el texto del Convenio es la expresión auténtica de las intenciones de las partes y, en consecuencia, el punto que hay que interpretar es el del significado del texto y, con ello, desentrañar cual fue la intención de las partes en el momento en que se llevó a cabo la negociación del Convenio.¹⁰⁷

No obstante ello, el propio artículo 31, numeral 4 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, señala una excepción a este principio, al establecer que se podrá atribuir a un término un sentido que no sea el sentido natural y ordinario del mismo, si se establece de modo concluyente que la partes han empleado ese término en el tratado con un sentido especial. Inclusive, la propia la

¹⁰⁶ Proyecto de artículos aprobados por la Comisión de Derecho Internacional, A/Conf./39/12Add 2, p. 41, párrafo 6.

¹⁰⁷ JONES JONES, John Avery, “*The Interpretation of Tax Treaties with Particular Reference to Article 3(2) of the OCDE Model Convention*”, British Tax Review, 1984, pp. 15 – 16.

Corte Internacional de Justicia ha sostenido que se podrá interpretar un término en un sentido contrario al que sea su sentido natural, siempre y cuando la parte que lo invoca demuestre convincentemente que se ha usado el término en ese sentido.¹⁰⁸

Así, cuando los términos de un tratado internacional son claros, la interpretación de los mismos conforme al sentido literal y ordinario de éstos otorga seguridad jurídica y, en el supuesto que los mismos no fueran claros, no podemos dejar de advertir que es un buen punto de partida para la labor interpretativa, ya que los países han acordado que éste pudiera ser el mejor método para iniciar la labor interpretativa, ya que cuando no es posible otorgar una interpretación literal a los términos del tratado es cuando se debe analizar lo que sería, el contexto del tratado, método que se analizará a continuación.

d) Principio del Contexto: La interpretación de los términos del tratado debe hacerse teniendo en cuenta su contexto; es decir, el tratado como un todo, y no interpretar las palabras en forma aislada, como señala el principio anterior. Se trata, pues, de la interpretación de una parte de un tratado con referencia al contenido total del mismo.¹⁰⁹ Ello, ya que pudiera suscitarse que lo que una frase del tratado por sí sola, pueda querer significar, quede alterado por la parte restante del tratado, por lo que necesariamente para desentrañar la intención de las partes, el texto del tratado deberá interpretarse en su conjunto.

¹⁰⁸ ONU, A/Conf.39/11/Add.2. Opinión Consultiva Sahara Occidental, 1975, Pág. 45.

¹⁰⁹ DE LA GUARDIA Ernesto y Otro, *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*, La Ley, Buenos Aires, 1970, p. 316.

Al respecto, es importante considerar, que de conformidad con el propio artículo 31, numeral 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la interpretación bajo el principio del contexto del tratado comprenderá además del texto, su preámbulo y anexos, los cuales son: a) todo acuerdo referente al tratado que haya sido concertado entre las partes con motivo de la celebración de un tratado y, b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración de un tratado y aceptado por las demás como instrumento relativo del tratado.

El principio en cuestión, encuentra su precedente en el Digesto, donde se lee: *“incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua patirula ejus proposita, judicare, vel respondere”* (sin haber examinado la totalidad de la ley, resulta incivil juzgar o dictaminar considerando una pequeña parte de ella).¹¹⁰ En el caso, la importancia del contexto es indiscutible, ya que nos permite en casos dudosos determinar qué es lo que se quiso decir, el “sentido y valor” de un término, partiendo desde luego que el contexto incluye entre otras cosas, a los precedentes relevantes, leyes, reglamentos y al derecho internacional que permitirán llevar a cabo el entendimiento del texto legal.

Ello, se encuentra previsto en el numeral 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados al referir que a efecto de interpretar un tratado se tiene que tomar en cuenta juntamente con el contexto, toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. Ahora bien “la norma pertinente del derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” puede encontrarse en otro tratado, en el derecho consuetudinario o inclusive en una sentencia que vincule a ambas partes y cuya aplicación incida sobre el convenio de que se trate.

¹¹⁰ Digesto, Celso: Lib. 1, tít. III, Ley 24. Cabanellas, Guillermo, *Repertorio Jurídico*, Heliasta, Buenos Aires, 1976, Pág. 10.

Eduardo Jiménez de Arechaga señala que “*Esta disposición significa que un tratado debe ser interpretado dentro del marco de las reglas de Derecho Internacional en vigor entre las partes*” e incluso refiere a una Resolución de 1975 del Instituto de Derecho Internacional en la que se señaló que “*La interpretación de un tratado debe tomar en cuenta todas las normas pertinentes de derecho internacional aplicables entre las partes en el momento de aplicación*”.¹¹¹ Asimismo, el Doctrinario Alfred Vedross señaló en su obra de Derecho Internacional Público que “*las normas convencionales dudosas han de interpretarse en el sentido del derecho internacional común*”¹¹².

e) Principio del Objeto y Fin: Este principio se encuentra contenido en el propio artículo 31, numeral 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y conforme a él, la interpretación de un tratado debe de realizarse en función del objeto y fin del mismo, es decir, en base al propósito que guió a las partes a su contratación (*principio de la ratio legis*). Esta regla general se aplicará al tratado entero o a cualquiera de sus disposiciones consideradas separadamente y se identifica principalmente con las obligaciones asumidas por las partes que manifiestan su voluntad a través del instrumento concreto, de tal suerte que aquellas serán las que las Partes hayan expresamente convenido.¹¹³

El objeto y fin de un tratado, se encuentra generalmente enunciado expresa o tácitamente en el preámbulo del tratado y en el mayor de los casos los tratados internacionales evidencian su propio objeto y fin, aunque ello no quiere decir que no se le pueda encontrar en cláusulas particulares del

¹¹¹ JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Eduardo, "El Derecho Internacional Contemporáneo", Editorial Tecnos, Madrid, 1980, Pág. 61 a 63.

¹¹² VEDROSS, Alfred, Op. Cit., Pág. 118 y ss.

¹¹³ HALLIVIS PELAYO, Manuel, Op. Cit., Pág. 292 y ss.

mismo o en otros documentos que para efectos de la interpretación constituyen el contexto. Así las cosas, en ningún caso un tratado podrá interpretarse en contra del objeto y fin señalado en el cuerpo del mismo, pues ello iría en contra de los propios principios de derecho que han sido reconocidos por la comunidad internacional.

f) Acuerdos Posteriores celebrados entre las Partes: En el número 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se dispone que juntamente con el contexto del tratado, habrá de tenerse en cuenta todo acuerdo ulterior entre las partes acerca: a) de la interpretación del tratado o, b) de la aplicación de sus disposiciones, así como toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.

La Comisión de Derecho Internacional ha señalado que cuando se determina que el acuerdo sobre la interpretación de una disposición ha sido concertado antes de la celebración del tratado o en el momento de esa celebración, debe considerarse que forma parte del tratado y, a su vez, agregó, que un acuerdo sobre la interpretación de una disposición al que se haya llegado después de la celebración del tratado constituye una interpretación auténtica por las partes que debe necesariamente ser considerada a efectos de llevar a cabo la interpretación del tratado.¹¹⁴

¹¹⁴ ONU, A/Conf.39/11/Add.2. Pág. 44. Para ello, tomó en cuenta una decisión de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Ambatielos*, que en su parte pertinente dice: “*las disposiciones de la Declaración tienen el carácter de cláusula de interpretación y, como tales, deben ser consideradas como parte integrante del tratado*”.

Inclusive, en un arbitraje sostenido entre Francia y los Estados Unidos referente a la interpretación de un convenio sobre servicios de transporte aéreo¹¹⁵, el Tribunal Internacional de Arbitraje refiriéndose a la práctica de las partes dijo: *“Este modo de proceder puede de hecho, tenerse en cuenta no sólo como un medio útil de interpretar el convenio, sino también como algo más; es decir, como una posible fuente de modificación posterior, derivada de determinados actos o actitudes, que se hacen sentir en los derechos que cada parte pueda legítimamente invocar.”*¹¹⁶

En conclusión podemos decir que, si mediante acuerdo posterior se pactaron los términos de la interpretación de un tratado y éstos difieren del sentido natural y ordinario de sus términos, puede difuminarse la línea divisoria entre la interpretación y la modificación de un tratado por práctica posterior. Desde luego, si la práctica posterior no es seguida por un grupo extenso de partes que integran el tratado, dicha práctica sólo servirá como indicio y serán necesarias otras pruebas en apoyo de la interpretación que se invoca, tal y como lo ha sostenido la Comisión de Derecho Internacional.¹¹⁷

Ahora bien, tratándose de la materia tributaria, el artículo 25 del Modelo Convenio de la OCDE, regula la posibilidad de ajustar un procedimiento amistoso entre los países involucrados en la controversia para intentar llegar a un acuerdo, sin que las partes se encuentren obligadas a llegar a un acuerdo, en los propios términos de la disposición. Los distintos Convenios para Evitar la Doble Tributación que han sido celebrados por nuestro País, reconocen este tipo de procedimientos bajo el

¹¹⁵ El laudo fue emitido por los árbitros R.AGO, P.REUTER y H. P. DE VRIES, en Ginebra, el 22 de diciembre de 1963.

¹¹⁶ Sociedad Americana de Derecho Internacional, International Legal Materials, Current Documents, Vol. III, Núm. 4, (julio de 1964), Pág. 713.

¹¹⁷ ONU, A/CN.4/Ser.A/1964, Pág. 292.

nombre de procedimiento amistoso, los cuales comúnmente se regulan por el artículo 24 de los convenios en los que nuestro País ha participado.

Desde luego, si bien los acuerdos interpretativos o procedimientos amistosos no podrían ser considerados como nuevos Convenios para Evitar la Doble Tributación debido a que su proceso de creación no implica la aceptación de las Cámaras y Ejecutivo de los países, no cabe duda que se trata de acuerdos que forman parte del contexto de interpretación de los propios Convenios y por eso, pueden ser calificados claramente como prácticas ulteriores en donde consta el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado, a la luz de lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

g) Medios de interpretación complementarios: Es importante considerar que en derecho internacional se acude a estos medios complementarios de interpretación, y sobre todo a los trabajos preparatorios, solamente para comprobar o determinar el sentido que parece deducirse de la interpretación del tratado de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en los casos en que se deje ambiguo u oscuro el sentido del mismo o se conduzca a un resultado manifiestamente absurdo e irrazonable, tal y como lo establece el propio artículo 32 de dicha Convención¹¹⁸.

¹¹⁸ Art. 32. Medios de interpretación complementarios.

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Del artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se desprende con toda claridad que los medios de interpretación complementarios son: los trabajos preparatorios y las circunstancias de celebración de un tratado, medios de interpretación a los cuales se acudirá únicamente para aclarar el sentido de un tratado, cuando habiendo aplicado alguno de los principios previstos en el artículo 31 de la misma Convención de Viena, el sentido del mismo continúe siendo ambiguo, oscuro o conduzca a un resultado absurdo.

Al respecto, el doctrinario Alfred Vedross¹¹⁹ señala que sólo se debe recurrir a los trabajos preparatorios para verificar el resultado obtenido mediante la interpretación del texto de un tratado o para aclarar el sentido de una disposición que no sea del todo clara. Por su parte, Juan Carlos Puig señala que, dichos trabajos se hallarían en los documentos que sirvieron de base para la redacción del tratado, actas de las sesiones de las reuniones o conferencias en cuyo seno tuvo lugar la adopción, negociación o firma del tratado.¹²⁰

En síntesis, la doctrina jurídica entiende por “trabajos preparatorios” a todos aquellos materiales que, siendo extrínsecos al texto del tratado, han influido decisivamente en su redacción final y que, por lo tanto, pueden contribuir a determinar los objetivos y propósitos de las partes. Así, los trabajos preparatorios constituyen simplemente “un medio suplementario de interpretación”, al cual se puede recurrir sólo cuando el estudio del contexto del tratado deja de revelar un significado claro o produce un resultado absurdo.

¹¹⁹ VEDROSS, Alfred, Op. Cit., Pág. 118 y ss.

¹²⁰ PUIG, Juan Carlos, “*Derecho de la Comunidad Internacional*”, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1975, Pág. 192.

Por lo que hace a las circunstancias de celebración de un tratado, debe mencionarse que consiste en un método complementario que hace alusión a todos aquellos hechos que llevaron a las partes a firmar un tratado, ya sea para mantener o convalidar su soberanía, aportar un cambio necesario o por cualquier otra circunstancia relevante, concepto que incluye todas aquellas condiciones individuales de las partes como sus condiciones ideológicas, políticas, económicas y otras que podrían ejercer normalmente una cierta influencia en la actitud de los Estados en distintas áreas de las relaciones internacionales, como si el Estado es importador o exportador, industrializado o en desarrollo.

Es importante señalar que, los medios de interpretación complementarios, no se encuentran enunciados en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de manera taxativa, por lo que admiten su complementación con otros distintos a los trabajos preparatorios y a las circunstancias de su celebración, dejando abierta la puerta abierta a que el intérprete tome en consideración cualesquiera otros medios de interpretación que estime convenientes, a fin de poder llegar a desentrañar el significado e intención de las partes al celebrar un tratado.

h) Tratados autenticados en varios idiomas: Es importante distinguir, que tratándose de tratados bilaterales, el tratado puede redactarse en los idiomas de ambas partes contratantes, haciendo fe los dos textos por igual.¹²¹ Ésta es la orientación actualmente predominante; sin embargo, en relación con los tratados multilaterales cuando se redacta un texto obligatorio en un sólo idioma se presentan

¹²¹ WALTER Rudolf, *Posibilidades de la redacción de un texto de los tratados internacionales en distintas lenguas*, en *R.E.D.I.*, Vol. XXX, Núm. 2-3, Madrid, 1977, p 260.

distintas posibilidades y, que a su vez, originan diversos conflictos al momento de llevar a cabo la interpretación.

Así, cuando un tratado se redacta en un solo idioma se presentan las siguientes posibilidades: a) en un mismo idioma, cuando las partes contratantes coinciden al tenerlo como oficial; b) en el idioma de uno de los Estados contratantes; c) en los idiomas de todos los participantes, pero declarándose vinculantes sólo uno de esos idiomas; y d) en el idioma de un tercero que no se usa como idioma oficial por ninguna de las partes contratantes. Actualmente predomina la tendencia de redactar los tratados multilaterales en varios idiomas, cuyas versiones son igualmente obligatorias.

El artículo 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹²², establece cuales son los principios fundamentales que se deben de seguir para la interpretación de los mismos, cuando éstos se encuentran autenticados en dos o más idiomas. En particular dicho artículo exige para que el texto del tratado de que se trate haga fe en cada idioma, que dicho instrumento haya sido autenticado en los idiomas que se desean considerar como obligatorios y que las partes convengan en caso de discrepancia, cuál de los textos prevalecerá, rechazando la opinión de algunas Cortes que dan mayor peso al lenguaje en el cual el tratado fue negociado.¹²³

¹²² Artículo 33.

1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia, prevalecerá uno de los textos.
2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquél en que haya sido autenticado el texto, será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.
3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.
4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y del fin del tratado.

¹²³ HALLIVIS PELAYO, Manuel, Op. Cit., Pág. 331.

La autenticación, es el procedimiento por el que se establece el texto definitivo del tratado y consiste en un acto por el cual se certifica que ese texto es el correcto y auténtico, según lo establecido en el artículo 10 de la misma Convención de Viena, conforme al cual “quedará establecido como auténtico y definitivo el texto de un tratado: a) mediante el procedimiento que se prescriba en él o que convengan los Estados que hayan participado en su elaboración; o b) a falta de tal procedimiento, mediante la firma, la firma ad referendum o la rúbrica por los representantes de esos Estados en el texto del tratado en el acta final de la conferencia en la que figure el texto.”

3.2.3. Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE.

Una vez analizadas algunas de las reglas que rigen la interpretación de los tratados internacionales, así como para los Tratados para evitar la Doble Tributación celebrados por nuestro País, se considera importante analizar también cuál es la naturaleza de los comentarios del Convenio Modelo de la OCDE, a fin de determinar si éstos pueden ser considerados como instrumentos validos en la interpretación de los Tratados para evitar la Doble Tributación, así como cuál ha sido la postura que las autoridades fiscales mexicanas y nuestros Tribunales han establecido sobre el particular.

3.2.3.1. Naturaleza Jurídica.

La OCDE surgió como consecuencia de los estudios técnicos sobre la reconstrucción europea después de la Segunda Guerra Mundial. Dicha organización fue creada en París el 14 de diciembre de 1960 (Convención de París sobre la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) por los gobiernos de Austria, Canadá, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia,

Islandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal, España, Suecia, Suiza, Turquía, Reino Unido y los Estados Unidos de Norteamérica, siendo que México se adhirió a la Convención en el año de 1994.

La OCDE está organizada a través de comités y grupos de trabajo en los que participan diversos especialistas, así como los funcionarios de los gobiernos de los distintos países, responsables de las materias objeto de evaluación y estudio. Dentro de los diversos comités y grupos de trabajo, se encuentra el Comité Fiscal, que está concentrado en evitar la elusión fiscal, las prácticas perjudiciales en materia de impuestos, comercio electrónico e impuestos ambientales; asimismo, está dedicado a evaluar las políticas tributarias de los estados miembros en relación con sus efectos en el trabajo y los mercados de capital.

El 30 de julio de 1963, la OCDE emitió una recomendación para que sus miembros adopten como base, el “Convenio Modelo para Evitar la Doble Imposición Fiscal y Prevenir la Evasión Fiscal” (nombrado a partir de 2003 como el Convenio Modelo sobre la Renta y sobre el Patrimonio), y tomen en consideración los Comentarios emitidos por el Comité Fiscal de la OCDE al momento de aplicar los tratados celebrados con base en el mismo.¹²⁴ Por tanto, para conocer la naturaleza jurídica de los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE, resulta trascendental delimitar la naturaleza de las recomendaciones emitidas por dicho organismo internacional.

En este sentido, las recomendaciones emitidas por un organismo internacional, como lo es el Pleno de la OCDE, no pueden ser consideradas como un tratado internacional en los términos de la

¹²⁴ Ver *Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y sobre el Patrimonio*, Comité de Asuntos Fiscales. Versión Abreviada. Pág. 8 y ss.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ya que las mismas no constituyen propiamente un acuerdo que hubiese sido celebrado entre los Estados, sino que únicamente tienen el carácter de resoluciones emitidas por un organismo internacional del cual forman parte diversos países y, que pueden servir como instrumentos de interpretación, tal y como ocurre con los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE.

Por lo que respecta al caso mexicano, es necesario recordar que conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a la Ley sobre la Celebración de Tratados, un acuerdo internacional tiene el carácter de tratado y, por ende, de Ley Suprema dentro del territorio nacional, cuando haya sido celebrado por el Presidente de la República y aprobado por el Senado, tal y como además ha sido reconocido por nuestros Tribunales, y como fue mencionado anteriormente, situación que evidentemente no ocurre en el caso de una recomendación emitida por el Pleno de la OCDE.

Una vez precisado que la recomendación que dio origen al Convenio Modelo de la OCDE y sus Comentarios no es un tratado internacional, resulta importante resaltar que los artículos 5, 6 y 7 de la Convención de París por la que se creó la OCDE, establecen que el Pleno de dicho organismo, a fin de cumplir con el objeto para el cual fue creado, podrá emitir resoluciones obligatorias para todos los países miembros, así como formular recomendaciones que no tendrán dicho carácter, entre las cuales se encuentra la recomendación que dio origen al Convenio Modelo y sus Comentarios.¹²⁵

¹²⁵ Convención sobre la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Diario Oficial de la Federación, 5 de julio de 1994.

Así, el Convenio Modelo de la OCDE y sus Comentarios por sí mismas no son normas obligatorias de carácter internacional, que generan derechos y obligaciones para los Estados, incluso, en el caso de que éstos sean miembros de la OCDE. Ello se debe a que los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE no fueron planeados para que sirvieran como un anexo a los tratados firmados por los países miembros de la organización, sino que su finalidad es la de ayudar en la aplicación e interpretación de los tratados firmados con base en dicho Convenio Modelo y, en particular, en la solución de controversias relacionadas con los mismos.¹²⁶

Por lo anterior, si bien en principio los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE no constituyen por sí solos normas jurídicas que generan obligaciones y derechos, los mismos generan consecuencias jurídicas en relación con los países que celebran tratados para evitar la doble imposición fiscal con base en la recomendación emitida por el Pleno de la OCDE, ya que como se analizará en los siguientes apartados, pueden llegar a tener validez como instrumentos de interpretación de los tratados celebrados por nuestro país conforme al Convenio Modelo, situación que además ha sido reconocida por nuestros Tribunales.

3.2.3.2. Validez como Instrumentos de Interpretación.

El hecho de que la recomendación emitida por el Pleno de la OCDE que contiene el Convenio Modelo y sus Comentarios no sea un conjunto de normas obligatorias de Derecho Internacional, no tiene como resultado que los Comentarios no puedan llegar a generar consecuencias jurídicas entre los distintos Estados que celebran tratados para evitar la doble tributación internacional, en cuanto a

¹²⁶ Ver *Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y sobre el Patrimonio*, Comité de Asuntos Fiscales. Versión Abreviada. Pág. 8 y ss.

su interpretación y aplicación; sin embargo, es importante mencionar que en principio, sus efectos están condicionados a que el tratado al cual se aplican, se haya celebrado con base en dicho modelo.

Además, la validez de los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE como instrumento de interpretación de un tratado para evitar la doble imposición internacional, dependerá de que los países contratantes no cambien el sentido de los términos contenidos en los tratados que celebren o no exista alguna observación respecto de la interpretación elaborada en los Comentarios, ya que el Convenio Modelo de la OCDE y sus Comentarios únicamente constituyen una recomendación por parte del Pleno de la OCDE, y los Estados contratantes tienen plena libertad para convenir las disposiciones que consideren más adecuadas.

Con independencia de que en opinión del autor, los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE son un instrumento válido de interpretación de los tratados para evitar la doble tributación internacional que se han celebrado con base en dicho Convenio, la obligatoriedad de los mismos como una fuente de interpretación a nivel internacional no es absoluta, pues la aplicación obligatoria de los Comentarios por parte de las autoridades y de los tribunales de los distintos países dependerá de diversas circunstancias, como lo es la legislación interna, precedentes judiciales, entre otros, mismos que se analizan a continuación:

a) *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:* El artículo 133 de la Constitución Política claramente establece que son ley suprema de toda la Unión, la propia Constitución, así como las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con

aprobación del Senado y que los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las propias Constituciones y leyes de los Estados.

Así, en el caso de nuestro País, no se encuentra sujeto a discusión que los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE no constituyen un tratado internacional y, a su vez, que no pueden ser considerados como una ley formal y material conforme lo prevé el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que, para su aplicación, es necesario que exista una norma dentro de la legislación interna, ya sea un tratado internacional o cualquier ordenamiento emitido por las autoridades mexicanas, a fin de que tengan validez como instrumentos de interpretación.

b) Con remisión expresa en el Tratado: Como ha sido señalado en párrafos anteriores y reconocido por el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales celebrados por el Presidente de la República y aprobados por el Senado, son ley suprema en nuestro País y resultan obligatorios, por lo que, en aquellos casos en que contengan una remisión expresa a los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE para interpretar un término o concepto contenido en los mismos, dichos comentarios resultan un instrumento válido e, incluso, obligatorio para interpretar y aplicar los mismos.

A manera de ejemplo, tenemos el caso del Protocolo¹²⁷ del Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Corea para evitar la doble imposición e impedir la evasión fiscal en materia de impuesto sobre la renta, publicado el 16 de marzo de 1995 en el Diario Oficial de la Federación, que en relación con el párrafo 7 del artículo 5 señala que “*se entiende que el término “marco ordinario de su actividad” se interpretará de conformidad con el criterio establecido en los párrafos 37 y 38 de los Comentarios al artículo 5 del Modelo de Convenio de Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, del 1º de septiembre de 1992.*”¹²⁸

Sobre el particular, es importante señalar que la mayoría de las remisiones que se contienen a los Comentarios emitidos por el Comité Fiscal de la OCDE, se encuentran en los protocolos que como práctica internacional, los países contratantes de los convenios para evitar la doble tributación celebran conjuntamente con los propios tratados, por lo que, cuando exista una referencia dentro de los tratados celebrados por México para la aplicación de los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE, éstos deberán de ser considerados como un instrumento válido de interpretación por acuerdo expreso entre las partes.

c) Sin remisión expresa en el Tratado: En el caso de que los tratados para evitar la doble tributación internacional celebrados por México, no contengan una remisión expresa a los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE como fue señalado en párrafos anteriores, la validez de los mismos, dependerá de la aplicación del método de interpretación que prevé el artículo 3,

¹²⁷ Aprobado por el Senado el 6 de octubre de 1994, como consta en el acuerdo publicado el 10 de enero de 1995 en el Diario Oficial de la Federación.

¹²⁸ En los mismos términos encontramos diversas remisiones a los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE en los tratados celebrados con Dinamarca y Suiza, entre otros.

párrafo 2 del Convenio Modelo de la OCDE, así como en lo dispuesto por el principio de buena fe y el método de interpretación previsto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En efecto, para el caso de que exista duda sobre la aplicación de las disposiciones de un tratado para evitar la doble imposición fiscal, el artículo 3, párrafo 2 del Convenio Modelo de la OCDE establece que debe prevalecer el significado que en ese momento le atribuya la legislación fiscal del Estado en que se aplica, a menos que del contexto del tratado se infiera una interpretación diferente, lo que evidentemente constituye una norma especial que prevalece sobre la norma general establecida en el propio artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, analizada con anterioridad.

Al respecto, como analizamos en el apartado anterior, de conformidad con el artículo 31, numeral 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados la interpretación bajo el principio del contexto del tratado comprenderá además del texto, su preámbulo y anexos, los cuales son: a) todo acuerdo referente al tratado que haya sido concertado entre las partes con motivo de la celebración de un tratado y, b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración de un tratado y aceptado por las demás como instrumento relativo del tratado.

Con base en ello, puede decirse que los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE no constituyen parte del contexto de los tratados celebrados para evitar la doble tributación internacional por nuestro País, ya que no forman parte del texto de los mismos, y tampoco son un acuerdo o instrumento que hubiese sido celebrado entre la partes con motivo de la celebración de los tratados, por lo que, pareciera que en principio la validez de su aplicación a fin de llevar a cabo la interpretación de un tratado conforme al contexto del tratado pudiera no resultar tan viable.

No obstante lo anterior, en el derecho interno mexicano es viable su aplicación, toda vez que, las autoridades fiscales en la Resolución Miscelánea Fiscal vigente¹²⁹ han establecido una regla en la que se establece que para la interpretación de dichos tratados, serán aplicables los citados Comentarios que nos ocupan, en la medida en que sean congruentes con las disposiciones de los tratados celebrados por México.

De lo anterior, se puede concluir claramente que los Comentarios al Modelo Convenio de la OCDE emitidos por el Comité Fiscal constituyen verdaderos instrumentos válidos para aplicar e interpretar los tratados, máxime que conforme al artículo 33, fracción I, inciso g) del Código Fiscal de la Federación¹³⁰, la Regla Miscelánea a que se hizo referencia consiste en una regla administrativa de

¹²⁹ (Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de diciembre de 2015) Regla 2.1.35. Interpretación de los tratados en materia fiscal que México tenga en vigor, se estará a lo siguiente:

I. Conforme a la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados, los tratados para evitar la doble tributación que México tenga en vigor, se interpretarán mediante la aplicación de los artículos 31, 32 y 33 de dicha Convención.

...

Asimismo, **se considerará que actualizan los supuestos previstos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, los Comentarios a los artículos del "Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio"**, a que hace referencia la recomendación adoptada por el Consejo de la OCDE el 23 de octubre de 1997, tal como fueron publicados después de la adopción por dicho Consejo de la octava actualización o de aquella que la sustituya, en la medida en que tales Comentarios sean congruentes con las disposiciones del tratado de que se trate.

II. Conforme a la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados, los acuerdos de intercambio de información que México tenga en vigor, se interpretarán mediante la aplicación de los artículos 31, 32 y 33 de dicha Convención.

...

Asimismo, **se considerará que actualizan los supuestos previstos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, los Comentarios a los artículos del "Modelo de acuerdo sobre intercambio de información en materia tributaria"**, elaborado por el "Grupo de Trabajo del Foro Global de la OCDE sobre Intercambio Efectivo de Información", en la medida en que tales Comentarios sean congruentes con las disposiciones del acuerdo de que se trate.

¹³⁰ Artículo 33. Las autoridades fiscales para el mejor cumplimiento de sus facultades, estarán a lo siguiente:

I. Proporcionarán asistencia gratuita a los contribuyentes y para ello procurarán:

carácter general que genera derechos para los contribuyentes, que incluso podría resultar de aplicación obligatoria para éstos, conforme al criterio que ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹³¹.

...

G) Publicar anualmente las resoluciones dictadas por las autoridades fiscales que establezcan disposiciones de carácter general agrupándolas de manera que faciliten su conocimiento por parte de los contribuyentes; se podrán publicar aisladamente aquellas disposiciones cuyos efectos se limitan a periodos inferiores a un año. Las resoluciones que se emitan conforme a este inciso y que se refieran a sujeto, objeto, base, tasa o tarifa, no generarán obligaciones o cargas adicionales a las establecidas en las propias leyes fiscales.

...

¹³¹ **RESOLUCIÓN MISCELÁNEA FISCAL. LAS REGLAS QUE CONTIENE PUEDEN LLEGAR A ESTABLECER OBLIGACIONES A LOS CONTRIBUYENTES, YA QUE NO CONSTITUYEN CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN SINO DISPOSICIONES DE OBSERVANCIA GENERAL.** De los artículos 33, párrafo penúltimo y 35 del Código Fiscal de la Federación se advierte que la atribución conferida a diversas autoridades fiscales para dar a conocer los criterios internos que deben seguirse en la aplicación de las normas tributarias, se refiere a las interpretaciones que esas autoridades realicen de cualquier disposición de observancia general que incida en el ámbito fiscal, bien sea una ley, un reglamento o una regla general administrativa, por lo que, por su propia naturaleza, no pueden generar obligación alguna a los gobernados sino, en todo caso, ser ilustrativas sobre el alcance de dichas normas y en caso de publicarse en el Diario Oficial de la Federación, otorgarán derechos a los contribuyentes. En cambio, las disposiciones de observancia general cuya emisión y publicación se rigen, respectivamente, por lo dispuesto en los artículos 14, fracción III, de la Ley del Servicio de Administración Tributaria y 33, fracción I, inciso g), del Código Fiscal de la Federación, tienen como finalidad precisar la regulación establecida en las leyes y reglamentos fiscales expedidos por el Congreso de la Unión y el Presidente de la República con el fin de lograr su eficaz aplicación y están sujetas a principios que tutelan la seguridad jurídica de los gobernados, entre otros, los de reserva y primacía de la ley, por lo que deben ceñirse a lo previsto en el acto formal y materialmente legislativo que habilita su emisión. En tal virtud, al tratarse de actos de diversa naturaleza no existe razón alguna para considerar que las reglas agrupadas en la Resolución Miscelánea Fiscal se rigen por los mencionados artículos 33, párrafo penúltimo y 35, ya que éstos se refieren exclusivamente a criterios interpretativos que sostengan las autoridades fiscales, los que en ningún momento serán obligatorios para los gobernados, a diferencia de las disposiciones de observancia general que emita el Presidente del Servicio de Administración Tributaria, las cuales son de cumplimiento obligatorio para los gobernados, sin menoscabo de que alguna de ellas, con motivo de una sentencia dictada en algún medio de defensa que prevé el orden jurídico nacional, pueda perder sus efectos, total o parcialmente, al no ceñirse a los referidos principios y, en su caso, a las condiciones que establezca el legislador para su dictado.

Amparo en revisión 1532/2003. Operadora de Aldeas Vacacionales, S.A. de C.V. 11 de mayo de 2004. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Humberto Román Palacios y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Rafael Coello Cetina.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy treinta y uno de agosto en curso, aprobó, con el número LV/2004, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a treinta y uno de agosto de dos mil cuatro.

Tesis aislada P. LV/2004. Aprobada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia De la Nación y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, Septiembre de 2004, Novena Época, Pág. 15.

Adicionalmente, los Comentarios al Modelo Convenio de la OCDE emitidos por el Comité Fiscal, han sido considerados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que pueden ubicarse entre las fuentes que doctrinalmente se denominan “*soft law*”, que pueden considerarse como una explicación de sus artículos y como una fuente de interpretación de éstos, pero sin soslayar el hecho de que los citados Comentarios no son un tratado internacional ni son una fuente formal de derecho fiscal, como lo mencionamos anteriormente.¹³²

¹³² **RENTA. LOS COMENTARIOS AL MODELO DE CONVENIO FISCAL SOBRE LA RENTA Y SOBRE EL PATRIMONIO, EMITIDOS POR LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, SON UNA FUENTE DE INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DE LOS TRATADOS BILATERALES QUE SE CELEBREN CON BASE EN AQUÉL, EN MATERIA DEL IMPUESTO RELATIVO.** Los comentarios al indicado Modelo de Convenio pueden ubicarse entre las fuentes que doctrinalmente se denominan "ley suave" ("soft law", en inglés), entendido dicho concepto como referencia a instrumentos cuasi legales que, o bien no tienen fuerza vinculante, o la que lleguen a tener es de algún modo más "débil" que la legislación tradicional. Así, en el contexto del derecho internacional, el término "ley suave" generalmente se refiere a acuerdos entre Estados que no llegan a calificar como derecho internacional en sentido estricto, entre los que se cuentan las "directivas", "comunicaciones" y "recomendaciones", entre otras, que son elaborados por algunas organizaciones internacionales con el objeto de establecer o codificar parámetros uniformes a nivel internacional. En relación con lo anterior, los comentarios al Convenio Modelo, aprobados en el Comité de Asuntos Fiscales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, pueden considerarse como una explicación de sus artículos y como una fuente de interpretación de éstos, tomando en cuenta que el Consejo de la mencionada Organización recomendó a los gobiernos de los países miembros que sus administraciones tributarias sigan los comentarios al Modelo de Convenio cuando apliquen e interpreten las disposiciones de sus convenios fiscales bilaterales, pero sin soslayar el hecho de que los comentarios no son un tratado internacional ni son una fuente formal de derecho fiscal. En tal virtud, si bien no son la única ni la principal forma de acercarse al contenido de las disposiciones de los tratados que concretamente celebre México, los mencionados comentarios no pueden desatenderse como una fuente de interpretación, motivo por el cual la argumentación que se haga contra su contenido, cuando menos, debe presentar razones suficientes para superar la forma de interpretación que el autor del Convenio Modelo le otorga al mismo, como documento base para la celebración de los tratados bilaterales que lleguen a celebrarse, para lo cual, adicionalmente, deberá valorarse en cada caso si existen observaciones o reservas a los artículos de que se trate.

Amparo en revisión 107/2008. Cemex Net, S.A. de C.V. y otras. 9 de septiembre de 2008. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretarios: Paola Yaber Coronado, Juan Carlos Roa Jacobo, Francisco Octavio Escudero Contreras, Pedro Arroyo Soto y Rogelio Alberto Montoya Rodríguez.

Amparo en revisión 49/2007. Telesistema Mexicano, S.A. de C.V. 11 de septiembre de 2008. Mayoría de siete votos. Ausentes: Margarita Beatriz Luna Ramos y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo; en su ausencia hizo suyo el asunto José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Juan Carlos Roa Jacobo, Paola Yaber Coronado, Pedro Arroyo Soto, Francisco Octavio Escudero Contreras y Rogelio Alberto Montoya Rodríguez.

Amparo en revisión 264/2007. Cemex, S.A. de C.V. y otras. 11 de septiembre de 2008. Mayoría de siete votos. Ausentes: Margarita Beatriz Luna Ramos y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretarios: Pedro Arroyo Soto,

Así, si bien los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE no forman parte del contexto de los tratados para evitar la doble tributación celebrados por México, con base en los criterios emitidos por nuestros Tribunales¹³³ y la Regla de la Resolución Miscelánea Fiscal, se puede concluir que éstos constituyen verdaderos instrumentos de interpretación, en la medida en que el tratado se hubiera celebrado con base en el Convenio Modelo de la OCDE y, por ende, deberán de ser considerados para llevar a cabo la interpretación de un tratado.

Juan Carlos Roa Jacobo, Francisco Octavio Escudero Contreras, Rogelio Alberto Montoya Rodríguez y Paola Yaber Coronado.

El Tribunal Pleno, el veinte de mayo en curso, aprobó, con el número XXXVI/2009, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veinte de mayo de dos mil nueve.

Tesis aislada P. XXXVI/2009. Aprobada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia De la Nación y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, Julio de 2009, Novena Época, Pág. 91.

¹³³ **DOBLE TRIBUTACIÓN. LA APLICACIÓN DE LOS COMENTARIOS A LOS ARTÍCULOS DEL MODELO DE CONVENIO FISCAL SOBRE LA RENTA Y SOBRE EL PATRIMONIO, ELABORADO POR LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE), CONSTITUYE UN MÉTODO DE INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA.** La interpretación auténtica es aquella que deriva de los razonamientos propios del autor del ordenamiento que desde luego se interpreta, por lo que si fue la OCDE la que elaboró el modelo de convenio para evitar la doble imposición internacional entre sus países miembros, y fue esta misma organización la que a fin de establecer un criterio uniforme para la solución de controversias, formuló ex profeso los comentarios como lineamientos de interpretación de las disposiciones del modelo de convenio y de los acuerdos que de éste deriven, se deduce que éstos constituyen el mejor instrumento para aplicar adecuadamente y de manera uniforme las disposiciones de los convenios tributarios que celebren los países de esa organización, en tanto que ello garantiza que el tratado se está interpretando en los justos términos en que se concibió y para los que fue diseñado, pues al resultar aplicables a todos los convenios que siguen el modelo de la OCDE, se impide que las autoridades fiscales de cada país interpreten los tratados con base en apreciaciones propias y quizá empleando métodos diferentes, ya que la existencia de los comentarios las obliga a ajustar su actuación a los lineamientos en ellos previstos y, consecuentemente, a resolver, si no siempre en idénticos términos, sí en forma similar.

Amparo directo 464/2002. Tupperware Products, S.A. 25 de junio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Germán Cendejas Gleason. Secretario: Omar Pérez García.

Tesis aislada I.9o.A.76 A. Aprobada por el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVIII, Septiembre de 2003, Novena Época, Pág. 1371.

De igual forma, dicha validez de aplicación pudiera derivar del principio de legítima expectativa que han generado las partes respecto de las acciones de su contraparte, por lo menos entre los países miembros de la OCDE, ya que como lo señala René Matteotti, si un tratado internacional se celebró tomando como base el Convenio Modelo de la OCDE, debe asumirse de buena fe que las disposiciones del tratado tienen el significado previsto en los Comentarios, a no ser que de manera expresa se señale otra circunstancia.¹³⁴

En consecuencia, no obstante que en primer lugar resulta aplicable el método de interpretación contenido en los propios tratados para evitar la doble tributación celebrados por México, de conformidad con el Derecho Internacional que rige en la aplicación de los tratados internacionales y los criterios emitidos por nuestros Tribunales, los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE constituyen un instrumento válido de interpretación, que debe ser aplicado por las autoridades y los tribunales de nuestro país al momento de llevar a cabo la interpretación y análisis de un tratado.

3.2.3.2. Reservas y observaciones.

Con motivo de la recomendación emitida por el Pleno de la OCDE que dio origen al Convenio Modelo de la OCDE y sus Comentarios, los distintos Estados que han decidido tomarlo como base de sus negociaciones para celebrar tratados para evitar la doble tributación, han formulado reservas en relación con el propio Convenio Modelo, y observaciones a los Comentarios emitidos por el

¹³⁴ MATTEOTTI, René. *Interpretation of Tax Treaties and Domestic General Anti-Avoidance Rules – A Sceptical Look at the 2003 Update to the OECD Commentary*. Intertax, Volume 33, Issue 8/9. Kluwer Law International, 2005. Pág. 339.

Comité Fiscal de la OCDE a fin de establecer algunos puntos o posturas en relación con ciertos puntos de interpretación, cuyas consecuencias jurídicas se analizarán en los siguientes párrafos.

a) Reservas: Las reservas a un tratado internacional están definidas en el artículo 2, párrafo 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”, mientras que Paul Reuters, se refiere a las reservas como un instrumento de defensa en manos de los Estados, frente al intento de homologar las disposiciones de los instrumentos internacionales.¹³⁵

Ahora bien, es importante mantener en perspectiva que las reservas como están definidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, tienen una naturaleza jurídica distinta a las que se pactan en relación con el Convenio Modelo de la OCDE. Lo anterior es así, toda vez que las reservas que los países miembros de la OCDE formulan al citado Convenio Modelo, se realizan sobre un instrumento que no resulta obligatorio como una norma de Derecho Internacional, es decir, que no constituyen un tratado internacional.

Según el Capítulo introductorio del Convenio Modelo de la OCDE, las reservas son disposiciones específicas que reflejan la posición de un Estado respecto al texto o la aplicación de los artículos del Convenio Modelo, lo cual no implica que los Estados no puedan llegar a celebrar un tratado sin tomar en cuenta las reservas formuladas ante la OCDE, ya que los países conservan su libertad de

¹³⁵ REUTERS, Paul. Derecho Internacional Público, Barcelona. Casa Editorial Bosch. 1962. Pág. 187.

acción en el curso de las negociaciones de los propios tratados para evitar la doble tributación, de conformidad con el principio de reciprocidad, de acuerdo a lo establecido en los párrafos 31 y 32 del Capítulo introductorio del Convenio Modelo de la OCDE.¹³⁶

Así, las reservas que formulan los países miembros de la OCDE al Convenio Modelo, no tienen una eficacia jurídica propia en nuestro Derecho, puesto que como se mencionó anteriormente, no integrarán forzosamente el texto de los tratados internacionales que celebren, los cuales deben prevalecer sobre el Convenio Modelo de la OCDE, que únicamente es producto de una recomendación emitida por el Pleno de la OCDE. Inclusive, en la práctica sucede que las reservas constituyen precisiones o enfoques distintos de lo que el texto del citado Convenio establece, mismas que generalmente son acordadas en las negociaciones que dan origen a los tratados internacionales celebrados por los países que las formulan.

En este sentido, para los tratados internacionales basados en el Convenio Modelo de la OCDE, las reservas son manifestaciones que fijan una postura respecto del contenido de dicho Convenio Modelo, el cual como ha quedado señalado, no constituye propiamente un tratado internacional y, por tanto, únicamente tendrán consecuencias jurídicas para los Estados que las formulan, en la medida que se tomen en consideración en los tratados celebrados por éstos, ya que puede darse el caso de que no obstante exista una reserva sobre un tema específico, la misma no llegue a formar parte de los convenios negociados por el país que la formule.

¹³⁶ Ver *Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y sobre el Patrimonio*, Comité de Asuntos Fiscales. Versión Abreviada. Pág. 14 y ss.

b) Observaciones: Además de las reservas que los Estados Contratantes formulan al Convenio Modelo de la OCDE, también existen las observaciones, las cuales se formulan sobre los Comentarios emitidos por el Comité Fiscal de la OCDE. El Convenio Modelo de la OCDE define en los párrafos 28 y 29 del Capítulo Introdutorio,¹³⁷ que cada uno de los artículos que lo conforman cuentan con un comentario detallado cuyo objetivo es el esclarecimiento o la interpretación de los mismos.

Así las cosas, es claro que las observaciones matizan o fijan la postura que un Estado Contratante tiene respecto de los Comentarios formulados por el Comité Fiscal de la OCDE a los artículos del Convenio Modelo, misma que no implica necesariamente un punto de discordancia en relación con el Comentario del artículo, sino simplemente son un indicativo de cómo deben aplicarse o interpretarse las provisiones desde el punto de vista del Estado Contratante que formuló la observación correspondiente.

Por ello, se puede decir que se considera que las observaciones efectuadas a los comentarios formulados por el Comité Fiscal de la OCDE, al igual que los propios Comentarios, deben ser tomados en cuenta, en el caso de que resulten aplicables como un instrumento válido de interpretación en los términos señalados con anterioridad, puesto que éstas claramente evidencian precisiones sobre las posturas de los Estados frente a la interpretación y aplicación de los tratados para evitar la doble tributación celebrados con base en el Convenio Modelo de la OCDE.

¹³⁷ Ver *Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y sobre el Patrimonio*, Comité de Asuntos Fiscales. Versión Abreviada. Pág. 14.

3.3. Jerarquía de los Tratados Internacionales.

Debemos recordar que el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que las leyes del Congreso de la Unión emanan de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de la Unión respecto de las demás leyes y, por tanto, es la disposición constitucional que da lugar a lo que comúnmente se conoce como el principio de la jerarquía de las leyes.

Si bien, las normas constitucionales se encuentran en un ramo superior a las leyes secundarias y a los tratados internacionales, no podemos perder de vista que los tratados celebrados por el Titular del Ejecutivo no pueden ser contrarios ni contener compromisos que sean contrarios a lo señalado por la Constitución. Así, respetando la jerarquía de leyes, es dable concluir que en caso de que exista un conflicto entre una ley secundaria (entiéndase a ésta como una ley de tipo federal) y un tratado internacional, debe prevalecer la aplicación del tratado al ser superior a las leyes secundarias.

Este tema y la interpretación del artículo 133 Constitucional han sido discutidos a fondo por las cortes federales; inclusive, existen precedentes legales en los que se ha concluido que los tratados internacionales prevalecerán y tendrán jerarquía superior respecto de las leyes federales (como en su caso lo es la Ley del Impuesto sobre la Renta), tal como se advierte del criterio sustentado por la

Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹³⁸ Asimismo, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito concluyó, con base en el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que cuando existe antinomia entre un convenio internacional y una ley general, federal o local, la normativa que debe prevalecer es la del convenio internacional.¹³⁹

¹³⁸ **TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.** La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.

Amparo en Revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez.

Tesis aislada P. IX/2007. Aprobada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, Abril de 2007, Novena Época, Pág. 6.

¹³⁹ **CONVENIO SOBRE TRANSPORTES AÉREOS ENTRE EL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y EL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. DEBE PREVALECCER, CONFORME A LOS PRINCIPIOS DE JERARQUÍA Y ESPECIALIDAD, SOBRE LAS LEYES TRIBUTARIAS.** El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P. IX/2007, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, abril de 2007, página 6, de rubro: "TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.", sostuvo que los tratados internacionales son parte integrante del orden jurídico superior nacional, ubicándose jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales, cobrando especial relevancia en este aspecto el criterio de especialidad -lex specialis derogat legi generali-, conforme al cual, cuando entre diversas normas pueda plantearse un conflicto en razón de una relación de especialidad, debe prevalecer la más concreta en relación con otra más genérica. En este contexto, cuando exista antinomia entre el Convenio sobre Transportes Aéreos entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América y las leyes tributarias, al exentar aquél y gravar éstas diversos productos puestos a bordo de aeronaves de impuestos y gravámenes nacionales, conforme a los criterios de jerarquía y especialidad de la ley, la normativa que debe prevalecer es el convenio internacional, pues fue establecido para asegurar el desarrollo del transporte aéreo, alcanzar el bienestar común con bases de igualdad y reciprocidad, sin que por ello transgreda el principio de legalidad tributaria, aunado a que el Código Fiscal de la Federación, en su artículo 1o., prevé una cláusula de sumisión de las leyes tributarias a los tratados internacionales de los que México sea parte, los que tienen el carácter de preferentes.

De lo anterior es posible concluir que por mandato expreso del propio artículo 133 constitucional, el Presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado Mexicano en el ámbito internacional en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas y, a su vez, que los compromisos internacionales son asumidos por el Estado Mexicano en su conjunto y comprometen a todas las autoridades frente a la comunidad internacional.

Así, al estar obligado el Estado Mexicano, mediante un tratado, al cumplimiento del mismo, se considera que lo establecido en éste no podrá ser derogado o inclusive, limitado por la legislación fiscal vigente en México de competencia federal, al tratarse de un tratado que obliga a México a lo dispuesto en el mismo en términos del derecho internacional. Es decir, de acuerdo con el principio de jerarquía antes citado, que ubica a los convenios por encima de las leyes de carácter federal, México debe sujetarse a lo establecido en los tratados por encima de lo establecido en sus disposiciones fiscales de carácter federal.

Revisión fiscal 36/2011. Administrador de lo Contencioso de Grandes Contribuyentes "6" de la Administración Central de lo Contencioso de Grandes Contribuyentes del Servicio de Administración Tributaria. 16 de junio de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Anibal Jesús García Cotonieto.

Tesis aislada I.4o.A.789 A. Aprobada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, Novena Época, Pág. 1303.

CAPÍTULO IV. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN CONTENIDO EN LOS TRATADOS PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN

En el presente Capítulo se procederá a analizar el principio de no discriminación que se encuentra contenido en los Tratados celebrados para evitar la Doble Tributación, ya que el objeto del presente trabajo es analizar las reglas de capitalización delgada o insuficiente contenidas en la legislación mexicana a la luz del principio de no discriminación contenido en los tratados internacionales para evitar la doble tributación.¹⁴⁰

Hoy en día es una realidad incuestionable que ni las personas ni los Estados pueden vivir aislados y, por ende, personas, comunidades y organizaciones de todo tipo superan los límites del ámbito de control de cada municipio, región o Estado, con la finalidad de poder desarrollarse en dimensiones más amplias y omnicomprendivas. En este sentido, ha sido el ámbito económico el que ha experimentado las vinculaciones y contactos más extensos e intensos, ámbito que ha generado diversas repercusiones en el régimen fiscal que incide en las operaciones comerciales o financieras a desarrollar.¹⁴¹

Como bien señala el Doctor Jesús Santa-Bárbara Rúperez, el legislador debe de ser consciente de la trascendencia internacional de las normas tributarias, y debe paliar cuantas alteraciones indeseadas produzca el propio sistema impositivo en el ámbito de las relaciones supranacionales, recurriendo para ello, a cuantas herramientas sea oportuno, máxime cuando se trate de las medidas fiscales

¹⁴⁰ A lo largo del presente trabajo se analizará el principio de no discriminación contenido en el artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE, toda vez que nuestro País sigue las pautas de la OCDE en sus Tratados y por ende, los tratados para evitar la doble tributación celebrados por nuestro País retoman esencialmente el artículo del Convenio Modelo, razón por la cual, también el análisis se efectuará a la luz de los Comentarios del Modelo Convenio de la OCDE.

¹⁴¹ SANTA-BÁRBARA RÚPEREZ, Jesús, “*La No Discriminación Fiscal*”, Edersa, 2001, Madrid, Págs. 41 – 45.

adoptadas por los propios Estados que pertenezcan a fenómenos supranacionales de integración económica. Una de estas herramientas es precisamente la no discriminación fiscal.¹⁴²

Al respecto, podemos retomar lo señalado por el Doctor Santa-Bárbara Rúperez en el sentido de que el principio de la no discriminación fiscal es aún un concepto incierto en cuanto a su alcance, ya que ha sido definido en pocas ocasiones; sin embargo, es sin duda un principio que tiene amplios límites que exige un análisis profundo y completo a la hora de examinar cada caso. En todo caso, éste responde a la necesidad de evitar o reducir los efectos perjudiciales de aquellas situaciones que contravienen el principio de igualdad, pero sin obligar a fomentar esa igualdad, por lo que, el principio de no discriminación aparece bajo muy diversas modalidades.

4.1. El principio de igualdad y el de no discriminación.

En el Derecho Internacional se utiliza y emplea el término de *no discriminación*, mientras que en las legislaciones u ordenamientos nacionales, se emplea el término de *igualdad*. Aunque ambas expresiones pudieran a primera vista resultar equivalentes, al menos desde el punto de vista tributario, la lógica, semántica y los principios en que se inspira la regla de no discriminación en el Derecho Internacional son diversos de aquellos que dan lugar al principio y al derecho a la igualdad que se encuentra contenido en los ordenamientos nacionales. Así, la prohibición a la discriminación es una obligación negativa, mientras que la obligación de igualdad es una obligación positiva.¹⁴³

¹⁴² *Ibíd.*

¹⁴³ SANTA-BÁRBARA RÚPEREZ, Jesús, *Op. Cit.*, Págs. 46 – 47.

El Doctor Santa-Bárbara Rúperez señala que la igualdad se entiende en un sentido material y, sólo se respetará por los poderes públicos. En este sentido, concluye que en los derechos nacionales lo que se confía a los Estados es el deber de actuar para garantizar la igualdad dentro del mismo Estado y, que en el ámbito internacional es donde se le puede exigir a los Estados que no discriminen las situaciones donde concurren elementos extranjeros, razón por la cual, en principio se habla de igualdad en los ordenamientos nacionales y de no discriminación en la legislación internacional.¹⁴⁴

Señala el Doctor Armando Miranda Pérez que, la igualdad, como principio general, puede definirse como una situación en la que se encuentran todos los seres humanos, en el sentido de gozar la titularidad de los derechos del hombre sin discriminación de sexo, nacionalidad, edad, religión, raza, ocupación, preferencia partidista, condición económica, grado de escolaridad, ideología, residencia, entre otras. Continúa señalando en su obra titulada “El Principio de no Discriminación Fiscal en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas” que por el solo hecho de tener la calidad de ser humano, se es portador de los derechos naturales del hombre.¹⁴⁵

En este mismo sentido, el Doctor Miranda Pérez señala que, la igualdad, como derecho humano, hace a todas las personas titulares de las mismas prerrogativas y potestades naturales de que gozan sus demás congéneres, siendo uno de los principales derechos del hombre que deben garantizarse por el Estado. De ahí, que surja la importancia de conocer, a través del Derecho comparado, cómo se regula el principio de igualdad, en su parte positiva y negativa, en las diferentes Constituciones

¹⁴⁴ *Ibíd.*

¹⁴⁵ MIRANDA PÉREZ, Armando, “*El Principio de no Discriminación Fiscal en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*”, Universidad Complutense de Madrid, 2003, Madrid, Pág. 23.

de las naciones comunitarias y de algunas de las naciones de América, principalmente de Iberoamérica.¹⁴⁶

El principio de igualdad ha de entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada caso en relación con el que se invoca, puede decirse pues, que el principio de igualdad encierra una prohibición de discriminación, de tal manera que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales. Sólo podría producirse la quiebra del principio de igualdad, cuando dándose los requisitos previos de una igualdad, se produce un tratamiento diferenciado en los sujetos en razón de una conducta arbitraria o no justificada de los poderes públicos.

Ahora bien, con independencia de las aparentes diferencias antes señaladas, la igualdad y la no discriminación son dos conceptos que se encuentran estrechamente vinculados entre sí. En un principio, el derecho a la no discriminación era considerado como el aspecto negativo del derecho a la igualdad, de manera que cualquier infracción a este derecho era considerada como discriminatoria; sin embargo, actualmente la consagración constitucional de ambos derechos en nuestro orden jurídico evidencia claramente el carácter autónomo de esta prohibición y las consecuencias diversas que generan ambos principios.¹⁴⁷

Adicionalmente, como lo señala Juan María Bilbao Ubillos, la igualdad y el derecho a la no discriminación son conceptos diferentes entre sí, aunque sí guardan una relación de género (igualdad) a especie (prohibición de discriminación). Señala en su obra que el mandato de no

¹⁴⁶ *Ibíd.*

¹⁴⁷ BILBAO UBILLOS, Juan María, *“La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

discriminación ha adquirido un sentido autónomo, específico y concreto y, en tal virtud, es posible concluir que no toda vulneración del derecho a la igualdad constituye un acto discriminatorio, pero toda vulneración del derecho a la no discriminación constituye una afectación al derecho a la igualdad.¹⁴⁸

Nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que tanto el marco jurídico nacional como internacional, hacen referencia a los dos conceptos: igualdad ante la ley y no discriminación, y que si bien hace algunos años se utilizaba como uno solo concepto “el principio de la no discriminación y la igualdad ante la ley” o “el derecho a la igualdad ante la ley y la igualdad de protección de la ley sin discriminación”; en la actualidad, algunas decisiones recientes revelan una tendencia a diferenciar entre el concepto de discriminación y el de igualdad ante la ley e igual protección de la ley.¹⁴⁹

Independientemente de ello, éstas se pueden aplicar perfectamente al campo de la no discriminación fiscal. En efecto, igualdad y no discriminación son ideas recíprocas de un mismo principio que fortalecen los sistemas jurídicos para que exista un estado de Derecho.¹⁵⁰ La doctrina ha señalado que la discriminación fiscal hace referencia a la existencia de una inequidad en el sistema tributario, a una mayor carga tributaria, prevista en la norma o en la aplicación de ésta, para un sujeto pasivo, sobre su renta ingresada, su patrimonio o su gasto.¹⁵¹

¹⁴⁸ *Ibíd.*

¹⁴⁹ Amparo en revisión 796/2011. Martín Martínez Luciano. 18 de abril de 2012. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Teresita del Niño Jesús Lúcia Segovia.

¹⁵⁰ MIRANDA PÉREZ, Armando, *Op. Cit.*, Pág. 209 y ss.

¹⁵¹ MARTÍNEZ GENIQUE, Alberto, “*Discriminaciones Fiscales Internacionales*”. XX Semana de Estudios de Derecho Financiero, Instituto de Estudios Fiscales, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1973, Págs. 642-643.

Dentro del ámbito del Derecho Internacional clásico, Juan María Bilbao Ubillos señala que, se define la discriminación fiscal como el trato desfavorable hacia un contribuyente extranjero en la aplicación de los impuestos, respecto al contribuyente nacional que se encuentra en las mismas circunstancias y al que le son aplicables las mismas normas, motivo por el cual, de forma frecuente los Tratados celebrados para evitar la Doble Tributación contienen un artículo que hace referencia a la no discriminación fiscal.¹⁵²

De igual forma, Juan María Bilbao Ubillos define al principio de no discriminación como la prohibición de la aplicación desigual de la ley y ante la ley, en una situación donde una persona física o jurídica se encuentra en idénticas condiciones que otra y sea tratada de manera diferente, esto es, con distinto criterio jurídico. Continúa señalando que se trata de una situación amparada por la ley y que deja a las personas o grupos de ellas, incluso Estados, sin la posibilidad de ejercer unos derechos que se reconocen al resto de las personas, grupos o Estados.¹⁵³

Por su parte, Armando Miranda Pérez concluye que, los elementos del concepto del principio de no discriminación fiscal son: i) tratamiento diferente de situaciones comparables; ii) la discriminación encubierta; iii) la posibilidad de justificación por diferencias objetivas de trascendencia; iv) carácter instrumental respecto del ordenamiento donde se proyecta; v) diferencia con manifestaciones del mismo principio en el ámbito fiscal internacional y nacional, y vi) naturaleza jurídica.¹⁵⁴

¹⁵² MIRANDA PÉREZ, Armando, Op. Cit., Pág. 209 y ss.

¹⁵³ *Ibíd.*

¹⁵⁴ MIRANDA PÉREZ, Armando, Op. Cit., Pág. 221.

4.2. Principio de No-Discriminación Internacional.

El principio de no discriminación, actualmente resulta un principio fundamental en los ordenamientos tributarios, sin embargo, como lo señala Adolfo Martín Jiménez, a pesar de su importancia, al día de hoy no existe un principio de no discriminación con auténticos efectos en el plano internacional, ya que este principio no constituye derecho consuetudinario ni un principio general de Derecho Internacional, sino que su principal manifestación es el artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE, por lo que, su vigencia dependerá de que exista un Tratado para evitar la Doble Tributación que contenga un artículo como el citado 24 del Convenio Modelo de la OCDE.¹⁵⁵

En efecto, los Tratados para Evitar la Doble Tributación, generalmente bilaterales, no solo evitan o atenúan la doble imposición fiscal internacional, sino que frecuentemente armonizan los respectivos sistemas fiscales, establecen métodos de cooperación internacional administrativa (procedimientos de consulta, asistencia administrativa, intercambio de información y ajustes fiscales), consolidan regímenes de protección al contribuyente (procedimiento amistoso) y establecen diversas cláusulas de salvaguarda a los derechos de los contribuyentes, como lo es en el caso la cláusula de no discriminación fiscal.

Así, diversos organismos a nivel internacional han asumido la labor de estructurar diversos proyectos y modelos de este tipo de Tratados, ofreciendo y estableciendo una serie de directrices

¹⁵⁵ MARTIN JIMENEZ, Adolfo y Otro, “Artículo 24. La cláusula de la discriminación”, Comentarios a los Convenios para evitar la Doble Imposición y Prevenir la Evasión Fiscal Concluidos por España, Fundación Pedro Barrié de la Maza, Instituto de Estudios Económicos de Galicia, 2004, España. Pág. 1087.

que sirven de orientación en las negociaciones internacionales, bilaterales o multilaterales, encaminadas a la celebración de Tratados para Evitar la Doble Tributación. Dentro de estos proyectos destacan los propuestos por la OCDE, así como el de las Naciones Unidas y el Modelo de los Estados Unidos, que contemplan de manera específica la prohibición de establecer discriminaciones fiscales, y que ha sido utilizada en cierta medida en la inmensa mayoría de los Tratados celebrados por los Países.¹⁵⁶

En efecto, generalmente los Tratados para Evitar la Doble Tributación celebrados contienen una cláusula de no discriminación a fin de salvaguardar los derechos de los particulares, que medularmente se basa en el criterio de la discriminación por razón de la nacionalidad y no por el criterio de la residencia. En particular ha señalado la doctrina internacional que, en el fondo lo que desea esta cláusula de no discriminación en los Tratados es aplicar el principio de reciprocidad, en el sentido de que los no nacionales, en una circunstancia igual, no podrán ser tratados de manera menos favorable en otro Estado que los nacionales del mismo.

Así, debe mencionarse que el problema de la doble imposición internacional reconoce el principio de no discriminación fiscal y las causas para su exclusión, bajo el cual se exige prestar atención a dos circunstancias, a saber: i) la necesidad de que todas las personas, por el mero hecho de tener vínculos con dos o más Estados, no se ven más gravadas fiscalmente en una mayor medida que otras; y, ii) al impacto financiero negativo que estos sucesos generan en la evolución de las

¹⁵⁶ SANTA-BÁRBARA RÚPEREZ, Jesús, Op. Cit., Págs. 87 – 90.

inversiones, el comercio exterior y la economía, tal y como lo ha reconocido la doctrina internacional.¹⁵⁷

La doctrina internacional ha reconocido que de manera frecuente, las situaciones discriminatorias en la imposición internacional ocasionan perjuicios en las relaciones comerciales y, en general, sobre el desarrollo económico que los países pudieran tener. Sin embargo, un país puede establecer una política para combatir la discriminación a través de la cláusula de nación más favorecida, o como una de las fórmulas del principio de reciprocidad, que, como principio general de Derecho Internacional, permite evitar una obligación en el caso de que la otra parte contratante no respete la misma.¹⁵⁸

Como se mencionó, la OCDE tiene el importante papel para sus países miembros de emitir recomendaciones y dictámenes que los guíen en sus comportamientos y relaciones económicas, las cuales para muchos países constituyen un punto de referencia a partir del cual pueden diseñar sus políticas fiscales internas y realizar aquellas celebraciones de tratados internacionales que acuerden en materia fiscal. En particular, el Convenio Modelo de la OCDE reconoce en su artículo 24 el denominado principio de no discriminación y toda vez que nuestro País ha seguido las directrices de dicho Modelo en la celebración de sus Tratados, analizaremos a continuación su alcance e interpretación.¹⁵⁹

¹⁵⁷ CORDÓN EZQUERRO, Teodoro y Otro. “*La Libertad de Movimiento de Factores Productivos en la Unión Europea. Los Principios de Libre Establecimiento y No Discriminación*”, Revista Euroamericana de Estudios Tributarios, número 5, Instituto Euroamericano de Estudios Tributarios y Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2000, Pág. 149.

¹⁵⁸ MIRANDA PÉREZ, Armando, Op. Cit., Pág. 118 y ss.

¹⁵⁹ No se deja de advertir que en algunos casos nuestro país ha utilizado la Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la Doble Tributación entre Países Desarrollados y Países en Desarrollo como Modelo en la celebración de los Convenios e incluso ha señalado que deben utilizarse los Comentarios de dicho Modelo para llevar a cabo la

Desde la perspectiva de la doctrina internacional,¹⁶⁰ el artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE¹⁶¹ que retoma a nivel internacional la existencia del principio de no discriminación tributaria, contempla cuatro cláusulas para combatir el tratamiento menos favorable que se puede otorgar a los residentes de uno de los estados contratantes y que pueden generar que se esté en presencia de un acto discriminatorio, mismas que se pueden dividir en dos tipos: i) las cláusulas contra la no discriminación *directa* y, a su vez, las ii) cláusulas contra la no discriminación *encubierta o indirecta*.

interpretación de los términos, como es el caso del celebrado con el Gobierno de la Región de Administración Especial de Hong Kong de la República Popular China; sin embargo, para efectos del presente trabajo no afectará el análisis ni las conclusiones ya que dicho Modelo de manera expresa señala en el párrafo 1 de los comentarios al artículo 24 que “*El artículo 24 de la Convención Modelo de las Naciones Unidas, salvo la referencia a un párrafo distinto del artículo 12 en el párrafo 4, reproduce el artículo 24 de la Convención Modelo de la OCDE*” y posteriormente reproduce los Comentarios del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE.

¹⁶⁰ VAN RAAD, Kees, “*Nondiscrimination in International Tax Law*”, Kluwer Law International, 1986, The Netherlands, Pags. 173 a 255 (El estudio en comento se refiere al artículo 24 del Moldeo Convenio de la OCDE de 1977).

¹⁶¹ 1. Los nacionales de un Estado contratante no serán sometidos en el otro Estado contratante a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sometidos los nacionales de ese otro Estado que se encuentren en las mismas condiciones, en particular con respecto a la residencia. No obstante las disposiciones del artículo 1, la presente disposición es también aplicable a las personas que no sean residentes de uno o de ninguno de los Estados contratantes.

2. Los apátridas residentes de un Estado contratante no serán sometidos en ninguno de los Estados contratantes a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sometidos los nacionales del Estado en cuestión que se encuentren en las mismas condiciones, en particular, con respecto a la residencia.

3. Los establecimientos permanentes que una empresa de un Estado contratante tenga en el otro Estado contratante no serán sometidos a imposición en ese Estado de manera menos favorable que las empresas de ese otro Estado que realicen las mismas actividades. Esta disposición no podrá interpretarse en el sentido de obligar a un Estado contratante a conceder a los residentes del otro Estado contratante las deducciones personales, desgravaciones y reducciones impositivas que otorgue a sus propios residentes en consideración a su estado civil o cargas familiares.

4. *A menos que se apliquen las disposiciones del apartado 1 del artículo 9, del apartado 6 del artículo 11 o del apartado 4 del artículo 12, los intereses, regalías y demás gastos pagados por una empresa de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante serán deducibles para determinar los beneficios sujetos a imposición de dicha empresa, en las mismas condiciones que si se hubieran pagado a un residente del Estado mencionado en primer lugar. Igualmente, las deudas de una empresa de un Estado contratante contraídas con un residente del otro Estado contratante serán deducibles para la determinación del patrimonio imponible de dicha empresa en las mismas condiciones que si se hubieran contraído con un residente del Estado mencionado en primer lugar.*

5. Las empresas de un Estado contratante cuyo capital esté, total o parcialmente, poseído o controlado, directa o indirectamente, por uno o varios residentes del otro Estado contratante, no se someterán en el Estado mencionado en primer lugar a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sometidas otras empresas similares del Estado mencionado en primer lugar.

6. No obstante las disposiciones del artículo 2, las disposiciones del presente artículo son aplicables a todos los impuestos, cualquiera que sea su naturaleza o denominación.

En efecto, el artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE contiene una serie de cláusulas de naturaleza heterogénea que no siempre responden a la misma lógica. Ello, ya que el párrafo primero impide la discriminación por razón de nacionalidad y el segundo párrafo incluye dentro del círculo de sujetos protegidos a los apátridas, mientras que el párrafo tercero contiene una cláusula de no discriminación, no por razón de la residencia y, a su vez, los párrafos cuarto y quinto, apartándose de dicha lógica, regulan un principio de no discriminación por razón de la persona con la que se contrata y de aquellas sociedades cuyo capital esté dominado o poseído por residentes del otro Estado contratante.

Las denominadas cláusulas contra la no discriminación *directa*, se presentan cuando las circunstancias particulares de una persona pueden resultar en que se dé una discriminación hacia la persona (i.e. la cláusula de nacionalidad y del establecimiento permanente),¹⁶² mientras que las cláusulas contra la no discriminación *encubierta o indirecta*, no se enfocan en el no residente directamente, sino en otra persona que es la que recibe la discriminación, como pudiera ser quien efectúa el pago de intereses, regalías, entre otros (i.e. la cláusula de no deducibilidad y la de empresas controladas en el extranjero).¹⁶³

Así, como establece el Profesor Adolfo Martín Jiménez, el artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE está orientado a acabar con la discriminación “en circunstancias precisas”, de manera que no cualquier tratamiento diferenciado genera una discriminación prohibida por este precepto, es decir, no ataca las distinciones “legítimas” que se hacen en los ordenamientos tributarios y, por ende, se

¹⁶² Artículo 24 (1) y (3) del Convenio Modelo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos.

¹⁶³ Artículo 24 (4) y (6) del Convenio Modelo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos.

requiere que quien demanda que ha sido discriminado se encuentre en identidad de circunstancias que aquel contribuyente frente al que se reclama el tratamiento discriminatorio salvo por el factor específico que se protege en cada párrafo del citado artículo del Convenio Modelo de la OCDE.¹⁶⁴

4.3. Principio de No-Discriminación Indirecta.

Toda vez que el objeto del presente trabajo es analizar las reglas de capitalización delgada o insuficiente contenidas en la legislación mexicana a la luz del principio de no discriminación, procederemos a analizar únicamente el supuesto de la no discriminación *encubierta o indirecta* contenido en el numeral 4 del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE relativa a la deducibilidad de los pagos de intereses, regalías y demás gastos pagados por una empresa de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante, también identificada como la “cláusula de no deducibilidad de pagos a no residentes”.

4.3.1. Antecedentes y justificación.

Esta cláusula, aún y cuando tuvo su primera aparición en las modificaciones propuestas al Convenio Modelo de la OCDE de 1963 y publicadas en el año de 1974, fue introducida en el Convenio Modelo de la OCDE oficialmente hasta el año de 1977. Con esta cláusula *se buscó principalmente limitar ciertas prácticas desarrolladas por diversos Estados, principalmente Estados Latinoamericanos, que negaban la deducibilidad de la base imponible de los sujetos residentes,*

¹⁶⁴ MARTÍN JIMENEZ, Adolfo, “El principio de no Discriminación en el artículo 24 del modelo convenio de la OCDE de 2008”, Revista de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia, Numero 5, Octubre 2009, Págs. 229 – 260.

*respecto de determinados conceptos o pagos realizados con sujetos no residentes, a fin de evitar la erosión de las bases imponibles de los residentes.*¹⁶⁵

En efecto, el artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE de 1977 estableció cambios notables en cuanto a no discriminación fiscal se refiere, ya que aclaró diversas cuestiones como el que el principio de no discriminación en función de la nacionalidad se aplica con independencia de que sean residentes en uno u otro Estado, se clarificó el tratamiento de los apátridas para establecer que deben de ser residentes de uno de los Estados contratantes y, finalmente, se agregó el supuesto relativo a la deducibilidad de dividendos, intereses, regalías y demás gastos pagados por empresas de un Estado contratante a empresas del otro Estado contratante.¹⁶⁶

La práctica de establecer restricciones a la deducibilidad de pagos realizados por residentes en operaciones celebradas con no residentes no sólo ha sido justificada como una medida para evitar la erosión de la base del residente, sino también por las dificultades que se presentan para verificar la realidad y composición de tales gastos cuando la operación se ha realizado y cuantificado en el extranjero; sin embargo, esta justificación ha ido perdiendo fuerza hoy en día con los distintos convenios que establecen el intercambio de información, así como con los convenios de asistencia administrativa mutua entre Estados para verificar tales cuestiones.¹⁶⁷

En particular, no podemos desconocer que tanto los Estados miembros de la OCDE, así como el G20 (Grupo de los 20 países industrializados y emergentes), organismos de los cuales México es

¹⁶⁵ VAN RAAD, Kees, “*Nondiscrimination in International...*”, Op. Cit., Págs. 173 y 174.

¹⁶⁶ SANTA-BÁRBARA RÚPEREZ, Jesús, Op. Cit., Pág. 95.

¹⁶⁷ MARTÍN JIMENEZ, Adolfo y Otro, “*Artículo 24. La cláusula de la ...*”, Op. Cit. Pág. 1145.

miembro, han adoptado diversas medidas enfocadas al efectivo intercambio de información, lo que nos permite afirmar que la globalización de las economías ha alcanzado a los fiscos y que se han venido firmado y continuarán fortaleciendo los convenios para el intercambio de información, por lo que, quienes no se incorporen a estos convenios, serán forzarlos a incorporarse a un esquema de transparencia tributaria mundial.

México, ha adquirido diversas obligaciones de cumplimiento en el intercambio de información con otros países, aunado a su necesidad de aumentar su recaudación, identificando el problema de la erosión de la base fiscal. Todo esto, originó la disposición de México en buscar o aceptar nuevos métodos de intercambio de información y cooperación internacional, como lo es el acuerdo identificado como FATCA (*Foreign Accounts Tax Compliance Act*) que fue celebrado con Estados Unidos o la firma del Acuerdo Multilateral de Autoridad Competente (MCAA), también denominado CRS (*Common Reporting Standard*).

Podemos mencionar que al día de hoy México ha firmado tratados fiscales con todos sus principales socios comerciales, incluyendo a aquellos países que muestran entradas y salidas de flujos económicos significativos y que ha incrementado en los recientes años, la firma de acuerdos de intercambio de información fiscal, con lo que, al día de hoy, cuenta con más de 55 Tratados para Evitar la Doble Tributación, más de 10 acuerdos de intercambio de información fiscal, mismos que se encuentran en vigor, entre ellos, la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal realizada en Estrasburgo el 25 de enero de 1998.¹⁶⁸

¹⁶⁸ http://www.sat.gob.mx/informacion_fiscal/normatividad/Documents/cuadro_26022014.pdf

La Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal expresamente establece en su artículo 2 que la asistencia administrativa incluirá el intercambio de información que contempla las auditorías fiscales simultáneas y participación en auditorías llevadas a cabo en el extranjero, la asistencia en el cobro de impuestos que incluye el establecimiento de medidas cautelares, así como la notificación y traslado de documentos y, a su vez, especifica en su artículo 3 que las partes proporcionarán la asistencia, ya sea si la persona afectada es residente o nacional de una de las partes o de cualquier otro Estado.¹⁶⁹

Asimismo, México también asumió el compromiso de llevar a cabo el intercambio de información en la reunión del Foro Mundial (*The Global Forum meeting*) celebrada en nuestro País en septiembre de 2009. En dicha reunión se establecieron las bases para la implementación de “estándares internacionales de transparencia e intercambio de información”, precisando entre otras, que debe de ser previa solicitud y, que no puede ser rechazada argumentando: secreto bancario, estar en posesión de fideicomisos, por no existir interés para el País que tiene la información.

En adición a ello, es importante recordar que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en su comunicado de prensa numero 04972013 fechado el 31 de julio de 2013, publicó con alegría la incorporación de México a la Iniciativa Multilateral de Intercambio Automático de Información en Materia Fiscal en un grupo conformado por Alemania, España, Francia, Italia y Reino Unido, resaltando que México es el primer país no Europeo que participa en esta iniciativa y con la que busca frenar la evasión y elusión fiscal, ya que proporcionará y recibirá información sobre distintos

¹⁶⁹ Artículos 2 y 3 de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal realizada en Estrasburgo el 25 de enero de 1998.

ingresos y entidades, a través de un intercambio de información en materia fiscal de manera automática.¹⁷⁰

De lo anterior, se advierte que hoy en día las restricciones a la deducibilidad de pagos realizados por residentes en operaciones celebradas con no residentes ya no tienen justificación, toda vez que si bien las empresas buscan, cada vez más, el establecer sus relaciones de integración económica a nivel internacional a fin de poder ampliar el desarrollo de sus actividades comerciales, no podemos dejar de advertir que los Estados a su vez, han establecido diversos mecanismos y medidas enfocadas al efectivo intercambio de información a través de distintos convenios y compromisos, mismos que se han ido incrementando de manera notable en los últimos años.

4.3.2. Generalidades.

La cláusula de no deducibilidad de pagos a no residentes, a diferencia de las previstas en los numerales 1 a 3 del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE establece una prohibición de discriminaciones indirectas frente a los no residentes, es decir, establece una limitante para aplicar diversas medidas que no se proyectan directamente frente al sujeto no residente, sino sobre otra persona como lo es el residente, quién realiza una serie de operaciones con la persona que no es residente y, a la luz de la cual, le generan al residente una serie de obligaciones, como lo es el realizar pagos al no residente.

¹⁷⁰ http://www.shcp.gob.mx/SALAPRENSA/noticias/Paginas/nota.aspx?Nota=20130731_1

En efecto, esta cláusula no busca proteger directamente al no nacional ante eventuales discriminaciones fiscales frente a los nacionales, como ocurre con el párrafo 1 del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE, sino que en realidad lo que busca es proteger indirectamente al no residente de las discriminaciones que indirectamente puedan surgir frente a los residentes, esto es, lo que el párrafo 4 del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE prohíbe no es el peor trato fiscal otorgado a los no residentes, sino que prohíbe el peor trato fiscal otorgado a quienes tengan relaciones comerciales o económicas con los no residentes, en la medida en que se cumplan con los requisitos o elementos señalados por el propio artículo.¹⁷¹

Al respecto, señala el Doctor Jesús Santa-Bárbara Rúperez que el fundamento de esta peculiar forma de discriminación requiere de la concurrencia de dos situaciones: a) la de un perjuicio directo por un agravio comparativo a quien efectúa el pago a no residentes o se endeuda con ellos, respecto de quién efectúa las mismas operaciones con residentes ya que se desincentiva al residente inversor del otro Estado y, b) que el inversor residente del otro Estado se ve afectado por una medida fiscal de la que él no es el destinatario directo, ya que a quienes se les prohíben las deducciones es a los residentes del Estado que efectúa el pago correspondiente.¹⁷²

Así, lo que prohíbe el numeral 4 del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE no es el peor trato fiscal de quienes pagan a inversores extranjeros o contraen deudas con ellos, sino que tan sólo obliga a que tales pagos o deudas resulten deducibles de la base imponible o del patrimonio empresarial en las mismas condiciones que las establecidas para las empresas residentes que no han realizado operaciones con no residentes. En consecuencia, es un supuesto de no discriminación

¹⁷¹ SANTA-BÁRBARA RÚPEREZ, Jesús, Op. Cit., Pág. 139 y ss.

¹⁷² *Ibíd.*

autónomo que constituye una manifestación complementaria de la aplicación del principio de no discriminación fiscal a las empresas cuyas actividades tienen lugar en varios Estados.

4.3.3. Ámbito Subjetivo de Aplicación.

Con respecto al ámbito subjetivo de aplicación del numeral 4 del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE, el mismo establece que se refiere a “*gastos pagados por una empresa de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante serán deducibles para determinar los beneficios sujetos a imposición de dicha empresa, en las mismas condiciones que si se hubieran pagado a un residente del Estado mencionado en primer lugar*”. De ello es claro que el mismo artículo exige que se trate en primer lugar de “*una empresa de un Estado contratante*” quien realiza el pago de que se trate.

La delimitación del significado de este término utilizado en el numeral 4 del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE, como es sabido, debe realizarse atendiendo al artículo 3 numeral 1 inciso d) y al artículo 4 del mismo Convenio Modelo de la OCDE que establecen las definiciones generales y del concepto de residencia. Dicho artículo 3 establece en su inciso d) que las expresiones “*empresa de un Estado contratante*” y “*empresa del otro Estado contratante*” significan, respectivamente, *una empresa explotada por un residente de un Estado contratante* y una empresa explotada por un residente del otro Estado contratante.¹⁷³

¹⁷³ Artículo 3 (1) (d) del Convenio Modelo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos.

Por su parte, el artículo 4 del mismo Convenio Modelo de la OCDE establece que la expresión “residente de un Estado contratante” significa toda persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo en razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga, incluyendo también a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o entidades locales. Esta expresión no incluye, sin embargo, a las personas que estén sujetas a imposición en ese Estado exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado o por el patrimonio situado en el mismo.¹⁷⁴

En relación con el perceptor del pago, el numeral 4 del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE establece que el pago debe de ser realizado “*a un residente del otro Estado contratante*”, de donde se puede concluir que únicamente requiere que se trate de un residente del otro Estado contratante, a la luz del artículo 4 del mismo Convenio Modelo, sin exigir que el pago que se realice a una empresa del otro Estado contratante, por lo que, en dicho enunciado claramente se encuentra comprendida una persona física que no realice actividades económicas, en la medida en que sea residente del otro Estado contratante.

4.3.4. Ámbito Objetivo de Aplicación.

Continuando con el análisis del numeral 4 del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE, ahora nos avocaremos a su ámbito objetivo de aplicación. En relación con éste, podemos advertir que el mismo impide la aplicación de las normas internas que restrinjan la deducibilidad de gastos en la base imponible, en los casos de pagos a residentes en el otro Estado contratante. Es decir, no

¹⁷⁴ Artículo 4 (1) del Convenio Modelo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos.

constituye una regla sobre deducción de gastos, sino que sólo se limita a reconocer la deducibilidad de un gasto que corresponde a pagos efectuados a un no residente, cuando el mismo gasto sea deducible, si el pago de que se trate se realizase a un residente.

Por lo anterior, el citado numeral 4 del artículo 24 sólo operará cuando la normativa interna restrinja las deducciones a realizar en los pagos a residentes del otro Estado contratante. Al respecto, es importante mencionar que, si bien, en principio el numeral en análisis sólo se refiere a intereses y regalías, no se encuentra limitada su aplicación a los mismos, ya que el mismo enunciado incluye a “*los demás gastos*”, de tal manera que cualquier pago realizado a un no residente puede estar comprendido en el ámbito de aplicación del numeral que nos ocupa, sin que resulte relevante si el contribuyente contabiliza el gasto que efectúa de conformidad con el principio de devengado o de flujo.

Al respecto, el término “intereses” y “regalías” no se encuentra definido en el artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE, sino que son los artículos 11¹⁷⁵ y 12¹⁷⁶ del mismo Convenio Modelo, respectivamente, los que definen dichos términos. En ambos artículos, los citados términos se encuentran limitados a los artículos que los definen; sin embargo, cualquier pago similar a los intereses y regalías que no califique como tal a la luz de la definición de dichos términos, se

¹⁷⁵ El numeral 3 del artículo 11 del Convenio Modelo de la OCDE señala que el término “intereses”, en el sentido de este artículo, significa las rentas de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantía hipotecaria o cláusula de participación en los beneficios del deudor, y en particular las rentas de valores públicos y las rentas de bonos y obligaciones, incluidas las primas y premios unidos a esos títulos. Las penalizaciones por mora en el pago no se consideran intereses a efectos del presente artículo.

¹⁷⁶ El numeral 2 del artículo 12 del Convenio Modelo de la OCDE señala que el término “regalías”, en el sentido de este artículo, significa las cantidades de cualquier clase pagadas por el uso, o la concesión de uso, de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas, de patentes, marcas, diseños o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, o por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas.

encontrará comprendido dentro del término de “*los demás gastos*”, por lo que, deviene innecesario delimitar el alcance correcto de los términos “intereses” y “regalías”¹⁷⁷

Respecto al término “*los demás gastos*” contenido en el artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE, el mismo no se encuentra definido en el Convenio Modelo, por lo que, en términos de lo que establece el artículo 3, numeral 2 del Convenio Modelo de la OCDE, tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio. Para efectos del presente trabajo, señalaremos que en la mayoría de los Estados no debe de ser diferente del significado ordinario que se refiere a cualquier pago,¹⁷⁸ sin que el mismo se encuentre restringido a algún tipo de bienes y servicios, sino que debe entenderse en sentido amplio.¹⁷⁹

Esto es, conforme al principio de no discriminación que nos ocupa, la deducibilidad del gasto que efectúa una empresa de un Estado a un residente de otro Estado contratante, debe concederse en las mismas condiciones que si el pago se hubiera efectuado a un residente del mismo Estado al que corresponde la empresa que efectúa el pago, por lo que, no se deja de advertir que también las presunciones *iuris tantum* de no deducibilidad de pagos efectuados a no residentes podrían resultar contrarias al principio de no discriminación contenido en el numeral 4 del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE, sin embargo, ello no será materia de análisis del presente trabajo.

¹⁷⁷ VAN RAAD, Kees, “*Nondiscrimination in International...*”, Op. Cit., Pág. 175.

¹⁷⁸ VOGEL, Klaus. “*On Double Taxation Conventions*”. Kluwer Law International. Third Edition, The Netherlands, 1999, Pág. 1326

¹⁷⁹ VAN RAAD, Kees, “*Nondiscrimination in International...*”, Op. Cit., Págs. 175 – 177.

Asimismo, también es importante definir qué debemos de entender por el concepto de “*en las mismas condiciones que si se hubieran pagado...*”, pues de ello dependerá la aplicación del principio de no discriminación que nos ocupa. Para ello, resulta razonable dejar a un lado aquellos elementos que se encuentran relacionados con el concepto de residencia del sujeto comparable, como lo es, si el sujeto comparable se encuentra sujeto al pago de impuestos por renta mundial o por fuente de riqueza, pues el requerimiento de las mismas condiciones se refiere a las empresas residentes que no han realizado operaciones con no residentes.¹⁸⁰

4.3.5. Excepciones en su Aplicación.

El numeral 4 del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE, no limita la aplicación de otras disposiciones o reglas contenidas en el mismo Convenio Modelo, ya que el principio de no discriminación contenido en el mismo será aplicable en los términos que establece el propio numeral, es decir, “*a menos que se apliquen las disposiciones del apartado 1 del artículo 9, del apartado 6 del artículo 11 o del apartado 4 del artículo 12*” del Convenio Modelo de la OCDE, bajo lo cual, las cantidades pagadas en exceso pudieran considerarse como no deducibles de la base imponible de la empresa que efectúa el pago, sin que ello se considere contrario al principio de no discriminación.

El numeral 1 del artículo 9 del Convenio Modelo de la OCDE, permite la realización de ajustes cuando las operaciones celebradas entre partes relacionadas no se realizan a valores de mercado, ya que establece que cuando empresas que estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas

¹⁸⁰ *Ibíd.*

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 dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y someterse a imposición en consecuencia.¹⁸¹

Por su parte, el numeral 6 del artículo 11¹⁸² y el numeral 4 del artículo 12¹⁸³ del citado Convenio Modelo, establecen que cuando en razón de las relaciones especiales existentes entre el deudor y el beneficiario efectivo, o de las que uno y otro mantengan con terceros, el importe de los intereses¹⁸⁴, y el importe de las regalías,¹⁸⁵ exceda del que hubieran convenido el deudor y el acreedor o beneficiario en ausencia de tales relaciones, las disposiciones no se aplicarán más que a este último importe y, a su vez, la cuantía en exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante.

Así, la aplicación del apartado 1 del artículo 9, del apartado 6 del artículo 11 o del apartado 4 del artículo 12 del Convenio Modelo de la OCDE no se ve restringida por lo dispuesto en el artículo 24, numeral 4 del mismo Convenio Modelo, sino que en todo caso, los montos que sean pagados en exceso respecto de los pagos que realizarían partes independientes podrían considerarse como no deducibles de la base gravable de la empresa que efectúa el pago, sin que ello se considere que contraviene lo dispuesto en el principio de no discriminación indirecta que se analiza. Es decir, no

¹⁸¹ Artículo 9 (1) del Convenio Modelo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos.

¹⁸² Artículo 11 (6) del Convenio Modelo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos.

¹⁸³ Artículo 12 (4) del Convenio Modelo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos.

¹⁸⁴ Habida cuenta del crédito por el que se paguen.

¹⁸⁵ Habida cuenta del uso, derecho o información por los que se pagan.

se impide llevar a cabo los ajustes realizados por no cumplir con las reglas de llevar a cabo las operaciones entre partes independientes.

4.3.6. Comentarios del Convenio Modelo de la OCDE.

En los mismos Comentarios se señala, que el apartado 4 tiende a evitar una forma particular de discriminación resultante del hecho de que en ciertos países la deducción de intereses, regalías y otros gastos, es aceptada sin reservas cuando el beneficiario del pago es un residente, mientras que está limitada e incluso prohibida cuando éste último no es residente, reconociéndose desde luego que los Estados contratantes de que se trate, en sus convenios bilaterales podrán modificar el artículo 24, numeral 4 del mismo Convenio Modelo para evitar que sea utilizada con fines de elusión fiscal.¹⁸⁶

Asimismo, reconoce que puede darse una situación de discriminación en el ámbito del impuesto sobre el patrimonio en relación con las deudas contraídas con un no residente, cuando las reglas de capitalización delgada o insuficiente se aplican solamente a los prestamistas no residentes (con exclusión de los prestamistas residentes), como será analizado en el siguiente apartado y, a su vez, que no se prohíben los requerimientos de información adicional en relación con los pagos efectuados a no residentes, dado que su intención es la de garantizar niveles de cumplimiento y de comprobación similares entre los pagos efectuados a residentes y a no residentes.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Ver párrafo 73 de los Comentarios al artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE.

¹⁸⁷ Ver párrafos 73 y 75 de los Comentarios al artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE.

4.4. Criterios de Nuestros Tribunales.

A continuación, se mencionarán algunos asuntos en los que se ha planteado que alguna disposición contenida en la Ley del Impuesto sobre la Renta, principalmente la prohibición a considerar como deducibles los gastos que se hacen en el extranjero a prorrata con quienes no son contribuyentes del impuesto sobre la renta en México, resulta violatoria del principio de no discriminación contenido en los tratados internacionales, ya que la argumentación efectuada en los mismos servirá de apoyo en el estudio que se realizará en el siguiente Capítulo y en la propuesta del presente trabajo.

4.4.1. Amparo Directo en Revisión 1434/2006.

a) Antecedentes:¹⁸⁸ El contribuyente presentó una consulta a las autoridades fiscales en el sentido de que las erogaciones que había efectuado por concepto de compras de componentes y materias primas a una parte relacionada en diversos ejercicios, resultaban deducibles para efectos del impuesto sobre la renta, independientemente de que se tuviese documentación de precios de transferencia que acreditasen que las operaciones se habían llevado a cabo a precios de mercado, de conformidad con lo establecido en el párrafo 4 del artículo 25 del Convenio para evitar la Doble Tributación e Impedir la Evasión Fiscal en materia de impuesto sobre la renta entre México y Estados Unidos de América, entre otros.

Dicha consulta no fue resuelta en el plazo que establecía la ley, por lo que, el contribuyente demandó la nulidad de la resolución de negativa ficta ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y

¹⁸⁸ Amparo Directo en Revisión 1434/2006. Quejoso: Electrónica Clarión, S.A. de C.V., Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión del 17 de enero de 2007.

Administrativa. Una vez seguido el procedimiento, la Segunda Sección de la Sala Superior de dicho Tribunal resolvió que no existe discriminación alguna conforme al artículo 25, párrafo 4 del Convenio, en relación con la fracción III del artículo 24 de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente en 1997 y 1998, ya que la Ley del Impuesto sobre la Renta establece la obligación de mantener, conservar y proporcionar la documentación comprobatoria de las deducciones tanto para nacionales como para extranjeros.

Inconforme con dicha resolución, a través del amparo directo el contribuyente hizo valer diversos argumentos para sostener su ilegalidad, entre ellos, que de compararse la interpretación de los artículos 25, párrafo 4, y 9º, párrafo 1, ambos del citado Convenio, debe llegarse a la conclusión de que el primero de los preceptos citados trata en forma desigual a sujetos iguales, en tanto niega la protección contra la discriminación en las deducciones a personas por el simple hecho de que el pago se hace a partes relacionadas residentes en el extranjero al exigir requisitos adicionales, sin justificación jurídica para ello y atendiendo a la condición del receptor del pago y no a una diferencia en el sujeto pasivo.

Dicho amparo directo, tocó conocer al Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, quién resolvió negar el amparo al contribuyente al considerar que de la interpretación sistemática y armónica de los preceptos legales, se puede establecer que para que las deducciones sean procedentes, cuando se celebran operaciones con partes relacionadas residentes en el extranjero, el contribuyente debe obtener la información que demuestre que se efectuaron de acuerdo a los precios o montos de contraprestaciones que hubieran utilizado partes independientes en operaciones comparables.

Asimismo, el Tribunal Colegiado consideró que los artículos 25, párrafo 4, y 9º, párrafo 1, ambos del citado Convenio no son inequitativos, en tanto que dependiendo de la hipótesis en que se ubique la empresa que pretenda realizar deducciones, será el tratamiento que reciba, con lo cual se constata claramente que a los individuos que se encuentran en una determinada categoría, se les da el mismo tratamiento, ya sea que se trate de empresas independientes o empresas relacionadas, les permite considerar los beneficios en la medida en que las condiciones convenidas entre ellos hubieran sido las que se hubiesen convenido entre dos empresas independientes en operaciones comparables.

b) Resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: Inconforme con lo resuelto por el Décimo Quinto Tribunal Colegiado, el contribuyente presentó un recurso de revisión extraordinario, mismo que toco conocer a la Primera Sala de la Suprema Corte, quien mediante sesión celebrada el 17 de enero de 2007 resolvió negar al contribuyente el amparo y protección de la Justicia solicitado, al considerar que los artículos 25, párrafo 4, y 9º, párrafo 1, ambos del Convenio para evitar la Doble Tributación e Impedir la Evasión Fiscal en materia de impuesto sobre la renta entre México y Estados Unidos de América, no resultaban inequitativos.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte sostuvo que cuando las empresas son partes relacionadas, sus condiciones comerciales o financieras se encuentran entrelazadas de tal manera que difieren de las que serían acordadas por empresas independientes, razón por la cual, se puede concluir con toda claridad que partes independientes y partes relacionadas no se encuentran en un mismo plano que mereciera un trato igual para efecto de sus deducciones y, en consecuencia, se justifica que tenga que *acreditarse el cumplimiento de obligaciones en materia de los denominados “precios de transferencia”*.

4.4.2. Amparo Directo en Revisión 2424/2012.

a) **Antecedentes:**¹⁸⁹ La autoridad fiscal determinó un crédito fiscal al contribuyente, al considerar que el pago realizado por concepto de la asignación de gastos por parte de su casa matriz, por la adquisición del negocio constituía un gasto a prorrata con un residente en el extranjero, que no es contribuyente del impuesto sobre la renta en términos de los Títulos II o IV y, por ende, resultaban no deducibles para efectos de la determinación del impuesto sobre la renta del ejercicio fiscal comprendido del 1° de enero al 31 de diciembre de 2003, de conformidad con lo establecido en la fracción XVIII del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de 2003. Inconforme con ello, el contribuyente interpuso demanda de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Después de seguido el procedimiento, el Pleno de la Sala Superior del citado Tribunal declaró la nulidad de la resolución impugnada al considerar que al rechazar la deducción efectuada por el contribuyente en el extranjero a prorrata con un no contribuyente de la Ley del Impuesto sobre la Renta relativo a los Títulos II o IV, que efectuó a un receptor residente de los Estados Unidos de América, se contravenía el principio de no discriminación indirecta, sobre la deducibilidad de pagos a personas no residentes a que se refiere el artículo 25 (4) del Convenio para evitar la Doble Tributación e Impedir la Evasión Fiscal en materia de impuesto sobre la renta entre México y Estados Unidos de América.

¹⁸⁹ Amparo Directo en Revisión 2424/2012. Quejoso: SC Johnson and Son, S.A. de C.V., Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión del 19 de marzo de 2014.

Tanto el contribuyente como la autoridad fiscal impugnaron lo resuelto por el Pleno de la Sala Superior, medios de defensa que toco conocer al Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, quien resolvió que el recurso de la autoridad resultaba fundado, al considerar que, al no establecerse en la Ley del Impuesto sobre la Renta la deducibilidad de los gastos a prorrata que se hagan en territorio nacional con un no contribuyente del impuesto sobre la renta, el artículo 32, fracción XVIII, de esa Ley no contraviene el artículo 25, párrafo 4, del multicitado Convenio y, por ende, la aplicación del referido artículo 32, fracción XVIII, por parte de la autoridad demandada no infringe el principio de no discriminación.

b) Resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: Inconforme con lo resuelto por el Décimo Tercer Tribunal Colegiado, el contribuyente presentó un recurso de revisión extraordinario, mismo que toco conocer a la Segunda Sala de la Suprema Corte, quien mediante sesión celebrada el 19 de marzo de 2014 resolvió conceder al contribuyente el amparo y protección de la Justicia solicitado; sin embargo, no se resolvió declarar inconstitucional la prohibición a considerar como deducibles los gastos que se hacen en el extranjero a prorrata con quienes no son contribuyentes del impuesto sobre la renta en México.

En particular, la Segunda Sala concluyó que de una interpretación progresiva y sistemática del artículo 32, fracción XVIII de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente en 2003, en relación con las disposiciones relativas a los Precios de Transferencia y las Guías emitidas por la OCDE, puede desprenderse que la limitante para deducir gastos a prorrata no es absoluta e irrestricta ya que de entenderse de esta manera, sí pudiera llegar a considerarse como violatoria del derecho fundamental de proporcionalidad tributaria y, concluyó que dicha prohibición, podría ser inaplicada a un contribuyente, en la medida en que se cumplan con ciertos requisitos y ante ciertas circunstancias.

A saber: i) Que es estrictamente indispensable; ii) Que exista una razonable relación entre el gasto efectuado y el beneficio recibido o que se espera recibir; iii) Que se deberá acreditar que el precio pactado se ubica dentro del rango de precios que hubiesen empleado partes independientes en operaciones comparables; iv) Que se proporcione la información precisa de la operación realizada en el extranjero¹⁹⁰; v) Que se cuente con documentación que demuestre el tipo de operación, términos contractuales, método de precios de transferencia seleccionado y su desarrollo, así como las operaciones o empresas comparables y; vi) Que la prorrata se haga con base en elementos fiscales y contables objetivos y no de manera arbitraria o caprichosa por el contribuyente¹⁹¹.

Lo relevante de dicha resolución para el caso que nos ocupa, es el análisis sistemático y progresivo que efectúa la Segunda Sala de la Suprema Corte del artículo antes mencionado, para concluir que la prohibición de deducir los gastos a prorrata hechos en el extranjero no es absoluta e irrestricta, toda vez que actualmente la ley establece medidas fiscales apropiadas para verificar y controlar las operaciones que efectúan sociedades que son partes relacionadas. Para ello, analizó si las premisas que el legislador de 1958 sustentó para incorporar la prohibición a la Ley del Impuesto sobre la Renta se mantienen vigentes, concluyendo que esas razones no están justificadas constitucionalmente en la actualidad.

¹⁹⁰ Como son: a) los datos fiscales de las partes relacionadas; b) las actividades realizadas en la operación por cada una de las partes y, en su caso, los activos utilizados y los riesgos asumidos; y, c) el método que se aplicó para determinar el precio de transferencia.

¹⁹¹ Para ello deberá tenerse presente que en toda operación que se haga a prorrata y por la cual se pretenda hacer alguna deducción, deberá siempre subyacer una razón válida y constatable de negocio.

CAPÍTULO V. ANÁLISIS DE LAS REGLAS DE CAPITALIZACIÓN DELGADA O INSUFICIENTE, A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Analizado el principio de no discriminación contenido en los Tratados celebrados para evitar la Doble Tributación y sus alcances, se procederá al objeto del presente trabajo, es decir, se analizarán las reglas de capitalización delgada o insuficiente contenidas en la legislación mexicana a la luz del principio de no discriminación contenido en los tratados internacionales para evitar la doble tributación y, a su vez, se retomarán diversas resoluciones que han emitido tribunales internacionales en relación con disposiciones similares a la que se encuentran contenidas en nuestra legislación.

5.1. Planteamiento del Problema.

Como fue mencionado, las reglas de capitalización delgada o insuficiente vigentes en nuestra legislación establecen que se considerarán como no deducibles únicamente los intereses que deriven de las deudas que tenga el contribuyente contraídas con partes relacionadas que sean residentes en el extranjero y, a su vez, que excedan del triple de su capital contable, con lo cual, es claro que actualmente ya no se limita la deducción de los intereses derivados de las deudas contraídas por el contribuyente con partes relacionadas residentes en México o partes independientes en el extranjero.

Inclusive, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al emitir la tesis de jurisprudencia 2a./J. 73/2008 citada con anterioridad, resolvió que de la interpretación de los artículos 32, fracción XXVI y 215 de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente en 2005, que se

refieren a la no deducibilidad de los intereses derivados de las deudas que tenga el contribuyente en exceso en relación con su capital, provenientes de capitales tomados en préstamo, otorgados por una o más personas consideradas partes relacionadas, se concluye que para la actualización de esa prohibición es indispensable que el prestamista sea parte relacionada y resida en el extranjero.

Ello, toda vez que tratándose de personas relacionadas residentes en el país, el prestamista podrá deducir los intereses generados a su cargo, ya que el prestatario deberá considerar para efectos del impuesto sobre la renta como ingreso acumulable su importe total; mientras que tratándose de adeudos celebrados con residentes en el extranjero, no podrá deducir los intereses derivados de la contraprestación en comento, en virtud de que, según considera la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el extranjero no se ubica en los alcances de la legislación tributaria mexicana.

Recordemos que las reglas de capitalización delgada o insuficiente se originaron como resultado de la preocupación por parte de la OCDE de que algunas empresas aprovechaban el costo financiero de su deuda contratada con una parte relacionada, a fin de disminuir su base gravable en perjuicio de la administración tributaria en que se encontraban ubicados, razón por la cual, el reporte denominado “*Thin Capitalization*” permitió considerar que el principio de independencia o *arm’s length* principle resultaba válido para determinar si el préstamo debería ser considerado como una aportación de capital.

Continuando con dicho esfuerzo, el 12 de febrero de 2013 la OCDE publicó el reporte denominado “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*” (Erosión de la Base Fiscal y Transferencia de Utilidades), mismo que también ha sido identificado como “Reporte BEPS”, que contiene la problemática que al día de hoy enfrentan diversos países con respecto a la disminución en la

recaudación de impuestos sobre utilidades de empresas multinacionales, originada por la erosión de la base tributaria y reubicación de utilidades a otras jurisdicciones con tasas impositivas menores o nulas.¹⁹²

En dicho Reporte, se contienen diversas áreas o transacciones que, a juicio de la OCDE, están originando mayor erosión, entre ellas, la efectividad de las reglas anti-abuso, como lo son las reglas generales anti-abuso (identificadas como GAARs por sus siglas en inglés), reglas de anticipación de ingresos o utilidades (CFC rules por sus siglas en inglés) y las reglas de capitalización delgada o insuficiente y, a su vez, establece el reporte que las oportunidades y pasos a seguir por cada uno de los países varía en función de la regla anti-abuso de que se trate, motivo por el cual, el 19 de julio de 2013, publicó un nuevo documento, denominado “*Action Plan on Base Erosion Profit Shifting*”.¹⁹³

En particular, en la Acción 4 y 5 del denominado “*Action Plan on Base Erosion Profit Shifting*” se establece que debe buscarse limitar la erosión de la base vía la deducción de intereses y otro tipo de pagos financieros, desarrollando a su vez, diversas recomendaciones respecto a las mejores prácticas para el diseño de reglas que prevengan la erosión de base, vía operaciones financieras tales como: deuda contratada con partes relacionadas o partes independientes que generen cargas excesivas de intereses, así como otros pagos que pudieran ser equiparados a intereses e identificar y

¹⁹² Addressing Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing (http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/abordando-la-erosion-de-la-base-imponible-y-la-deslocalizacion-de-beneficios_9789264201224-es#page1)

¹⁹³ Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing (http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/plan-de-accion-contra-la-erosion-de-la-base-imponible-y-el-traslado-de-beneficios_9789264207813-es#page1)

manejar de manera eficiente las prácticas fiscales abusivas, considerando la transparencia y la sustancia.

Al respecto, es importante mencionar que en el presente trabajo no se abordará el análisis del Reporte BEPS, toda vez que el objeto del mismo es esencialmente las reglas de capitalización delgada o insuficiente contenidas en la legislación mexicana a la luz del principio de no discriminación contenido en los tratados internacionales para evitar la doble tributación. Lo anterior, toda vez que a juicio del autor, el análisis de las reglas de capitalización delgada o insuficiente a la luz del principio de no discriminación no se ve afectado por lo establecido en el Reporte BEPS.

Por ello, en el siguiente apartado se efectuará el análisis de los motivos y razones por los que se considera que las reglas de capitalización delgada o insuficiente que se encuentran contenidas en la legislación mexicana, al resultar aplicable únicamente los intereses que deriven de las deudas que tenga el contribuyente contraídas con partes relacionadas que sean residentes en el extranjero, contraviene el principio de no discriminación indirecta, contenido en los tratados internacionales para evitar la doble tributación que han sido celebrados por México con distintos países.

5.2. Análisis del Problema.

El párrafo 4 del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE establece que *“A menos que se apliquen las disposiciones del apartado 1 del artículo 9, del apartado 6 del artículo 11 o del apartado 4 del artículo 12, los intereses, regalías y demás gastos pagados por una empresa de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante serán deducibles para determinar los*

beneficios sujetos a imposición de dicha empresa, en las mismas condiciones que si se hubieran pagado a un residente del Estado mencionado en primer lugar.”

El párrafo 4 del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE contiene una prohibición de discriminaciones indirectas frente a los no residentes, es decir, establece una limitante para aplicar diversas medidas que no se proyectan directamente frente al sujeto no residente, sino sobre otra persona, como lo es el residente, quién realiza una serie de operaciones con la persona que no es residente y, a la luz de la cual, le generan al residente una serie de obligaciones, como lo es el realizar pagos al no residente. Es decir, protege indirectamente al no residente de las discriminaciones que indirectamente puedan surgir frente a los residentes.

Ahora bien, recordemos que las reglas de capitalización delgada o insuficiente contenidas en la legislación mexicana establecen que no serán deducibles los intereses provenientes de las deudas otorgadas por partes relacionadas residentes en el extranjero que excedan del triple de su capital contable, lo que permite concluir con claridad que si dichos intereses provienen de préstamos otorgados por partes relacionadas residentes en territorio nacional o de una parte independiente (residente en territorio nacional o en el extranjero), sí resultarían deducibles para efectos del impuesto sobre la renta.

Asimismo, el hecho de que las deudas otorgadas por partes relacionadas residentes en el extranjero cumplan con los requisitos establecidos en la misma legislación respecto a pagos que se hacen a partes independientes en el extranjero (condiciones de mercado, retención de impuestos, declaraciones informativas, entre otras), no guarda relevancia alguna conforme a las reglas de capitalización delgada o insuficiente contenidas en la legislación mexicana, ya que por el hecho de

ser otorgadas por partes relacionadas residentes en el extranjero serán no deducibles al exceder del triple de su capital contable.

Sin embargo, de conformidad con lo que se establece en el párrafo 4 del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE, a las erogaciones que realicen residentes en México a favor de residentes en el extranjero (como ocurre en el caso de los pagos de intereses), se les dará el mismo tratamiento, esto es, dichas erogaciones serán tratadas como si hubieran sido realizadas con residentes en México, de conformidad con el beneficio de trato nacional, es decir, siempre y cuando dichas erogaciones hayan sido pactadas a precios de mercado en términos de lo que establece el artículo 9, apartado I del mismo Convenio Modelo.

Así, tenemos que las erogaciones que un residente en México realiza a favor de un residente en el extranjero, ya sea por concepto de intereses, regalías o demás gastos, conforme lo establece el párrafo 4 del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE, deberán considerarse deducibles en los mismos términos que lo serían unas erogaciones realizadas en México por residentes en México. Lo anterior, tiene como propósito que las erogaciones que residentes en México realicen con un residente en el extranjero no tengan un tratamiento discriminatorio frente a las erogaciones que los residentes en México realizan con residentes en México.

En este sentido, con el objeto de no generar un trato discriminatorio de conformidad con el Convenio Modelo de la OCDE, es evidente que los pagos por concepto de intereses realizados a un residente en el extranjero por un residente en México, deben resultar deducibles como si este último los hubiere realizado con otra persona moral residente en México. Es decir, no debieran de tener

limitación ni condicionante alguna, como lo es el hecho de que no deben de exceder del triple de su capital contable que establecen las reglas de capitalización delgada o insuficiente.

Lo anterior, en virtud de que el principio de no discriminación en materia fiscal refleja la misma necesidad ética que se encuentra en otras disposiciones, consistente en dar un trato igual a los individuos que se encuentran en igualdad de circunstancias. En efecto, como lo hemos mencionado anteriormente, bajo el ámbito del derecho fiscal internacional para evitar la doble tributación, el párrafo 4 del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE establece el principio de no discriminación indirecta en materia fiscal, mismo que ha quedado debidamente analizado en el Capítulo anterior.

Ahora bien, como ha sido mencionado con anterioridad, el fin del principio de no discriminación indirecta busca establecer, a partir de una base de reciprocidad, que las personas protegidas conforme al mismo, no reciban un trato menos favorable en alguno de los Estados Contratantes respecto del trato al que están sujetos los nacionales o residentes de otro Estado Contratante, situación que incluso ha reconocido el propio Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE en los Comentarios al Modelo Convenio de la OCDE.

En los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE del párrafo 4 del artículo 24, claramente se establece que lo que se busca es evitar el trato discriminatorio que existe en legislaciones nacionales, que permiten sin reservas la deducción de los intereses, regalías y otros gastos, cuando los mismos se realizan a favor de un beneficiario residente en el país (México), mientras que por el contrario, es limitada e incluso prohibida cuando el beneficiario del pago es un residente en el

extranjero, reconociendo que ello no impide que se apliquen las reglas de capitalización delgada o insuficiente del país de quien efectúa el pago.¹⁹⁴

Es decir, el párrafo 4 del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE no impide que se apliquen las reglas de capitalización delgada o insuficiente del país de quien efectúa el pago, la aplicación de las reglas de capitalización delgada o insuficiente debe de ser compatible con lo que establece el artículo 9, apartado I del mismo Convenio Modelo; sin embargo, cuando dicha reglas se aplican solamente cuando los prestamistas son residentes en el extranjero (exceptuando a los prestamistas residentes en territorio nacional), entonces la aplicación de dicho régimen se encuentra prohibida por el párrafo 4 del artículo 24 del multicitado Convenio Modelo.

5.3. Consideraciones Particulares.

Una vez señalado lo anterior, en el caso particular se considera que el hecho de que las reglas de capitalización delgada o insuficiente contenidas en la legislación mexicana establezcan que no serán deducibles los intereses provenientes de las deudas otorgadas por partes relacionadas residentes en el extranjero que excedan del triple de su capital contable, constituye una clara violación al principio de no discriminación indirecta que se encuentra contenido en los Tratados celebrados para evitar la Doble Tributación y que reconoce el párrafo 4 del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE.

¹⁹⁴ Ver párrafos 73 y 74 de los Comentarios al artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE.

En efecto, toda vez que las reglas de capitalización delgada o insuficiente contenidas en la legislación mexicana resultan aplicables únicamente a los intereses provenientes de las deudas otorgadas por partes relacionadas residentes en el extranjero, en opinión del autor se contraviene el principio de no discriminación indirecta que se encuentra contenido en los Tratados celebrados para evitar la Doble Tributación y que reconoce el párrafo 4 del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE, situación que además se reconoce en los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE.

Lo anterior, pues las propias reglas de capitalización delgada o insuficiente contenidas en la legislación mexicana excluyen a los intereses provenientes de las deudas otorgadas por partes relacionadas residentes en nuestro País. Si bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció que en estos casos, la deducción por la prestamista de los intereses a su cargo, tiene su contrapartida en el ingreso que el prestatario percibe de los intereses y que considera como acumulable para efectos del impuesto sobre la renta, se contraviene el principio de no discriminación indirecta.

A fin de evidenciar lo anterior, recordemos que el primer párrafo del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE prevé que los nacionales de un Estado Contratante no serán sujetos a una obligación fiscal o contribución en el otro Estado Contratante a la que no estén sujetos los nacionales de este otro Estado Contratante o que, en su caso, estén sujetos de una forma menos gravosa, en el caso de que ambos nacionales se encuentren en las mismas condiciones, en particular con respecto a la residencia fiscal.

Como podemos advertir de lo anterior y fue analizado en Capítulos previos, el primer párrafo del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE prevé, a nivel internacional, la existencia del

principio de no discriminación tributaria, el cual consiste esencialmente en que el nacional de uno de los Estados Contratantes no obtenga un trato fiscal diferenciado respecto de un nacional del otro Estado, siempre que ambos se encuentren en las mismas condiciones, en particular con respecto a la residencia fiscal.

Por su parte, el cuarto párrafo del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE señala que a menos que se apliquen las disposiciones del primer párrafo del artículo 9 del mismo Convenio, los gastos pagados por un residente en un Estado Contratante a otro contribuyente que resida en el otro Estado Contratante serán deducibles, tal y como si el pago se hubiera hecho a un residente en el primer Estado para efectos de determinar los beneficios sujetos a imposición del primer residente en el Estado Contratante correspondiente.

Continúa señalando el párrafo cuarto del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE que, igualmente, las deudas de una empresa de un Estado contratante contraídas con un residente del otro Estado contratante serán deducibles para la determinación del patrimonio imponible de dicha empresa en las mismas condiciones que si se hubieran contraído con un residente del Estado mencionado en primer lugar, lo que evidencia aún más la violación al principio de no discriminación indirecta

A fin de demostrar con mayor claridad lo anterior, cabe hacer referencia a los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE, mismos que de conformidad con el Derecho Internacional que rige en la aplicación de los tratados internacionales y los criterios emitidos por nuestros Tribunales, constituyen un instrumento válido de interpretación, situación que además ha sido reconocida por las mismas autoridades fiscales en la Resolución Miscelánea Fiscal.

Como se puede advertir, de los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE respecto del primer párrafo del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE, tal párrafo tiene la intención de impedir que alguno de los Estados Contratantes imponga obligaciones fiscales más gravosas a los residentes en otro Estado Contratante que se encuentran en las mismas situaciones de hecho y de derecho, a partir del único hecho de su nacionalidad.¹⁹⁵

Asimismo, señalan los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE, que la imposición aplicada a nacionales y extranjeros que se encuentren en la misma situación debe ser la misma, que las modalidades de determinar su base y su liquidación deben ser las mismas, su tasa igual y, por último, que las formalidades de su exacción (declaración, pago, plazos, etcétera) no pueden ser más gravosas para los extranjeros que para los nacionales.¹⁹⁶

Por lo que hace al cuarto párrafo del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE, los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE establecen que tiene por objeto evitar la discriminación que tiene lugar por un Estado Contratante al prohibir o limitar la deducción del pago de gastos a residentes en otro Estado Contratante, reconociendo que dicha discriminación puede darse en el ámbito del impuesto sobre el patrimonio en relación con las deudas contraídas con un no residente.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Ver párrafos 5 y 7 de los Comentarios al artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE.

¹⁹⁶ Ver párrafo 15 de los Comentarios al artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE.

¹⁹⁷ Ver párrafo 73 de los Comentarios al artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE.

Así, la razón de ser del cuarto párrafo del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE es eliminar una forma particular de discriminación resultante del hecho de que en algunos países (como sucede en el nuestro), la deducción de intereses, regalías y otros gastos normalmente se permiten sin mayor restricción cuando el beneficiario (prestador de servicios u otorgante del capital) es residente del mismo país, lo que no ocurre cuando se trata de un prestador de servicios extranjero o un inversionista extranjero, precisamente por ese sólo hecho de la nacionalidad.

Es decir, pretende evitar la discriminación derivada de la residencia del prestador del servicio o del inversionista extranjero, castigando la deducción del gasto correspondiente en el beneficiario del servicio o del capital aportado, como se corrobora al establecer que igualmente se ha detectado una forma de discriminación en el ámbito de gravar la transferencia de capitales, como sucede, en el caso de deudas contratadas con un no residente.

Atendiendo a los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE del cuarto párrafo del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE, podemos concluir que la razón de ser del citado artículo, radica en evitar la discriminación resultante del hecho de que se castigue la deducción a nivel del residente en México, derivado de que se trata de un gasto erogado con un residente para efectos fiscales en otro Estado, por la sola condición de su calidad de residente en el extranjero.

Para evitar dicho trato discriminatorio, el cuarto párrafo del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE, establece que a menos que se apliquen los Artículos 9, 11 o 12, los intereses pagados por una empresa de un Estado Contratante (México) a un residente del otro Estado Contratante, son deducibles, para determinar los beneficios sujetos a imposición, en las mismas condiciones que si hubieran sido pagados a un residente del primer Estado (es decir, a un residente en nuestro País).

No podemos dejar de advertir, que los propios Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE respecto del cuarto párrafo del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE establecen que los Estados contratantes en sus convenios bilaterales podrán modificar esta disposición para evitar que sea utilizada con fines de elusión fiscal.¹⁹⁸ Sin embargo, México en los Convenios para Evitar la Doble Tributación que ha celebrado con otros Estados, no ha efectuado una modificación al artículo.

Lo que es más, es importante mencionar que México tampoco hizo alguna reserva respecto del cuarto párrafo del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE, como sí lo hizo Francia, quién claramente estableció que acepta la disposición del apartado 4; sin embargo, se reservó la posibilidad de aplicar las disposiciones de su legislación relativa a la limitación de la deducción de intereses pagados por una sociedad francesa a una sociedad asociada o vinculada.¹⁹⁹

Así, nuestro país asumió el compromiso de que los intereses pagados por una empresa de un Estado contratante (México) a un residente del otro Estado contratante son deducibles, para determinar los beneficios sujetos a imposición de esta empresa (México), en las mismas condiciones que si dichos intereses hubieran sido pagados a un residente del primer Estado (México). Desde luego, se tendrán que cumplir con los requisitos que establecen las disposiciones legales.

Una vez señalado lo anterior, no podemos perder de vista que de aplicarse el artículo 28, fracción XXVII de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente, que contiene las reglas de capitalización

¹⁹⁸ Ídem.

¹⁹⁹ Ver párrafo 91 de los Comentarios al artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE.

delgada o insuficiente en los términos en que se encuentra, es decir, solo sobre los intereses provenientes de las deudas otorgadas por partes relacionadas residentes en el extranjero, se otorgaría un trato discriminatorio contrario al citado Convenio Modelo de la OCDE.

Lo anterior, pues conforme a dichas reglas no serán deducibles los intereses provenientes de las deudas otorgadas por partes relacionadas residentes en el extranjero que excedan del triple de su capital contable, mientras que sí serán deducibles los intereses provenientes de las deudas otorgadas por partes relacionadas residentes en México aún y cuando excedan del triple de su capital contable, situación que contraviene el principio de no discriminación indirecta que hemos analizado.

Efectivamente, el rechazo de la deducción de los intereses provenientes de las deudas otorgadas por partes relacionadas residentes en el extranjero conforme al artículo 28, fracción XXVII de la Ley del Impuesto sobre la Renta, actualiza el supuesto de discriminación previsto en el cuarto párrafo del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE, ya que los intereses provenientes de deudas otorgadas por partes relacionadas residentes en México sí son deducibles aun y cuando excedan del triple de su capital contable.

Por lo anterior, es claro que las reglas de capitalización delgada o insuficiente contenidas en la legislación mexicana contravienen lo dispuesto por el cuarto párrafo del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE, pues no se permite la deducibilidad de los intereses provenientes de las deudas otorgadas por partes relacionadas cuando excedan del triple de su capital contable, en la medida de que dichas deudas sean otorgadas por partes relacionadas residentes en el extranjero.

No obsta para concluir lo anterior, el que el propio párrafo 4 del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE señale que “a menos que se apliquen las disposiciones del apartado 1 del artículo 9, del apartado 6 del artículo 11 o del apartado 4 del artículo 12 del Convenio Modelo de la OCDE”, ya que ello únicamente se refiere al reconocimiento de que las relaciones que se presentan entre empresas asociadas (partes relacionadas), deben de ser pactadas en condiciones que partes independientes hubieran acordado.

Así, la aplicación del apartado 1 del artículo 9, del apartado 6 del artículo 11 o del apartado 4 del artículo 12 del Convenio Modelo de la OCDE no se ve restringida por lo dispuesto en el artículo 24, numeral 4 del mismo Convenio Modelo, sino que en todo caso, los montos que sean pagados en exceso respecto de los pagos que realizarían partes independientes, podrían considerarse como no deducibles de la base gravable de la empresa que efectúa el pago, sin que ello se considere que contraviene lo dispuesto en el principio de no discriminación indirecta que se analiza.

Por tanto, si en nuestro País no se limita la deducción de los intereses provenientes de las deudas otorgadas por partes relacionadas residentes en México aún y cuando excedan del triple de su capital contable, lo cual puede apreciarse del sólo análisis que se haga al artículo 28, fracción XXVII de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente y de lo resuelto por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, deviene ilegal que se limite su deducción por el sólo hecho de que la deuda sea contratada con partes relacionadas residentes en el extranjero.

En este sentido, es claro que el cuarto párrafo del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE o su correlativo en los Tratados celebrados por México para evitar la Doble Tributación debe de prevalecer por encima de lo dispuesto por el artículo 28, fracción XXVII de la Ley del Impuesto

sobre la Renta vigente y, en consecuencia, se debe de permitir la deducibilidad de los intereses provenientes de las deudas otorgadas por partes relacionadas residentes en el extranjero aún y cuando excedan del triple de su capital contable.

No se deja de advertir, que pareciera que puede existir cierta razonabilidad o justificación en lo que ya ha reconocido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es decir, que cuando se trata de residentes en un mismo Estado, la deducción por la prestamista de los intereses a su cargo, tiene su contrapartida en el ingreso que el prestatario percibe de los intereses y que considera como acumulable para efectos del impuesto sobre la renta; sin embargo, en opinión del autor ello no justifica la violación al principio de no discriminación.

Si bien, la práctica de establecer restricciones a la deducibilidad de pagos realizados por residentes en operaciones celebradas con no residentes ha sido justificada como una medida para evitar la erosión de la base del residente y por las dificultades que se presentan para verificar la realidad y composición de tales gastos cuando la operación se ha realizado y cuantificado en el extranjero; esta justificación ha ido perdiendo fuerza hoy en día con los distintos convenios que establecen el intercambio de información, así como con los convenios de asistencia administrativa mutua entre Estados para verificar tales cuestiones.

Por todo lo expuesto, es claro que las reglas de capitalización delgada o insuficiente contenidas en la legislación mexicana contravienen lo dispuesto por el cuarto párrafo del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE, pues no se permite la deducibilidad de los intereses provenientes de las deudas otorgadas por partes relacionadas cuando excedan del triple de su capital contable, en la medida de que dichas deudas sean otorgadas por partes relacionadas residentes en el extranjero.

5.4. Criterios en Derecho Comparado.

A continuación, se mencionarán algunos asuntos a nivel internacional en los que se ha planteado que las reglas de capitalización delgada o insuficiente que resultan aplicables sólo a las deudas otorgadas por partes relacionadas residentes en el extranjero contravienen el principio de no discriminación contenido en los tratados o, en su caso, las directrices contenidas en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y, que sirven de apoyo para concluir que las reglas de capitalización delgada o insuficiente contenidas en la legislación mexicana contravienen lo dispuesto por el cuarto párrafo del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE.

5.4.1. Lankhorst-Hohorst Case C-324/00.

a) Antecedentes y legislación:²⁰⁰ Lankhorst-Hohorst GmbH es una sociedad constituida y domiciliada en Alemania que tiene por objeto la venta de accesorios para embarcaciones, artículos para deportes náuticos, material de ocio y de bricolaje, ropa de tiempo libre y de trabajo, objetos para decoración, así como artículos de ferretería y similares. El único accionista de dicha sociedad lo es la sociedad Lankhorst-Hohorst BV, cuyo único accionista era la sociedad Lankhorst Taselaar BV, ambas con domicilio social en Holanda.

²⁰⁰ Lankhorst-Hohorst GmbH contra Finanzazamt Steinfurt, sentencia de la Quinta Sala del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del 12 de Diciembre de 2002 (C-324/00).

En virtud de un contrato de fecha 1º de diciembre de 1996, la sociedad Lankhorst Taselaar BV otorgó un préstamo a la sociedad Lankhorst-Hohorst GmbH, reembolsable en diez años, en distintas anualidades a partir del 1º de octubre de 1998, a una tasa de interés variable y cuyos intereses se devengaban y pagaban a finales de cada año. Dicho contrato de préstamo iba acompañado de una declaración por la que Lankhorst Taselaar BV renunciaría al reembolso del préstamo si Lankhorst-Hohorst GmbH fuera demandada por terceros acreedores.

Las liquidaciones del impuesto sobre sociedades correspondientes a los ejercicios 1997 y 1998, fueron inspeccionadas por la administración tributaria alemana (Finanzamt Steinfurt), quién consideró que los intereses pagados a Lankhorst Taselaar BV eran equiparables a una distribución de dividendos encubiertos en aplicación de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (Körperschaftsteuergesetz) y, en consecuencia los sometió a gravamen como tales, a cargo de Lankhorst-Hohorst GmbH a la tasa del 30 %, ya que a su juicio, por su excesivo endeudamiento y su incapacidad para ofrecer garantías, no habría podido obtener de un tercero un préstamo similar.

Lankhorst-Hohorst GmbH alegó que la concesión del préstamo por su parte relacionada Lankhorst Taselaar BV constituyó un intento de salvamento y que el pago de los intereses a ésta no podía ser calificado como dividendo y, que, en todo caso, la disposición aplicada por la autoridad alemana resultaba discriminatoria, ya que existía un trato preferente a socios alemanes frente a sus socios que estaban domiciliados en los Países Bajos, y que, por consiguiente, resultaba contrario al Derecho comunitario, en particular a la libertad de establecimiento.

Por su parte, la autoridad alemana sostuvo que la Ley del Impuesto sobre Sociedades no es contraria al principio comunitario de no discriminación, basándose en que muchos países han adoptado

disposiciones con un objetivo similar, en especial para luchar contra los abusos, además de que dichas normas no constituyen una discriminación encubierta basada en la nacionalidad, ya que las disposiciones, referentes a la exención del impuesto sobre sociedades, excluyen también a varias categorías de contribuyentes alemanes.

Asimismo, el Gobierno alemán sostuvo que la disposición nacional controvertida de la Ley del Impuesto sobre Sociedades está destinada a luchar contra la evasión fiscal a la que conduciría la utilización del mecanismo denominado de la subcapitalización o de la capitalización encubierta, además de que, en igualdad de circunstancias, sería fiscalmente más ventajoso financiar una filial mediante un préstamo que a través de aportaciones de capital, ya que los beneficios de la filial se transfieren a la sociedad matriz en forma de intereses deducibles.

En estas circunstancias, se suspendió el procedimiento y se planteó al Tribunal de Justicia si el principio de la libertad de establecimiento contenido en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea con que gozan los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, debe de ser interpretado en el sentido de que se opone a la aplicación de la norma contenida en la Ley del Impuesto sobre Sociedades que considera los intereses pagados equiparables a una distribución de dividendos.

a) Resolución del Tribunal de Justicia:²⁰¹ Al dar contestación a dicho cuestionamiento, el Tribunal estableció que la diferencia de trato entre filiales residentes en función del domicilio de su sociedad matriz constituye un obstáculo a la libertad de establecimiento, en principio prohibido por

²⁰¹ *Ibíd.*

el artículo 43 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y que la disposición fiscal controvertida hace menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento por parte de sociedades domiciliadas en otros Estados miembros.

Por lo que se refiere a la justificación basada en el riesgo de evasión fiscal, señala el Tribunal que la disposición impugnada no tiene por objeto específico excluir de una ventaja fiscal los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir el peso de la obligación fiscal, sino que contempla cualquier situación en la que la sociedad matriz tenga, su domicilio fuera de la República Federal de Alemania y que, dicha situación no implica, en sí, un riesgo de evasión fiscal, ya que la sociedad en cuestión estará sujeta a la legislación fiscal del Estado de su establecimiento.

Adicionalmente, concluye que no se demostró la existencia de ningún abuso en este caso, ya que el préstamo se realizó efectivamente para reducir, en favor de Lankhorst-Hohorst GmbH, la carga del importe de los intereses derivados de su crédito bancario, por lo que, la libertad de establecimiento contenida en el artículo 43 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición como la contenida en Ley del Impuesto sobre Sociedades que considera los intereses pagados equiparables a una distribución de dividendos.

No se deja de advertir que en el caso que nos ocupa, se analizó la libertad de establecimiento del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y no el principio de no discriminación contenido en el cuarto párrafo del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE; sin embargo, para efectos del análisis del presente trabajo, resulta importante mencionar que en dicha resolución se concluye que no se justifica el trato que se otorga para la deducción de los intereses en función de la residencia de quien otorgó el préstamo.

5.4.2. Thin Cap Group Case C-524/04.

a) Antecedentes y legislación:²⁰² En el caso se buscó la interpretación de los artículos 43, 49 y 56 a 58 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea derivado del litigio que se presentó entre un grupo de sociedades y la Administración Tributaria del Reino Unido (*Commissioners of Inland Revenue*), en relación con el tratamiento fiscal de los intereses pagados por sociedades residentes en el Reino Unido por un préstamo financiero concedido por una sociedad perteneciente al mismo Grupo que no era residente en ese mismo Estado.

La Ley relativa a los impuestos sobre la renta y sobre sociedades del Reino Unido de 1988 (*Income and Corporation Taxes Act - ICTA*), establecía que los intereses que fuesen pagados por un residente en el Reino Unido derivado de un préstamo debían ser considerados como dividendo en la medida en que tales intereses correspondan a un importe superior a un rendimiento económico razonable de dicho préstamo. Esta norma aplicaba cuando el préstamo lo otorgaba un residente en el Reino Unido como cuando lo otorgaba un no residente.

Asimismo, la Ley relativa a los impuestos sobre la renta y sobre sociedades del Reino Unido estableció que en el caso señalado en el párrafo anterior, los intereses que superaban el rendimiento económico razonable, que estaban siendo pagados, no resultaban deducibles de la base del impuesto sobre sociedades sino que al considerarse dicho monto como dividendo, quién había otorgado el préstamo se encontraba obligado al pago del impuesto sobre sociedades de conformidad con la Ley.

²⁰² Thin Cap Group Litigation contra Commissioners of Inland Revenue, sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del 13 de Marzo de 2007 (C-524/04).

Adicionalmente, la Ley calificaba como dividendo cualquier otro interés que una sociedad residente en el Reino Unido paga a una sociedad no residente, perteneciente al mismo grupo de sociedades, aun cuando dichos intereses correspondan a un rendimiento económico razonable del préstamo de que se trata. Esta norma se aplicaba a los préstamos concedidos por una sociedad no residente a una subsidiaria de la que posee el 75 % del capital o cuando las dos sociedades son subsidiarias al 75 % de una tercera sociedad no residente.²⁰³

A partir de 1995, la regla que calificaba como dividendo a los intereses pagados entre sociedades de un mismo grupo en cuanto excedan de lo que se habría pagado de no existir relaciones especiales y que resultaba aplicable a los préstamos concedidos por una sociedad a otra de la que posee el 75 % del capital o cuando las dos sociedades son subsidiarias al 75 % de una tercera sociedad fue modificada y, se estableció que dicha regla no se aplica cuando el deudor de los intereses y el beneficiario están sujetos, ambos, al impuesto sobre sociedades en el Reino Unido.

Lo anterior, generó que diversas empresas interpusieran reclamaciones de restitución y/o compensación relativas a las desventajas fiscales que se habían producido por haberles aplicado la legislación del Reino Unido, entre ellas, en concreto, el exceso de impuesto sobre sociedades pagado a raíz de que la Administración Tributaria del Reino Unido no admitió, como deducción, los intereses pagados y/o limitó tal deducción, así como el exceso de impuesto pagado derivado de la caracterización como dividendos, de los capitales tomados a préstamo.

²⁰³ Las disposiciones antes señaladas no se aplicaban si un convenio para evitar la doble imposición excluía su aplicación garantizando que, bajo determinadas condiciones, los intereses puedan deducirse a efectos fiscales, es decir, que el importe de los intereses corresponde al que se habría acordado en caso de no existir relaciones especiales entre las partes o entre las partes y una tercera persona.

En estas circunstancias, se suspendieron los procedimientos y se planteó al Tribunal de Justicia diversas interrogantes, entre ellas, si resultaba contrario a las directrices de la Comunidad Europea que un Estado mantuviese vigentes y aplique disposiciones que imponen restricciones a una sociedad residente en dicho Estado que obtiene un préstamo, de poder deducir fiscalmente los intereses cuando el préstamo es otorgado directa o indirectamente por una parte relacionada residente en otro Estado, siendo que la sociedad que recibe el préstamo no quedaría sujeta a tales restricciones si la parte relacionada hubiera sido residente en el mismo Estado.²⁰⁴

b) Resolución del Tribunal de Justicia:²⁰⁵ Al dar contestación al cuestionamiento, el Tribunal estableció que, la diferencia de trato a la que están sujetas, en el marco de una legislación como la controvertida, las filiales de sociedades matrices no residentes con relación a las filiales de sociedades matrices residentes, puede restringir la libertad de establecimiento aun cuando, en el ámbito tributario, la posición de un grupo de sociedades transnacional no sea comparable a la de un grupo de sociedades residentes todas en el mismo Estado miembro.

Continúa señalando que dentro de un grupo de sociedades, el riesgo de que la financiación de una filial se disponga de modo que se produzca una transferencia de utilidades hacia un Estado en el que están gravados por un impuesto inferior, no existe normalmente si todas las sociedades interesadas

²⁰⁴ Cabe mencionar que en el caso que nos ocupa se hicieron diversas interrogantes al Tribunal de Justicia; respecto a si había alguna diferencia en la residencia en que se encontraba localizada la parte relacionada que otorgaba el préstamo y se establecieron diversos supuestos, así como si existiría alguna diferencia si los préstamos constituyen un abuso de derecho o forman parte de un montaje artificial; sin embargo, atendiendo al tema que se plantea en el presente trabajo y que el caso solo se utiliza para soportar las conclusiones, solo nos avocaremos al análisis de la interrogante que quedó plenamente descrita.

²⁰⁵ Thin Cap Group Litigation contra Commissioners of Inland Revenue, sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del 13 de Marzo de 2007 (C-524/04).

están sujetas, en un mismo Estado, al mismo tipo impositivo. Sin embargo, ello no excluye que las normas adoptadas por un Estado frente a grupos transnacionales puedan constituir, en algunos casos, una restricción a la libertad de establecimiento.

Por otro lado, señaló el Tribunal en su resolución que una diferencia de trato entre sociedades filiales residentes, en función del lugar donde tiene su domicilio su parte relacionada, constituye una restricción a la libertad de establecimiento, puesto que hace menos atractivo el ejercicio de dicha libertad por parte de sociedades domiciliadas en otros Estados, las cuales, en consecuencia, podrían renunciar a la adquisición, la creación o el mantenimiento de una filial en el Estado que adopte dicha disposición.

Por lo anterior, concluye el Tribunal de Justicia que, contrariamente a lo que sostuvo el Gobierno del Reino Unido, para considerar que tal legislación constituye una restricción a la libertad de establecimiento, basta con que pueda restringir el ejercicio de dicha libertad en un Estado miembro por parte de sociedades establecidas en otro Estado miembro, sin que sea necesario demostrar que la legislación de que se trata condujo efectivamente a algunas de dichas sociedades a renunciar a la adquisición, la creación o el mantenimiento de una filial en el primer Estado miembro.

Adicionalmente señala que, aun suponiendo que una ventaja fiscal concedida en el Estado de residencia de la sociedad prestamista pueda neutralizar la carga fiscal que se deriva para la sociedad que recibe el préstamo de la aplicación de la legislación de su Estado de residencia, no se demostró que, en virtud de la aplicación de la legislación vigente en el Reino Unido, cualquier ajuste al alza de la carga tributaria de la sociedad al caracterizar los intereses pagados como dividendos, se neutraliza por la concesión de una ventaja fiscal a quien recibe el pago en su Estado.

Con base en todo lo anterior, concluyó el Tribunal de Justicia que, la diferencia de trato a la que están sujetas las sociedades que reciben el préstamo, en el marco de las disposiciones nacionales del Reino Unido relativas a la subcapitalización o capitalización delgada, en función del lugar del domicilio de la sociedad que otorga el préstamo, constituye una restricción a la libertad de establecimiento y, que dicha restricción no puede justificarse y, por tanto, surge la necesidad de garantizar la coherencia del sistema fiscal.

No obstante ello, el Tribunal de Justicia reconoce como excepción si, con base en elementos objetivos y verificables se permite identificar la existencia de un montaje con fines exclusivamente fiscales, al establecer la posibilidad de que el contribuyente pueda presentar, elementos relativos a los motivos comerciales subyacentes a la operación y, si demostrada la existencia de tal montaje, la referida legislación sólo califica dichos intereses como dividendos en la medida en que superen lo que se habría acordado en condiciones de libre competencia.

5.4.3. Swedwood Tikhvin A56-19578/2006.

a) Antecedentes y legislación:²⁰⁶ Durante los ejercicios de 2002 a 2005 una sociedad rusa (Swedwood Tikhvin LLC) consideró como deducibles para efectos del impuesto los intereses que pagó a su parte relacionada, una sociedad residente para efectos fiscales en Holanda; sin embargo, bajo las reglas de capitalización delgada o insuficiente contenidas en la legislación rusa, dichos

²⁰⁶ Swedwood Tikhvin LLC contra Inter-regional Tax Inspectorate NO. 6 of Leningrad Region, sentencia de la Corte Federal de Arbitraje del Distrito Noroeste en Rusia del 9 de Abril de 2007 (A56-19578/2006).

intereses no calificaban como una deducción autorizada, ya que los activos netos de la sociedad rusa tenían un balance negativo durante dicho periodo.

Las autoridades rusas tomaron el criterio de que, los intereses que habían sido pagados por la subsidiaria a rusa (Swedwood Tikhvin LLC) a su casa matriz residente en Holanda durante los ejercicios de 2002 a 2005 resultaban no deducibles de la base del impuesto conforme a las reglas de capitalización delgada o insuficiente y, que en su lugar, dichos pagos debían ser considerados como dividendos distribuidos que resultaban gravados en función de la fuente, por lo que, se debió de haber efectuado la retención del impuesto al realizar su pago.

La sociedad rusa (Swedwood Tikhvin LLC) argumentó que las reglas de capitalización delgada o insuficiente contenidas en la legislación rusa, no resultaban compatibles con el artículo 25(3) del Convenio para evitar la Doble Tributación celebrado entre Rusia y el Reino de los Países Bajos (Holanda) que contiene la cláusula de no discriminación indirecta similar al cuarto párrafo del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE, ya que dichas reglas no resultan aplicables a los intereses que provienen de préstamos obtenidos de sociedades residentes en Rusia.

Derivado de ello, las interrogantes que fueron planteadas a la Corte fueron si el ingreso que era considerado como intereses en términos del Convenio para evitar la Doble Tributación celebrado entre Rusia y el Reino de los Países Bajos podía ser re-caracterizado como un dividendo; si la cláusula de no discriminación indirecta impedía la aplicación de las reglas de capitalización delgada o insuficiente y, finalmente, si conforme al protocolo, el préstamo se encontraba celebrado como lo hubieran celebrado partes independientes, las reglas de capitalización delgada o insuficiente no resultaban aplicables.

b) Resolución del Tribunal:²⁰⁷ La Corte Federal de Arbitraje del Distrito Noroeste en Rusia sin hacer mucho análisis, resolvió el asunto en favor de Swedwood Tikhvin LLC, ya que en términos generales solo estableció que los Tratados para Evitar la Doble Tributación no impiden que los intereses que no se encuentran pactados como partes independientes sean re-clasificados como dividendos bajo la legislación doméstica; sin embargo, especificó que bajo las reglas del proceso la carga de la prueba en caso de controversia recae en la autoridad fiscal.

En relación con el segundo planteamiento del contribuyente, es decir, respecto si la cláusula de no discriminación indirecta del Convenio para evitar la Doble Tributación celebrado entre Rusia y el Reino de los Países Bajos impedía la aplicación de las reglas de capitalización delgada o insuficiente, la Corte Federal no hizo un análisis profundo; sino solo señaló que las autoridades fiscales no lograron acreditar que el préstamo hubiera sido otorgado para obtener un beneficio fiscal indebido o que dicho préstamo no lo hubiera otorgado conforme partes independientes lo hubieran otorgado.

5.5. Propuesta de Modificación a las Disposiciones Legales

En Capítulos anteriores, ya ha sido mencionado que es en el aspecto internacional que adquiere importancia el regular el otorgamiento de préstamos entre partes relacionadas, es decir, cuando acreedor y deudor residen en países distintos, ya que el grupo de empresas podrá, sin ser éste el motivo principal del otorgamiento de préstamos, buscar reducir su tributación al trasladar beneficios

²⁰⁷ *Ibíd.*

de una empresa residente en un Estado a otra residente en otro Estado cuya tributación sea más baja, lo que ocasiona un perjuicio recaudatorio a los Países.

Lo anterior, incluso ha sido reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que cuando se trata de residentes en un mismo Estado, la deducción por la prestamista de los intereses a su cargo, tiene su contrapartida en el ingreso que el prestatario percibe de los intereses y que considera como acumulable para efectos del impuesto sobre la renta; por lo que, no se ocasiona un perjuicio recaudatorio en el País; sin embargo, en opinión del autor ello resulta violatorio del principio de no discriminación.

En efecto, las reglas de capitalización delgada o insuficiente contenidas en la legislación mexicana contravienen lo dispuesto por el cuarto párrafo del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE, pues no se permite la deducibilidad de los intereses provenientes de las deudas otorgadas por partes relacionadas cuando excedan del triple de su capital contable, en la medida de que dichas deudas sean otorgadas por partes relacionadas residentes en el extranjero, situación que incluso es reconocida por los propios Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE.²⁰⁸

Ahora bien, no podemos pasar desapercibido que puede existir cierta razonabilidad o justificación en lo señalado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en los antecedentes legislativos, en el sentido de que, cuando se trata de residentes en un mismo Estado no se ocasiona un perjuicio recaudatorio al País y que las reglas de capitalización delgada o insuficiente buscan evitar la erosión

²⁰⁸ Ver párrafo 73 de los Comentarios al artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE.

de la base; sin embargo, no podemos desconocer que esta justificación al día de hoy no puede continuar teniendo sustento.

Lo anterior, toda vez que hoy en día existen distintos convenios que establecen el intercambio de información, así como convenios de asistencia administrativa mutua entre Estados para verificar tales cuestiones. En particular, nuestro País ha firmado tratados fiscales con todos sus principales socios comerciales y, al día de hoy, cuenta con más de 55 Tratados para Evitar la Doble Tributación, más de 10 acuerdos de intercambio de información fiscal, entre ellos, la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal realizada en Estrasburgo el 25 de enero de 1998.

Incluso, recordemos que la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal expresamente establece en su artículo 2, que la asistencia administrativa incluirá el intercambio de información que contempla las auditorías fiscales simultáneas y participación en auditorías llevadas a cabo en el extranjero, la asistencia en el cobro de impuestos que incluye el establecimiento de medidas cautelares, así como la notificación y traslado de documentos, lo que evidencia que la justificación para las reglas de capitalización delgada o insuficiente no puede continuar teniendo sustento.

Con base en lo anterior, es que se considera necesario modificar el artículo 28, fracción XXVII de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente a fin de respetar el principio de no discriminación contenido en el cuarto párrafo del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE. Ello, ya que al limitar la deducción de los intereses provenientes de las deudas otorgadas por partes relacionadas

residentes en el extranjero, se otorga un trato discriminatorio al residente en el extranjero en función de su residencia.

En un primer análisis, pareciera que la solución pudiera ser que también se incluyesen en el cálculo y la restricción de la deducción de los intereses aquellos capitales tomados en préstamo de las partes relacionadas que son residentes del mismo Estado y, con ello ya no se estaría otorgando un trato discriminatorio en función de la residencia de quien recibe el interés; sin embargo, se considera que dicha solución solamente implicaría un retroceso para las reglas de capitalización delgada o insuficiente que actualmente se encuentran en vigor, ya que regresaríamos a las reglas que estuvieron vigentes en 2005.

Otra alternativa pudiera ser modificar el artículo 28, fracción XXVII de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente a fin de eliminar las reglas de capitalización delgada o insuficiente; sin embargo, en opinión del autor dicha solución tampoco sería viable ya que se estaría perdiendo de vista el objeto de las mismas reglas, que consiste en que no se ocasione un perjuicio recaudatorio al País al buscar evitar la erosión de la base de manera artificiosa, además de que ello también pudiera implicar un retroceso en nuestra legislación ya que regresaríamos más de 10 años, en donde no existían estas reglas..

En opinión del autor existe un punto intermedio entre ambas posturas, mismo que puede dar lugar a que no se de una violación al principio de no discriminación indirecta y, a su vez, que se proteja el que no se genere un perjuicio al País evitando la erosión de la base del impuesto sobre la renta. Ello, pudiera darse si se autoriza también a excluir de la proporción del 3:1 a aquellas deudas que se adquieran con partes relacionadas residentes en el extranjero, en la medida en que la operación se

realice a valores de mercado y que exista un tratado para evitar la doble tributación o de intercambio de información entre los Países.

Lo anterior, daría oportunidad a que se respete el principio de no discriminación indirecta y, a su vez, que se proteja al País evitando la erosión de la base del impuesto sobre la renta, sin dejar de advertir que, habría que establecer reglas claras a través de las cuales las autoridades fiscales pudieran demostrar que el préstamo obtenido por la subsidiaria Mexicana únicamente fue con fines artificiosos y con la finalidad de erosionar la base, a fin de que en dichos casos, sí resulten aplicables las reglas de capitalización delgada, lo que además se encuentra en línea con lo que ha reconocido la OCDE.

Así, se propone que en el artículo 28, fracción XXVII de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente se incluyese un párrafo en donde se señalase que tampoco se deben incluir *“las deudas que devengan intereses a cargo del contribuyente para el cálculo del monto en exceso de ellas al triple de su capital contable, las contraídas con sus partes relacionadas en la medida en que las deudas contraídas se encuentren conforme lo hubieran pactado partes independientes y, a su vez, quien recibe el pago de intereses sea residente de un Estado en que nuestro País haya celebrado un tratado para evitar la doble tributación o de intercambio de información”*

De igual forma y como contrapeso a lo anterior, se debe de permitir a las autoridades fiscales que sobre bases razonables y objetivas puedan demostrar que la operación de financiamiento entre partes relacionadas tuvo fines artificiosos y que la misma se realizó con la única finalidad de erosionar la base del impuesto sobre la renta, a fin de poder aplicar las reglas de capitalización

delgada o insuficiente. Ello, considerando sobre todo que la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente presume la actuación de los contribuyentes realizada de buena fe.²⁰⁹

Inclusive, la misma Ley Federal de los Derechos del Contribuyente de manera expresa establece que corresponde a la autoridad fiscal acreditar que concurren las circunstancias y agravantes necesarias para la comisión de las infracciones tributarias, por lo que, se considera necesario el establecer, en la legislación, bases razonables y objetivas para que la autoridad fiscal pueda, sin arbitrariedades, aplicar las reglas de capitalización delgada o insuficiente, situación que se ve reforzada con los criterios de derecho comparado antes mencionados.

Al respecto, no podemos perder de vista que existen distintos factores que permitirían demostrar la intención de la operación de financiamiento, y que tendría que demostrar la autoridad, como lo es, el que la operación se encuentra sobre bases en que partes independientes no la hubieran realizado, si existe por escrito una promesa incondicional de pago con ciertas características, si los intereses están condicionados a la obtención de utilidades o que su monto se fije con base en las utilidades, en función del riesgo que se está corriendo, si existen garantías otorgadas, entre otras.

Tan lo anterior pudiera ser viable, que la misma Ley del Impuesto sobre la Renta vigente establece distintos supuestos en los que los intereses que se deriven de créditos otorgados a personas morales o a establecimientos permanentes en el país de residentes en el extranjero, por personas residentes

²⁰⁹ Ver artículo 21 de la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente.

en México o en el extranjero, que sean partes relacionadas de la persona que paga el crédito, se considerarán para efectos de la Ley, como dividendos.²¹⁰

Adicionalmente, apoya la propuesta anterior el que nuestro País ha celebrado diversos Tratados para Evitar la Doble Tributación y de intercambio de información fiscal, incluyendo la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal realizada en Estrasburgo, ya que deviene incongruente el que las autoridades tienen mayores herramientas para realizar sus actos de fiscalización, incluyendo a nivel internacional, mientras que las reglas restrinjan aún más los derechos de los contribuyentes, siendo que debiera de ser lo contrario a la luz del entorno económico globalizado en que se vive.

²¹⁰ Ver artículo 11 de la Ley del Impuestos sobre la Renta vigente.

CONCLUSIONES

1. Si bien, la práctica de establecer restricciones a la deducibilidad de pagos realizados por residente en operaciones celebradas con no residentes ha sido justificada como una medida para evitar la erosión de la base del residente y por las dificultades que se presentan para verificar la realidad y composición de tales gastos cuando la operación se ha realizado y cuantificado en el extranjero; esta justificación ha ido perdiendo fuerza hoy en día con los distintos convenios que establecen el intercambio de información, así como con los convenios de asistencia administrativa mutua entre estados para verificar tales cuestiones.

2. Por todo lo expuesto a lo largo del presente trabajo, en opinión del autor es claro que las reglas de capitalización delgada o insuficiente contenidas en la legislación mexicana en los términos que se encuentran, contravienen lo dispuesto por el cuarto párrafo del artículo 24 del Convenio Modelo de la OCDE, pues no se permite la deducibilidad de los intereses provenientes de las deudas otorgadas por partes relacionadas cuando excedan del triple de su capital contable, en la medida de que dichas deudas sean otorgadas por partes relacionadas residentes en el extranjero.

3. No se desconoce, que existe cierta razonabilidad o justificación en lo señalado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en los antecedentes legislativos que dieron origen a las reglas de capitalización delgada o insuficiente, en el sentido de que cuando se trata de residentes en un mismo Estado no se ocasiona un perjuicio recaudatorio al País y que a través de estas reglas se busca evitar la erosión de la base; sin embargo, no podemos desconocer que esta justificación al día de hoy no puede continuar teniendo sustento, con los distintos convenios que establecen el intercambio de

información, así como con los convenios de asistencia administrativa mutua entre estados para verificar tales cuestiones.

4. En opinión del autor existe la posibilidad de dar lugar a que no se dé una violación al principio de no discriminación indirecta y, a su vez, que se continúe protegiendo el que no se genere un perjuicio al País evitando la erosión de la base del impuesto sobre la renta. Lo anterior, pudiera darse si se autoriza también a excluir de la proporción del 3:1 a aquellas deudas que se adquieran con partes relacionadas residentes en el extranjero, en la medida en que la operación se realice a valores de mercado y que exista un tratado para evitar la doble tributación o de intercambio de información entre los Países.

5. De igual forma y como contrapeso a lo anterior, se debe de permitir a las autoridades fiscales que sobre bases razonables y objetivas puedan demostrar que la operación de financiamiento entre partes relacionadas tuvo fines artificiosos y que la misma se realizó con la única finalidad de erosionar la base del impuesto sobre la renta, a fin de poder aplicar las reglas de capitalización delgada o insuficiente. Ello, considerando sobre todo que la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente presume la actuación de los contribuyentes realizada de buena fe.

BIBLIOGRAFÍA

Obras y artículos consultados

ARNOLD J. Brian, “*The Canadian International Tax System: Review and Reform*”, Canadian Tax Journal, 1995, Vol. 43, No. 5, Págs. 1792 - 1818.

BECERRA, Juan Ángel, “*Interpretation and Application of Tax Treaties in North America*”, IBFD, Amsterdam, 2007. Pág. 47.

BILBAO UBILLOS, Juan María, “*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

BLANLUET, Gauthier, “Thin capitalization and non-discrimination”, European Taxation, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 1991, Vol. 31, No. 1/2, Págs. 56-59.

BROCKE, Klaus von y Otro. “*Group Financing: From Thin Capitalization to Interest Deduction Limitation Rules*”, International Transfer Pricing Journal, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 2009, Vol. 16, No. 1; Págs. 29-35.

BRUNS, Silke, “*Taxation and Non-Discrimination: Clarification and Reconsideration by the OECD*”, Special issue of European Taxation: The 2008 OECD Model Tax Convention - an analysis of the changes, European Taxation, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 2008, Vol. 48, No. 9, Págs. 484-492.

CASTAÑEDA BERNAL, Manuel Ricardo, “*Intereses deducibles cuando se exceden reglas de capitalización delgada y existe tratado para evitar la doble tributación*”, Consultorio Fiscal, Revista Editada por la Facultad de Contaduría y Administración de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2008, Núm. 461, Págs. 65-71.

Comisión de Investigación Fiscal del Colegio de Contadores Públicos de México, “*Capitalización Insuficiente o Subcapitalización (1era Parte)*”, Boletín No. 228, 31 de diciembre de 2009, en www.ccpm.org.mx/avisos/boletin_diciembre_2009.pdf (acceso el 26 de Julio de 2016)

Comisión de Investigación Fiscal del Colegio de Contadores Públicos de México, “*Capitalización Insuficiente*”, Boletín No. 189, 30 de septiembre de 2006, en <http://www.ccpm.org.mx/avisos/boletines/boletinsep06.pdf> (acceso el 26 de Julio de 2016)

Comisión de Investigación Fiscal del Colegio de Contadores Públicos de México, “*Capitalización Insuficiente*”, Boletín No. 195, 31 de marzo de 2007, en <http://www.ccpm.org.mx/avisos/boletines/boletinmarzo2007.pdf> (acceso el 26 de Julio de 2016)

Comisión Fiscal Internacional del Colegio de Contadores Públicos de México, “*La No Discriminación Indirecta de gastos entre Controladoras Extranjeras y Controladas Mexicanas*”, Boletín No. 11, 03 de julio de 2006, en http://www.ccpm.org.mx/avisos/boletines/boletin_internacional11.pdf (acceso el 26 de Julio de 2016)

CÁMARA, Francisco de Sousa da y Otro. “*Thin Capitalization Rules*”, International Transfer Pricing Journal, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 2007, Vol. 14, No. 2, Págs. 119-123.

CERVANTES, Ricardo y Otro. “*Interest Deductibility Under Mexico's Thin Capitalization Rules*”, Tax Notes International, Arlington, 2007, Vol. 46, No. 6; Págs. 587-588.

CHATURVEDI, Vikas y Otros., “*The 2007 Leiden Alumni Seminar: Case Law on Treaty Interpretation*”, European Taxation, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 2007, Vol. 47, No. 12, Págs. 593-598.

CHECA GONZÁLEZ, Clemente, “*Limitación a la Deducción de Gastos Financieros Netos en el Impuesto sobre Sociedades*”, Abril, 2012, en

<http://portaljuridico.lexnova.es/articulo/JURIDICO/122980/limitacion-a-la-deducccion-de-gastos-financieros-netosen-el-impuesto-sobre-sociedades> (acceso el 26 de Julio de 2016)

CLIFFORD CHANCE, “*French Thin-Capitalization Rules*”, Client Briefing, March 2011, en. http://www.cliffordchance.com/publicationviews/publications/2011/03/french_thin-capitalizationrules.html (acceso el 26 de Julio de 2016)

CORDÓN EZQUERRO, Teodoro y Otro, “*La Subcapitalización: Tratamiento Jurídico-Tributario y su Compatibilidad con el Principio de No Discriminación*”, Manual de Fiscalidad Internacional, Instituto de Estudios Fiscales, 2ª Edición, Madrid, 2004, Págs. 495-532.

CORDÓN EZQUERRO, Teodoro y Otro. “*La Libertad de Movimiento de Factores Productivos en la Unión Europea. Los Principios de Libre Establecimiento y No Discriminación*”, Revista Euroamericana de Estudios Tributarios, número 5, Instituto Euroamericano de Estudios Tributarios y Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2000.

DE LA GUARDIA Ernesto y Otro, “*El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*”, La Ley, Buenos Aires, 1970.

DE MIGUEL, Raimundo, “*Nuevo diccionario latino-español etimológico*”, Segunda Edición, Madrid, 1968.

DÍAZ ALBONICO, Rodrigo, “*La Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados y los procedimientos técnicos de formación de las diversas categorías de normas, en Sociedad Chilena de Derecho Internacional*”, Estudios, Santiago de Chile, 1982.

Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, Vigésimo Segunda Edición (www.rae.es)

Digesto, Celso: Lib. 1, tít. III, Ley 24. Cabanellas, Guillermo, Repertorio Jurídico, Heliasta, Buenos Aires, 1976.

DOUVIER, Pierre Jean y Otro, “Thin Capitalization: Recent Guidance from Tax Authorities”, *International Transfer Pricing Journal*, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 2008, Vol. 15, No. 3; Págs. 136-140.

DUNNE, Joanne y Otro. “*Dealing With the Changes to the Thin Capitalisation Rules*”, *Business Valuation Australia*, Volúmen 1, Número 1, Julio 2014, 3er Cuarto, en http://www.minterellison.com/files/Uploads/Documents/Publications/Articles/Pub_A_20140718_Dealing_with_TCR_Dunne.pdf (acceso el 26 de Julio de 2016)

ENGELLEN, Franciscus Antonius, “*Interpretation of Tax Treaties under International Law, A study of Articles 31, 32 and 33 of the Viena Convention of the Law of Treaties and their application to tax treaties*”, IBFD, Volume 7, Doctoral Series, Amsterdam, December 2000.

ERNST & YOUNG, “*The Australian tax landscape: A guide for Japanese companies looking to invest in Australia*”, en [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/The_Australian_tax_landscape/\\$FILE/The_Aust_tax_landscape_JBS.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/The_Australian_tax_landscape/$FILE/The_Aust_tax_landscape_JBS.pdf) (acceso el 26 de Julio de 2016)

ERNST & YOUNG, “*Thin Capitalization Regimes in Selected Countries. Report Prepared for the Advisory Panel on Canada’s System of International Taxation*”, May 2008, en <http://www.apcsit-gccrca.ca/06/rr-re/RR6%20-%20Ernst%20&%20Young%20-%20en%20-%20final%20-%20090617.pdf> (acceso el 26 de Julio de 2016)

ERNST & YOUNG, “*Russian court rules on application of thin capitalization rules to a sister company loan*”, December 2013, en <http://www.ey.com/GL/en/Services/Tax/International-Tax/Alert--Russian-court-rules-on-application-of-thin-capitalization-rules-to-a-sister-company-loan> (acceso el 26 de Julio de 2016)

ESTEVE PARDO, María Luisa, “*Posibles respuestas del Derecho tributario al problema de la subcapitalización*”, XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributario, L. 3, Lisboa, 1998.

EZETA MACIAS, Sara Guadalupe, “*Capitalización Delgada*”, Nuevo Consultorio Fiscal, Revista Editada por la Facultad de Contaduría y Administración de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2006, Núm. 408, Págs. 74-77.

GONZÁLEZ GARCIA, Gabriela, “*Una Aproximación al Contenido de los Conceptos de Discriminación y Restricción en el Derecho Comunitario*”, Tesis doctoral que se realizó en el Departamento de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Complutense de Madrid y fue dirigida por los Doctores Pedro Herrera Molina y Amparo Grau Ruiz, profesores de la Universidad Complutense de Madrid. Instituto de Estudios Fiscales, Doc. No. 8/04 en http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2004_08.pdf (acceso el 26 de julio de 2016)

GOUTHIERE, Bruno, “*Thin Capitalization Rules and the Non-Discrimination Principle*”, European Taxation, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 2002, Vol. 42, No. 4, Págs. 159-163.

GRANT THORNTON, “*The not-so-thin “thin-capitalization” rules*”, Abril 2012, en http://www.grantthornton.ca/resources/insights/articles/New_thin-cap_rules_April18.pdf (acceso el 26 de Julio de 2016)

HALLIVIS PELAYO, Manuel, “*Interpretación de Tratados Internacionales Tributarios*”, Primera Edición, Editorial Porrúa, 2011.

HOYT, Christopher R., “*The New Debt-Equity Regulations Under The Internal Revenue Code*” en Missouri Law Review, 1981, Volume 46, Number 4, Págs. 764-796.

JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Eduardo, “*El Derecho Internacional Contemporáneo*”, Editorial Tecnos, Madrid, 1980.

JONES JONES, John Avery, “*The Interpretation of Tax Treaties with Particular Reference to Article 3(2) of the OCDE Model Convention*”, British Tax Review, 1984

KESSLER, Wolfgang y Otro. “*New German Thin Cap Rules — Too Thin The Cap*”, Tax Notes International, Volumen 47, Numero 3, Julio 16, 2007.

KNOBBE-KEUK, Brigitte, “*Developments in Thin Capitalization and Some Legal Obstacles to Legislation*”, European Taxation, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 1992, Vol. 32, No. 12, Págs. 405-408.

LANG, Michael, “*Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*”, Linde, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 2010, Págs. 142-146.

MANOSALVA AFANADOR, Lucio Enrique, “*Enquadramento fiscal de la subcapitalización de las empresas*”, XIX Jornadas Latino-Américas de Direito Tributario, L. 3, Lisboa, 1998.

MARTÍN JIMENEZ, Adolfo, “*El principio de no Discriminación en el artículo 24 del modelo convenio de la OCDE de 2008*”, Revista de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia, Numero 5, Octubre 2009, Págs. 229-260.

MARTÍN JIMENEZ, Adolfo y Otro, “*Artículo 24. La cláusula de la discriminación*”, *Comentarios a los Convenios para evitar la Doble Imposición y Prevenir la Evasión Fiscal Concluidos por España*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, Instituto de Estudios Económicos de Galicia, 2004, España.

MARTÍNEZ GENIQUE, Alberto, “*Discriminaciones Fiscales Internacionales*”. XX Semana de Estudios de Derecho Financiero, Instituto de Estudios Fiscales, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1973.

MATTEOTTI, René. *“Interpretation of Tax Treaties and Domestic General Anti-Avoidance Rules – A Sceptical Look at the 2003 Update to the OECD Commentary”*. Intertax, Volume 33, Issue 8/9. Kluwer Law International, 2005.

MCCREA, Marshall S., *“The “Thin Corporation” Problem”*, Southwestern Law Journal, Publicación conjunta de la Southwestern Methodist University School y la Southwestern Legal Foundation, 1958, Vol. XII, No. 3, Págs. 373-380.

MICHIELSE, Geerten M.M., *“Treaty Aspects of Thin Capitalization”*, International Bureau of Fiscal Documentation, Bulletin Vol. 51, no. 12, Amsterdam, 1997, Págs. 565-573.

MIRANDA PÉREZ, Armando, *“El Principio de no Discriminación Fiscal en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”*, Universidad Complutense de Madrid, 2003, Madrid.

MOYANO BONILLA, César, *“La interpretación de los tratados internacionales según la Convención de Viena de 1969”*, versión electrónica de la revista Integración Lationamericana, Octubre 1985.

NAIME HADDAD, Carlos Enrique y Otro., *“La Capitalización Insuficiente 2008”*, Boletín Técnico del Instituto Mexicano de Ejecutivos de Finanzas No. 11, 2008, en www.imef.org.mx/publicaciones/boletinestecnicosorig/BOL_11_08_CTN_EF.PDF (acceso el 26 de Julio de 2016)

OPPENHEIM-Lauterpacht, *“International Law”*, Longmans, Green and Co., 7a Ed., London, 1948.

PITA GRANDAL, Ana María y Otros, *“Una aportación sobre la naturaleza jurídica de la norma sobre subcapitalización en España”*, XIX Jornadas Latinoamericanas de Direito Tributario, L. 3, Lisboa, 1998.

PUIG, Juan Carlos, “*Derecho de la Comunidad Internacional*”, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1975.

REUTERS, Paul. “*Derecho Internacional Público*”, Barcelona. Casa Editorial Bosch. 1962.

RIZO RIVAS, José Mario, “*Capitalización Delgada. Thin Capitalization*”, Boletín Técnico de la Comisión Fiscal del Colegio de Contadores Públicos de Guadalajara Jalisco del Instituto Mexicano de Contadores Públicos, Octubre de 2006, Jalisco.

RODRIGUEZ CREO, Jorge David, “*La nueva regulación de los gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades. El Real Decreto-ley 12/2012*”, Revista Deloitte News, 64 Mayo 2012, en http://www.revistadeloitte.com/INC/abrir_pdf.asp?cod=1205/2012_64_a_057.pdf (acceso el 26 de Julio de 2016)

RUBIO GUERRERO, Juan José, “*Manual del Impuesto sobre Sociedades*”, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, España, 2003.

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Beatriz, “*La norma española de subcapitalización y su compatibilidad con la cláusula de no discriminación prevista en los convenios de doble imposición*”, Revista Deloitte News, 59 Diciembre 2011, en http://www.revistadeloitte.com/INC/abrir_pdf.asp?cod=1112/2011_59_a_045.pdf (acceso el 26 de Julio de 2016)

SANTA-BÁRBARA RÚPEREZ, Jesús, “*La No Discriminación Fiscal*”, Edersa, 2001, Madrid.

Sociedad Americana de Derecho Internacional, International Legal Materials, Current Documents, Vol. III, Núm. 4, (Julio de 1964).

TING, Antony, “*Thin Capitalisation: Issues on the “Gearing Ratio”*”, Journal of Australian Taxation, 2004, No. 7 (1).

URQUIDEZ TORRES, Edgar, “La no Discriminación Tributaria Dentro del Principio de Equidad”, Tesis que se presentó para obtener el grado de Maestro en derecho Fiscal en la Universidad Panamericana.

VALLE SOLIS, Martha, “*Capitalización Delgada (Thin Capitalization)*”, Nuevo Consultorio Fiscal, Revista Editada por la Facultad de Contaduría y Administración de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2004, Núm. 367, Págs. 43-50.

VAN RAAD, Kees, “*Nondiscrimination in International Tax Law*”, Kluwer Law International, 1986, the Netherlands, Págs. 173-199.

VAN RAAD, Kees, “*Issues in the Application of Tax Treaty Non-Discrimination Clauses*”, International Bureau of Fiscal Documentation Bulletin, Netherlands, 1988, Vol. 42, No. 8/9, Págs. 347-351.

VEGA BORREGO, Félix Alberto, “*La Norma Tributaria en Materia de Subcapitalización: Incidencia de los Convenios de Doble Imposición y del Derecho Comunitario*”, Crónica Tributaria Num 104/2002, España, 2002, Págs. 89-125.

VERDROSS, Alfred. “*Derecho Internacional Público*”. 6ª Ed., Traducción Antonio Truyol y Serra, Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid. 1978.

VOGEL, Klaus. “*On Double Taxation Conventions*”. Kluwer Law International. Third Edition, The Netherland, 1999.

WALTER Rudolf, “*Posibilidades de la redacción de un texto de los tratados internacionales en distintas lenguas*”, en R.E.D.I., Vol. XXX, Núm. 2-3, Madrid, 1977.

WEBBER, Stuart, “*Thin Capitalization and Interest Deduction Rules: A Worldwide Survey*”, Tax Notes International, Volumen 60, Número 9, Noviembre 29, 2010.

WINSTON & STRAWN, “*French Thin-Capitalization Rules Likely to Change*”, November 2005, en <http://winston.com/siteFiles/publications/Frenchthin-capitalizationruleslikelytochange10-2005.pdf> (acceso el 26 de Julio de 2016)

Legislación y documentación oficial.

Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing (http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/plan-de-accion-contra-la-erosion-de-la-base-imponible-y-el-traslado-de-beneficios_9789264207813-es#page1) (acceso el 26 de Julio de 2016)

Addressing Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing (http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/abordando-la-erosion-de-la-base-imponible-y-la-deslocalizacion-de-beneficios_9789264201224-es#page1) (acceso el 26 de Julio de 2016)

Acuerdo entre el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América y la Secretaria de Hacienda y Crédito Público de los Estados Unidos Mexicanos para mejorar el cumplimiento internacional de impuestos incluyendo los pertinentes a FATCA (*Foreign Accounts Tax Compliance Act*).

Acuerdo Multilateral de Autoridad Competente (MCAA), también denominado CRS (*Common Reporting Standard*).

Amparo Directo en Revisión 1434/2006. Quejoso: Electrónica Clarión, S.A. de C.V., Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión del 17 de enero de 2007.

Amparo Directo en Revisión 2424/2012. Quejoso: SC Johnson and Son, S.A. de C.V., Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión del 19 de marzo de 2014.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969.

Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la Doble Tributación entre Países Desarrollados y Países en Desarrollo, por el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Organización de las Naciones Unidas, Revisión de 2011.

Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal realizada en Estrasburgo el 25 de enero de 1998, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto de 2012, actualizada por el Protocolo que la Modifica publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto de 2012.

Decreto Legislativo por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones fiscales, expedido el 17 de noviembre de 2005 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de diciembre del mismo año.

Decreto Legislativo por el que se reforman, adicionan, derogan y establecen diversas disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta y de la Ley del Impuesto al Activo y establece los Subsidios para el Empleo y para la Nivelación del Ingreso, expedido el 13 de noviembre de 2004 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1º de diciembre del mismo año.

Decreto por el que se otorgan diversos beneficios fiscales a los contribuyentes que se mencionan, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de Octubre de 2005.

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Fiscal de la Federación; de las leyes de los Impuestos sobre la Renta, al Activo y Especial sobre Producción y Servicios; de la Ley Federal del Impuesto sobre Automóviles Nuevos y de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo expedido el 21 de diciembre de 2006 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre del mismo año.

Directiva Matriz-Filial 90/435/CEE, adoptada el 23 de Julio de 1990 para ser implementada por los estados miembros con efectividad 1 de Enero de 1992 y modificada por la Directiva 2003/123/CEE, de 22 de diciembre de 2003, tiene su origen en una propuesta de la Comisión presentada por

primera vez al Consejo en 1969 que tenía como finalidad eliminar la doble imposición de los dividendos en los grupos de sociedades.

Exposición de Motivos de la Iniciativa del Ejecutivo, de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Fiscal de la Federación; de las leyes de los Impuestos sobre la Renta, al Activo y Especial sobre Producción y Servicios; de la Ley Federal del Impuesto sobre Automóviles Nuevos y de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

Exposición de Motivos de la Iniciativa del Ejecutivo, de Decreto que Reforma, Adiciona, Deroga y Establece Diversas Disposiciones Fiscales, y que Establece Subsidios para el Empleo y para la Nivelación del Ingreso de fecha 8 de septiembre de 2004, presentada ante la Cámara de Diputados el 13 del mismo mes y año.

Exposición de Motivos de la Iniciativa del Ejecutivo, de Decreto que Reforma, Adiciona, Deroga y Establece Diversas Disposiciones Fiscales, y que Establece Subsidios para el Empleo y para la Nivelación del Ingreso de fecha 8 de septiembre de 2004, presentada ante la Cámara de Diputados el 13 del mismo mes y año.

Lankhorst-Hohorst GmbH contra Finanzazamt Steinfurt, sentencia de la Quinta Sala del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del 12 de Diciembre de 2002 (C-324/00).

Ley del Impuesto sobre la Renta vigente en el ejercicio de 2005, 2006, 2007, 2014 y 2016.

Ley Federal de los Derechos del Contribuyente vigente.

Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio, Comité de Asuntos Fiscales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Versión Abreviada y sus Comentarios.

OECD Report on “Thin Capitalization” adopted by the OECD Committee on Fiscal Affairs on 26 November 1986, OECD Model Tax Convention on Income and Capital, Paris, Eighth Edition, July 2010.

OECD Guía de la OCDE sobre la Protección de la Información Objeto de Intercambio con Fines Fiscales.

ONU, A/CN.4/Ser.A/1964 / ONU, A/Conf.39/11/Add.2. Opinión Consultiva Sahara Occidental, 1975.

Proyecto de artículos aprobados por la Comisión de Derecho Internacional, A/Conf./39/12Add 2.

Semanario Judicial de la Federación

Swedwood Tikhvin LLC contra Inter-regional Tax Inspectorate NO. 6 of Leningrad Region, sentencia de la Corte Federal de Arbitraje del Distrito Noroeste en Rusia del 9 de Abril de 2007 (A56-19578/2006).

Thin Cap Group Litigation contra Commissioners of Inland Revenue, sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del 13 de Marzo de 2007 (C-524/04).