



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

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

acuerdo número 974181 de fecha 15 de julio de 1997

REGLAS DE CAPITALIZACION DELGADA EN MEXICO
EN RELACION CON LA DEDUCCION DE INTERESES
PARA EFECTOS DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Tesis que para obtener el grado de

Maestro en Derecho Fiscal

Sustenta el

C.P. Enrique Pérez Grovas Margarit

Director de la Tesis

Dr. Carlos Espinosa Berecochea

INDICE

Nota introductoria	3
I. Antecedentes históricos en México y marco internacional	5
II. Principio de no discriminación	29
Conclusiones	37
Bibliografía	38
Caso Trouts	40

NOTA INTRODUCTORIA

Las empresas tienen diversas formas de capitalizarse y de hacerse de recursos para destinarlos a su operación y así poder realizar las actividades contenidas en su objeto social y para las que fueron constituidas por sus accionistas.

Dentro de esas formas de obtención de recursos, tal como se comentará más adelante, se encuentra el financiamiento o préstamo que implique un costo financiero mediante el pago de intereses.

Dichos intereses son considerados como un gasto para la empresa y en términos generales son deducibles para efectos de la determinación del impuesto sobre la renta a cargo de dicha sociedad, sujeto al cumplimiento de diversos requisitos establecidos en la propia Ley del Impuesto sobre la Renta.

Al ser un concepto deducible para las empresas, los accionistas de las mismas se cuestionan y analizan con mucho detalle, en la mayoría de los casos, entre aportar recursos directamente al capital social de la empresa a cambio de acciones, o bien, en otorgarle, ya sea directamente los accionistas o indirectamente a través de otra empresa del grupo, un préstamo a la sociedad pactando el pago de intereses.

De esta manera, los intereses que se pacten y se devenguen serán, en principio, deducibles para la determinación del impuesto sobre la renta a cargo de la sociedad. Es decir, la base sobre la que pagarán impuesto sobre la renta en México se reduce con dichos intereses.

En el caso de que la persona o sociedad que otorga el préstamo sea también residente fiscal en México, dicha sociedad o persona considerará dichos intereses como ingresos acumulables, creando de esta manera una simetría fiscal

al tener una sociedad en México deduciendo los intereses, pero por otro lado una persona o empresa que debe considerar los mismos como un ingreso acumulable para efectos del mismo impuesto.

Ahora bien, lo anterior puede variar en caso de que el acreedor sea una sociedad residente para efectos fiscales en otro país ya que en México existiría una empresa considerando como deducible los intereses, pero no existiría la contraparte en cuanto a la acumulación de los ingresos.

Lo anterior ha generado que el fisco mexicano, así como otros fiscos, estén interesados en limitar en la medida de lo posible y en ciertos casos la deducción de intereses pagados a residentes en el extranjero, sobre todo cuando se trata de partes relacionadas al conformar el mismo grupo de intereses económicos. Esto, argumentando que el financiamiento excesivo en las empresas puede ser una práctica que se lleve a cabo por los contribuyentes con el fin de evadir o eludir el pago de impuestos.

De esta manera, en 2005 México incorporó en su legislación fiscal las llamadas reglas de capitalización delgada o insuficiente, buscando limitar de alguna manera la deducción de los intereses a cargo de empresas mexicanas y principalmente a favor de residentes en el extranjero que sean partes relacionadas de la misma.

Así, después de que se realice un análisis detallado del desarrollo y evolución de dichas reglas en la legislación mexicana, así como del marco internacional con los tratados para evitar la doble tributación, se busca demostrar las distorsiones que actualmente se presentan en el cálculo de los efectos derivados de las reglas de capitalización delgada, así como la posible violación a los principios de no discriminación contenidos en el Convenio Modelo de la OCDE los tratados de doble imposición.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN MÉXICO Y MARCO INTERNACIONAL

Como se comentó en la introducción, existen primordialmente dos maneras de que las empresas obtengan recursos para el desarrollo de sus actividades.

En este sentido, el Lic. Joaquín Rodríguez Rodríguez en su libro “Tratado de Sociedades Mercantiles”¹ establece que en el desenvolvimiento normal de una sociedad anónima, pueden ocurrir múltiples casos en los que ésta se vea obligada a recurrir a nuevos medios económicos, ya sea con vistas a ampliar sus posibilidades de inversión y para atender el desarrollo normal de sus negocios, ya se trate de cubrir pérdidas experimentadas por una operación desventurada, ya de poder continuar una actividad para la que el capital calculado resulte insuficiente, bien para aumentar sus posibilidades económicas y reforzar su crédito o para absorber a otras empresas.

Continúa señalando el Lic. Rodríguez y Rodríguez en dicho libro que en todas esas ocasiones, que suscitan la necesidad de aumentar los medios económicos a disposición de la sociedad, cuanto tal aumento se haga por la vía de la modificación de la cifra del capital social dada en los estatutos, tendremos siempre un supuesto de modificación de los mismos. Asimismo, establece que normalmente este aumento de capital se hace a través del aumento del número de socios, pero esto no ocurre siempre así.

Como se puede observar, una de las formas en que se puede proporcionar recursos adicionales a las empresas, es mediante la aportación que hagan sus accionistas en ese momento o incluso a través de la aceptación de nuevos accionistas.

¹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, “Tratado de Sociedades Mercantiles”, Editorial Porrúa, S.A., México D.F., 1971, p. 165-166.

Otra alternativa para la obtención de recursos para las empresas es mediante el financiamiento o préstamos recibidos por terceros. Al respecto, el Código Civil establece en su artículo 2384 que el mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

Al respecto, el Lic. Ramón Sánchez Medal en su libro “De los contratos civiles”² establece que el mutuo se clasifica en mutuo simple, que es el préstamo gratuito, y el mutuo con interés, que es el préstamo oneroso. Aclara que hay que distinguir, además, entre el mutuo civil y el mutuo mercantil.

En el libro “Derecho civil mexicano”³ del Lic. Rafael Rojina Villegas el mutuo es mercantil, según lo define el Código de Comercio, cuando las cosas objeto del contrato se destinen exclusivamente a actos de comercio y se presume mercantil cuando se celebra entre comerciantes.

Adicionalmente, el Lic. Ramón Sánchez Medal establece en el libro antes citado que dentro de la legislación mercantil se reglamentan en forma especial y bajo nombres diferentes diversas clases de préstamos.

Finalmente, el libro “Finanzas Corporativas”⁴ define la deuda, en su forma más esencial, como algo que se debe reembolsar; es el resultado de la solicitud de dinero en préstamo. Establece que cuando las compañías solicitan préstamos, prometen efectuar pagos de intereses programados con regularidad y reembolsar el principal que se solicitó prestado.

² Sánchez Medal, Ramón, “De los contratos Civiles”, Editorial Porrúa, S.A., México D.F., 1980, p. 178-189

³ Rojina Villegas, Rafael, “Derecho civil mexicano”, Editorial Porrúa, S.A., México D.F., 1981, p. 475-511

⁴ Ross A., Stephen; Westerfield W., Randolph; Jaffe F. Jeffrey, “Finanzas Corporativas”, McGraw-Hill, 1997, p. 420-421

Considerando lo anterior, las empresas también pueden optar por recibir recursos adicionales obligándose, en su caso, al pago de un interés como compensación, además del pago de la cosa recibida originalmente.

Así las cosas, podemos concluir que dentro de las formas de obtención de recursos financieros más comunes utilizados por las empresas en adición a la obtención de recursos generados en su propia operación comercial o mercantil, se encuentran las siguientes:

- a) La aportación de recursos por parte de los accionistas o socios
- b) Mediante financiamiento de terceras personas, ya sea con o sin costo financiero. Esto podría ser mediante financiamiento con terceras personas, ya sea partes independientes (como un banco o institución financiera) o con partes relacionadas como pueden ser los propios accionistas u otras empresas del mismo grupo

Una vez definido que las empresas pueden obtener recursos mediante incrementos de capital o financiamientos con o sin costo en adición a la obtención de recursos directamente de llevar a cabo sus operaciones mercantiles, analizaremos las implicaciones que en materia de impuesto sobre la renta se derivarían para una empresa por la obtención de recursos en dichos supuestos.

En el caso de recursos obtenidos de préstamos en los que se devengan intereses a cargo de la persona que debe regresar los recursos, dichos intereses generan una partida que reduce las utilidades obtenidas por las empresas o incluso incrementa las pérdidas obtenidas (es decir, se genera una deducción). Caso contrario a lo que sucede con los recursos obtenidos como capital por las empresas, ya que los rendimientos de las aportaciones recibidas son retornados a los accionistas mediante el pago de dividendos, los cuales son el reparto de las utilidades generadas por las empresas, por lo que per se no implican una reducción de las utilidades obtenidas sino un reparto de las mismas.

Lo anterior genera que desde un punto de vista fiscal tengan diferentes tratamientos los intereses devengados a cargo de las empresas de los dividendos que las mismas reparten a sus accionistas.

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

Al respecto, el artículo 10 de dicha ley prevé que las personas morales deberán calcular el impuesto sobre la renta, aplicando al resultado fiscal obtenido en el ejercicio la tasa de impuesto que resulte aplicable al ejercicio fiscal en particular⁵.

Para estos efectos, el resultado fiscal se determina disminuyendo de la totalidad de los ingresos acumulables del ejercicio, las deducciones autorizadas por la ley. Asimismo, se podrán disminuir la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa pagada en el ejercicio correspondiente, así como las pérdidas fiscales pendientes de aplicar de ejercicios anteriores, en su caso.

Como se mencionó con anterioridad, una de las opciones o alternativas que las empresas pueden elegir para obtener recursos es mediante la aportación que hagan sus accionistas al capital.

A este respecto, la propia Ley del Impuesto sobre la Renta en su artículo 17 establece que no se consideran ingresos los que obtengan los contribuyentes por aumento de capital, por lo que las aportaciones de capital que hagan los accionistas no serán gravables para efectos del impuesto sobre la renta a nivel de la sociedad que recibe los recursos.

⁵ La tasa aplicable al ejercicio de 2012 es del 30%.

Adicionalmente, dicha ley establece que las aportaciones de capital pagadas por los accionistas deberán considerarse para determinar el saldo de la Cuenta de Capital de Aportación de la sociedad. En términos generales, dicha cuenta lleva el registro de las aportaciones de capital que hacen los accionistas, reconociendo los efectos inflacionarios, y se reduce con las reducciones o reembolsos de capital que se pagan a los accionistas.

La relevancia de esta cuenta desde un punto de vista fiscal, es que cuando una sociedad lleva a cabo un reembolso de capital o reducción de capital a favor de sus accionistas a fin de regresarles los recursos aportados previamente como capital, se debe realizar un cálculo a fin de determinar si con motivo del retorno de esas cantidades se debe pagar o no un impuesto sobre la renta a nivel de la sociedad.

Dicho cálculo busca gravar el hecho que las sociedades reembolsen a sus accionistas cantidades mayores a las aportadas, por lo que al ser la Cuenta de Capital de Aportación el registro de las aportaciones efectuadas, es necesaria y debe ser considerada al llevar a cabo la cuantificación de los efectos fiscales por una reducción de capital de una empresa.

Finalmente, del lado del accionista, las cantidades que aporte como incremento de capital en una sociedad servirán de base para determinar el costo fiscal de las acciones que reciba a cambio, el cual es indispensable para determinar si al momento de enajenarlas o transmitir las se obtiene una ganancia (precio de venta menos costo fiscal) por la que debe pagar impuesto sobre la renta el accionista.

Es importante recalcar que en el caso de la obtención de recursos mediante aportaciones de capital o incrementos de capital por parte de los accionistas en las empresas, la sociedad que obtiene los recursos no estará en posibilidad de deducir cantidad alguna para efectos del impuesto sobre la renta.

Como mencioné con anterioridad, los rendimientos generados por las aportaciones de capital hechas por los accionistas (utilidades obtenidas por las empresas), son retornados a los accionistas mediante el pago de dividendos que equivalen a la repartición de las utilidades que obtienen las empresas.

Desde un punto de vista fiscal, los dividendos pagados a los accionistas por las empresas, no son consideradas como una deducción para efectos fiscales, sino se consideran tal cual como una repartición de las utilidades generadas por las empresas.

De hecho, los dividendos no solamente no se consideran una deducción para efectos fiscales, sino que la Ley del Impuesto sobre la Renta establece que cuando una empresa decreta y paga dividendos a sus accionistas, en caso de que los mismos no provengan de su Cuenta de Utilidad Fiscal Neta (registro de las utilidades que ya pagaron impuesto sobre la renta con anterioridad a nivel de la empresa), la empresa estará obligada el pago del impuesto sobre la renta correspondiente a las utilidades que se están distribuyendo, esto, toda vez que se considera que la empresa está entregando rendimientos a los accionistas sin que dichos rendimientos hayan sido gravados por las empresas para efectos del impuesto sobre la renta.

Por el contrario, si las utilidades que se distribuyen a los accionistas ya tributaron con anterioridad, la empresa correspondiente podrá distribuirlos libremente sin que se cause o tenga que pagar nuevamente impuesto sobre la renta. La diferencia en ambos supuestos radica en la distribución de recursos que han o no sido gravados con anterioridad, por lo que una empresa no puede distribuir dividendos (utilidades) sin previamente haber pagado el impuesto sobre la renta correspondiente.

Lo anterior es la base del sistema integrado en dividendos con el que cuenta México, ya que en términos generales los dividendos decretados y

pagados por las empresas residentes en México fiscalmente no están gravados para efectos del impuesto sobre la renta a nivel de los accionistas que los perciben.

Esto, ya que cuando una empresa recibe dividendos de otra, dichos dividendos expresamente no son considerados como un ingreso. En el caso de accionistas extranjeros de empresas mexicanas, el Título V de la Ley del Impuesto sobre la Renta no grava dichas cantidades percibidas. En el caso de accionistas personas físicas que sean residentes en México, si bien es cierto que deben considerar los dividendos percibidos como un ingreso acumulable, reciben un crédito de impuesto sobre la renta equivalente al impuesto que previamente pagó la sociedad que distribuyó los dividendos (toda vez que la tasa corporativa es igual a la tasa aplicable a las personas físicas, en términos generales esto no genera el pago de impuesto sobre la renta a nivel de las personas físicas receptoras del dividendo).

Una vez definidas en términos generales las implicaciones fiscales que en materia de impuesto sobre la renta se generan por la obtención de recursos mediante la aportación de capital de los accionistas, ahora abordaré el caso en el que las empresas obtienen recursos mediante préstamos en los que se obligan a pagar intereses como compensación, en adición a la devolución de la cantidad recibida en préstamo.

A este respecto, La fracción IX del artículo 29 de la ley en cuestión señala que los contribuyentes podrán efectuar la deducción de los intereses devengados a cargo en el ejercicio sin ajuste alguno.

A su vez, la fracción VIII del artículo 31 de la Ley del Impuesto sobre la Renta establece como requisito para la deducción de intereses, que en el caso de intereses por capitales tomados en préstamo, éstos se hayan invertido en los fines del negocio. Asimismo, dicha fracción continúa señalando que cuando el

contribuyente otorgue, entre otros, préstamos a terceros, solo serán deducibles los intereses de capitales tomados en préstamos hasta por el monto de la tasa más baja de los intereses estipulados, entre otros, en préstamos a terceros, en la porción del préstamo que se hubiera hecho a éstos; si en alguna de estas operaciones no se estipularan intereses, no procederá la deducción respecto al monto proporcional de los préstamos hechos a las personas citadas.

Como se puede apreciar, para efectos de la determinación del impuesto sobre la renta a cargo de una empresa residente en México, los intereses devengados a su cargo son deducibles en la medida en que se cumplan ciertos requisitos (es importante mencionar que adicionalmente a los requisitos mencionados en los párrafos anteriores, se deben cumplir otros requisitos en materia de comprobantes fiscales, traslado de impuestos, retenciones en su caso, etc.).

Considerando lo anterior, desde un punto de vista fiscal en materia de impuesto sobre la renta existe una diferencia importante en cuanto a los efectos que se generan por la obtención de recursos como capital o como préstamos por parte de las empresas. Esto, ya que en el caso de los incrementos de capital, tal y como se mencionó con anterioridad, no se genera o detona una deducción para efectos del impuesto sobre la renta para la empresa que obtiene los recursos, contrario a lo que sucede en el caso de financiamientos en donde los intereses que se devengan a cargo de la sociedad podrán ser disminuidos para determinar la base imponible en materia de impuesto sobre la renta.

Esto, como es de esperarse genera que las autoridades fiscales busquen regular y controlar la deducción que por concepto de intereses pueden llevar a cabo las empresas, más aun cuando se trata de recursos obtenidos en préstamo de partes que conforman el mismo grupo, es decir, partes relacionadas ya que la elección entre deuda y capital tiene una incidencia directa en la determinación de la base imponible.

Esta preocupación de las autoridades fiscales mexicanas a la reducción de la base imponible es especialmente notoria cuando se trata de financiamientos obtenidos por empresas mexicanas de alguna empresa del grupo que no sea residente para efectos fiscales en México. Esto, ya que cuando los intereses causados son a favor de otro residente fiscal mexicano, si bien es cierto que existe una deducción para un contribuyente, la persona o empresa a favor de quien se generan los mismos debe considerar dichas cantidades como un ingreso acumulable. Es decir, hay simetría fiscal para las autoridades fiscales porque un contribuyente deduce pero otro acumula.

En el caso de que la persona que otorga el préstamo y por lo tanto a favor de quien se generan los intereses sea residente fiscal en otro país distinto a México, el fisco mexicano tendrá un contribuyente realizando una deducción, pero no tendrá la contrapartida del contribuyente que lleva a cabo la acumulación.

Si bien es cierto que en términos del Título V de la Ley del Impuesto sobre la Renta, que resulta aplicable a los residentes en el extranjero, se establece claramente que los extranjeros que obtengan ingresos por intereses de fuente de riqueza ubicada en México estarán sujetos al pago del impuesto sobre la renta en México, las tasas a las que pagarán impuestos en México van del 4.9% y hasta el 30% en la mayoría de los casos (se prevé una tasa del 40% en casos muy particulares únicamente), mientras que la deducción genera un impacto a la tasa del 30% al ser la tasa corporativa en México. En otras palabras, esto implica que en México se tendrá una reducción en el impuesto sobre la renta equivalente al 30% de los intereses devengados, mientras que el extranjero que obtenga dichos ingresos pagará impuesto sobre la renta a una tasa inferior en términos de la ley.

Esta situación inclusive puede verse todavía más clara con la aplicación de los Tratados para Evitar la Doble Tributación celebrados por México con otros países, ya que en dichos Convenios México ha acordado la reducción de la tasa de retención que resulta aplicable, por lo que existiría una deducción para efectos

del impuesto sobre la renta en México a la tasa del 30%, mientras que el Fisco mexicano estaría recaudando entre 10% y 15% únicamente de los intereses pagados al extranjero (estas son las tasas de retención más comunes en los Tratados, pero en el caso de bancos extranjeros dicha tasa se reduce hasta el 4.9%).

Así, es del interés de las autoridades fiscales mexicanas regular y tratar de limitar la deducción de intereses devengados a cargo de sociedades mexicanas, especialmente cuando los intereses son a favor de residentes en el extranjero. Esto, por las razones que mencioné en los párrafos anteriores.

El 1° de diciembre de 2004 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reforman, adicionan, derogan y establecen diversas disposiciones, entre otras, de la Ley del Impuesto sobre la Renta, (en adelante el Decreto) mismas que entraron en vigor el 1° de enero de 2005.

En dicho Decreto, se incorpora un mecanismo, que según se desprende de la Exposición de Motivos, busca limitar la deducción de los intereses a aquellos contribuyentes que han utilizado operaciones de endeudamiento como un instrumento para disminuir la base del impuesto sobre la renta o reubicar las utilidades o pérdidas fiscales de una empresa a otra, por lo que se estimó pertinente incluir reglas considerando que las empresas deben operar con márgenes de endeudamiento razonables desde el punto de vista fiscal y financiero.

Esta preocupación por parte del fisco mexicano, no es una preocupación aislada como es evidente por las razones que se mencionaron con anterioridad, ya que se trata de una pérdida de recaudación fiscal al permitir una deducción a una tasa superior a la que se gravan los intereses que percibe la persona que otorga un préstamo.

Al igual que México, muchos países han decidido incluir reglas que limiten la deducción de intereses ya que puede ser una manera sencilla de sacar o mover utilidades de una jurisdicción a otra y de reducir la base imponible a la que están sujetas las empresas. Por ejemplo, Richard L. Doernberg en su libro “International Taxation”⁶ explica la preocupación y posibles consecuencias particularmente en los Estados Unidos de América del hecho que una empresa deduzca para efectos del impuesto sobre la renta en su país de residencia los intereses a su cargo, sin que en dicho país exista la contrapartida respecto a la acumulación de los intereses percibidos al tratarse de una sociedad residente en otro país. Incluso, explica que el problema puede verse incrementado si se trata de un país con el que se tenga en vigor un Tratado para Evitar la Doble Imposición, ya que el gravamen al que se puede acceder en los Estados Unidos es reducido por dichos tratados. Considerando esta preocupación, Estados Unidos también decidió incorporar en su legislación reglas para limitar la deducción de intereses.

Esta tendencia de incluir reglas de capitalización delgada o limitar de alguna manera la deducción de intereses a cargo de las empresas, se empezó a notar a partir de los años 90s, sobre todo en los países más desarrollados. Como sucedió en el caso de México y que comentaré más adelante a detalle, las reglas incluidas por dichos países sufrieron muchas modificaciones después de su entrada en vigor original como es el caso del Reino Unido y Alemania. Incluso, el tema de la limitación en la deducción de intereses ha llegado hasta las cortes de diversos países.

De hecho, la incorporación de este tipo de reglas por muchos países deriva en gran medida del “Thin Capitalisation Report” adoptado por la OECD en 1986 y que deriva de cierta manera del “Transfer Pricing and Multinational Enterprises Report” de 1979 también de la OECD. En dicho reporte se describen detalladamente los problemas que el excesivo endeudamiento en una empresa puede causar desde un punto de vista fiscal y la relevancia de los tratados para

⁶ Doernberg L., Richard, “International Taxation”, Thomson West, Estados Unidos de América, 2007, p. 93-96

evitar la doble tributación en ese tema, así como los efectos de aplicar reglas de capitalización delgada por los países.

Específicamente en el caso de México, la reforma que en materia de deducción de intereses se incorporó a la Ley del Impuesto sobre la Renta mediante la fracción XXVI del artículo 32 de dicha ley (dicho artículo contiene los conceptos que no pueden deducirse para efectos del impuesto sobre la renta), es la siguiente:

“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 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 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 demuestre 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 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.”

La fracción III del artículo Tercero de las Disposiciones Transitorias de la Ley del Impuesto sobre la Renta en vigor a partir del 1° de enero de 2005, establece que para efectos de la fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, los contribuyentes que a la entrada en vigor del Decreto determinen que el monto de sus deudas es mayor con respecto a su capital conforme a lo antes mencionado, tendrán un plazo de cinco años contados a partir de la entrada en vigor del Decreto, para disminuirlo proporcionalmente por partes iguales en cada uno de los cinco ejercicios hasta llegar al límite establecido en el citado precepto legal.

Continúa estableciendo dicha fracción que en caso de que al término del plazo a que se refiere el párrafo anterior 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 antes mencionado, 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.

Como se puede observar, la incorporación en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las reglas de capitalización delgada, mediante la adición a partir del 1° de enero de 2005 de la fracción XXVI al artículo 32 de dicha ley, limita la deducción para las empresas de los intereses devengados a su cargo por capitales tomados en préstamo al establecer un límite del monto de las deudas que los contribuyentes podían mantener en relación con el monto de su capital. Esto, con la finalidad de evitar abusos y erosión a la base impositiva según establece la propia exposición de motivos.

Lo que es importante recalcar, con independencia de las distorsiones y problemáticas de implementación de las reglas en los términos originalmente incluidos en la ley (por ejemplo la aplicación retroactiva en caso de no cumplir con la reducción gradual de las deudas), es que originalmente la limitante resultaba aplicable tanto a los intereses derivados de préstamos contratados con partes

independientes residentes en el extranjero, como con partes relacionadas tanto en México como en el extranjero.

Considerando la problemática mencionada en el párrafo anterior, el 21 de octubre de 2005, el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Vicente Fox Quesada, publicó en el Diario Oficial de la Federación el “Decreto por el que se otorgan diversos beneficios fiscales a los contribuyentes que se mencionan”.

Tal como se establecía en los considerandos de dicho Decreto, se reconocía que existen casos de empresas que requieren financiamientos de largo plazo para la realización de 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 del Impuesto sobre la Renta para considerar deducibles los intereses correspondientes.

Así, buscando fomentar el desarrollo de infraestructura productiva en México y considerando que los acreedores típicamente establecen una serie de condiciones que buscan garantizar la utilización de los recursos y la sana operación financiera de la empresa en cuestión, el Presidente consideró necesario otorgar un estímulo fiscal consistente en permitir a los contribuyentes que para determinar su proporción deuda-capital, a que se refiere la fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, no consideren el monto de los créditos contratados destinados exclusivamente a la construcción, operación o mantenimiento de infraestructura productiva o a la manufactura de bienes de activo fijo de largo proceso de fabricación, siempre que el otorgamiento de dichos créditos se encuentre condicionado al cumplimiento de requisitos especiales por parte del acreedor.

Así, el Decreto de referencia establecía textualmente lo siguiente:

“Artículo Primero. Para los efectos de la fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, los contribuyentes podrán excluir del cálculo del monto de sus deudas en exceso al triple de su capital contable y del cálculo de los intereses derivados de ellas, a las deudas que provengan de créditos contratados con instituciones del sistema financiero que sean destinados a inversiones productivas especificadas en los contratos con el acreedor que otorga el crédito y la contratación de dichos créditos se encuentre condicionada a cuando menos 6 de los siguientes requisitos:

- I. Que limiten la distribución de utilidades a sus socios o la reducción de capital de la sociedad deudora, cuando dicha distribución de utilidades o reducción de capital, exceda del 20% del monto del crédito otorgado.
- II. Que el acreedor se reserve el derecho de revisar periódicamente la aplicación del crédito otorgado, así como el de recibir información por parte del deudor, dictaminada por auditores externos.
- III. Que el acreedor tenga el derecho a designar a algún miembro del consejo de administración de la sociedad deudora o a una persona que supervise la realización del proyecto financiado.
- IV. Que se obligue al deudor a destinar la totalidad de los recursos procedentes del crédito al pago de los costos del proyecto financiado.
- V. Que el deudor mantenga su personalidad jurídica, sus derechos, franquicias y que esté en todo momento en posibilidad legal de realizar negocios para cumplir con las obligaciones derivadas del contrato de crédito.
- VI. Que se obligue al deudor a adquirir, mantener, conservar, desarrollar y construir todos los bienes y derechos necesarios para la ejecución del proyecto financiado.
- VII. Que el deudor no pueda crear, asumir o permitir la existencia de cargas o gravámenes en sus bienes o derechos, con excepción de los permitidos en el contrato de crédito y con autorización del acreedor.
- VIII. Que el deudor sólo pueda contratar o incurrir en cualquier tipo de deuda distinta a la deuda subordinada y contingente expresamente señalada en el contrato de crédito, con autorización del acreedor.
- IX. Que se limite el derecho que tiene el deudor para fusionarse, escindirse o realizar una reestructuración corporativa.
- X. Que el deudor no pueda enajenar, arrendar o disponer total o parcialmente de sus bienes o derechos, excepto de inventarios, ya sea en una sola operación o en una serie de operaciones relacionadas, salvo que la operación y el destino de los recursos que se obtengan de la operación sean autorizados por el acreedor.
- XI. Que se limite al deudor a celebrar convenios o contratos por virtud de los cuales sus ingresos o utilidades puedan compartirse con cualquier otra persona.
- XII. Que los accionistas del deudor no puedan transmitir o enajenar la titularidad directa o indirecta de las acciones del deudor o cambiar o transformar su

estructura social, salvo que el cambio de accionistas sea con autorización expresa del acreedor.

- XIII. Que el deudor no pueda cambiar su actividad preponderante ni realizar actividades distintas a las que lleva a cabo para la realización de los proyectos de inversión productiva.
- XIV. Que se limite al deudor a realizar cualquier tipo de operación con filiales o partes relacionadas, salvo que se cumplan con las condiciones pactadas en los contratos de crédito de cada proyecto financiado y cuente con autorización del acreedor.
- XV. Que el deudor no pueda remover o reemplazar a cualquier gerente o director, salvo que el cambio sea por una persona que resulte aceptable para el acreedor.
- XVI. Que el deudor se obligue a contar con razones financieras en relación con la proporción que durante la vigencia del crédito deba guardar el deudor respecto a su pasivo y capital, activos fijos y capital contable, entre otros, que tengan por objeto garantizar una posición financiera sana del deudor.

Para los efectos de este artículo, se consideran inversiones productivas aquellas en las que 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.

Lo dispuesto en este artículo también será aplicable a los créditos contratados con instituciones del sistema financiero que tengan por objeto el pago de pasivos que se hayan contratado con partes independientes y que al menos el 80% de los créditos que generaron los pasivos que se paguen se hubiesen destinado a la adquisición o construcción de bienes de activo fijo o terrenos que utilicen los contribuyentes en la realización de sus actividades, siempre que los créditos contratados para el pago de pasivos cumplan también con al menos 6 de los requisitos a que se refieren las fracciones anteriores.

Los contribuyentes que apliquen el beneficio a que se refiere este artículo deberán proporcionar la información que mediante reglas de carácter general establezca el Servicio de Administración Tributaria.

Artículo Segundo. Para los efectos del primer párrafo de la fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, para determinar si sus deudas son superiores al triple del monto de su capital contable según el estado de posición financiera, los contribuyentes podrán comparar las citadas deudas con el monto de dicho capital contable considerando la utilidad o pérdida neta del ejercicio de que se trate.

Artículo Tercero. El Servicio de Administración Tributaria podrá expedir las disposiciones necesarias para la correcta y debida aplicación del presente Decreto.”

Como se puede observar, con la publicación del Decreto del 21 de octubre de 2005, se reducían los problemas que la entrada en vigor de las reglas de capitalización delgada suponía para los contribuyentes que tenían capitales tomados en préstamo. Esto, ya que permitía no considerar deudas contratadas con instituciones financieras en ciertos casos y en la medida en que cumplieran con ciertos requisitos (en la mayoría de los casos cumplir con 6 de los 16 requisitos incluidos no resultaba un problema al ser condiciones que normalmente las instituciones financieras incluyen en los créditos que otorgan).

Adicionalmente, al permitir a los contribuyentes incluir para efectos de la determinación del límite de 3 veces el capital, a la ganancia del ejercicio correspondiente, dicho límite podía ser superior al que se hubiera tenido que determinar de conformidad con la ley. Esto podía llevarse a cabo, sin la necesidad de cumplir los demás requisitos establecidos en el Decreto para los préstamos.

No obstante que la publicación y aplicación del Decreto ciertamente aminoraba los problemas y algunas distorsiones causadas por la entrada en vigor de las reglas de capitalización delgada, fue necesario hacer reformas al texto de ley. Así, para el ejercicio de 2006 se reformó la fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta para quedar como sigue:

“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 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 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.

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 sus 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.

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 demuestre 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 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.”

Esta reforma al texto de la ley, dejaba claro que las reglas de capitalización delgada solo resultaban aplicables a deudas contratadas con partes relacionadas y con partes independientes residentes en el extranjero, con lo que se limitaba en gran medida la disposición original en la que se incluían todas las deudas que generaran intereses.

Asimismo, se incluyeron al texto de ley casos en los que no se deberían considerar las deudas que cumplieran con ciertos requisitos, similares a algunos de los requisitos incluidos en el Decreto del 21 de octubre de 2005 (restricción

para el pago de dividendos o reducciones de capital, prohibición a enajenar activos, etc.)

Adicionalmente, mediante disposición transitoria se estableció la posibilidad a los contribuyentes de que para efectos de determinar los intereses deducibles por el ejercicio de 2005, los mismos podían aplicar la fracción XXVI del artículo 32 vigente a partir del 1° de enero de 2006, reduciendo así parte de los problemas generados con la incorporación de las reglas de capitalización delgada el 1° de enero de 2005.

Así, con la reforma para el ejercicio de 2006 (que también resultaba aplicable para el 2005) y la aplicación del Decreto (no había disposición que con las reformas para 2006 derogara el decreto o prohibiera su aplicación), los contribuyentes vieron limitada la deducción de intereses por capitales tomados en préstamo, pero de una forma mucho menos dañina que el texto y la forma originalmente contemplados.

No obstante la publicación del Decreto y la reforma a la Ley del Impuesto sobre la Renta para 2006 antes comentados, la fracción XXVI del artículo 32 de dicha ley fue nuevamente reformado y dichas modificaciones entraron en vigor el 1° de enero de 2007 (el texto ya no se ha vuelto a reformar hasta la fecha). El texto de dicha fracción en vigor a partir del ejercicio de 2007 es el que a continuación se transcribe:

“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.

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 al 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.”

Como se desprende del texto reformado y que continúa actualmente en vigor, a partir de 2007 las reglas de capitalización delgada no resulta aplicable a deudas contratadas con partes relacionadas residentes en México, sino que solamente resultan aplicables a intereses que deriven de capitales tomados en préstamo de partes relacionadas residentes en el extranjero. Adicionalmente se incluye un procedimiento para sacar el promedio del capital de las empresas, así como una opción adicional de utilizar el “capital contable fiscal” (suma del saldo de la Cuenta de Utilidad Fiscal Neta y de la Cuenta de Capital de Aportación Actualizado) en lugar del capital contable.

No obstante que esta última versión de las reglas mexicanas de capitalización delgada representa menos problemáticas para los contribuyentes, en mi opinión, los efectos que se generan de no deducibilidad en muchos casos llevan a un exceso al generar una limitación que no es congruente para los contribuyentes.

Lo anterior, ya que tal como se establece en la ley, en caso de que 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.

Esto genera, por ejemplo, que en un caso en que un contribuyente tenga \$300 de deudas contraídas con partes independientes, \$100 de capital y \$10 de deuda que genera intereses contraída con partes relacionadas residentes en el extranjero, aun y cuando la deuda contraída con estas últimas es mínima, al considerar que la totalidad del exceso del triple del capital (3 veces \$100) que en

este caso sería de \$10 proviene primero de las deudas contratadas con partes relacionadas del extranjero, en mi opinión es excesivo.

En este ejemplo se estaría negando la deducción de la totalidad de los intereses generados por la deuda contraída con el residente en el extranjero, aun y cuando la misma sea mínima respecto al total de deudas de la empresa. Lo que en mi opinión sería lo correcto, es que lo que se considerara no deducible por virtud del exceso, sea la proporción que las deudas contratadas con partes relacionadas representen del total de deudas de la empresa.

No obstante lo anterior, también tengo que reconocer que lo establecido en el penúltimo párrafo de la fracción XXVI antes mencionada, pudiera reducir los efectos negativos en algunos casos, ya que se establece la posibilidad de que en algunos casos en donde se compruebe que la actividad que realizan los contribuyentes requiere en si misma de mayor apalancamiento a la razón de 3 a 1 que aplica para los contribuyentes en general, siempre que se obtenga una resolución al respecto de parte de las autoridades fiscales.

Al respecto, también hay que mencionar que en la práctica las autoridades fiscales están analizando y resolviendo en sentido positivo (es decir, incrementando la razón de 3 a 1 a razones como 6 ó 7 a 1) las solicitudes presentadas por los contribuyentes que justifiquen la necesidad del incremento en la razón de endeudamiento.

II. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Ahora bien, una vez analizado el avance y cambios que han sufrido las reglas de capitalización delgada en México desde su entrada en vigor y hasta la fecha, así como la posible aplicación excesiva que todavía podría presentarse, es importante analizar que sucede desde la perspectiva de la aplicación de los Tratados para Evitar la Doble Tributación que México ha celebrado, particularmente en cuanto a la aplicación del principio de no discriminación contenido en el Modelo Convenio de la OECD y por consiguiente en los Tratados firmados por México.

En términos generales, según se establece en el libro “International Tax Law”⁷ el artículo de no discriminación incluido en los Tratados tiene como finalidad asegurar que los inversionistas extranjeros en un país no sean discriminados o tratados diferente en comparación con inversionistas nacionales o domésticos.

De hecho, tal como lo ha establecido Kees Van Raad en su libro “Nondiscrimination in International Tax Law”⁸, las reglas que prohíben la discriminación fiscal internacional son parte de las reglas que restringen a los Estados en el ejercicio de sus facultades impositivas. Asimismo, Kees Van Raad establece en su libro que el artículo 24 del Convenio Modelo de la OECD⁹ contiene cláusulas en contra de la discriminación, las cuales pueden agruparse en dos tipos:

- a) Cláusulas en contra de la discriminación directa: Ocurre cuando las circunstancias de una persona resultan en una discriminación en contra de dicha persona (por ejemplo, cláusula nacionalidad).
- b) Cláusulas en contra de la discriminación indirecta: Estas cláusulas no se enfocan en el residente extranjero como sujeto de discriminación, pero

⁷ “International Tax Law”, Kluwer Law International, Holanda, 2006, p. 175

⁸ Van Raad, Kees, “Nondiscrimination in International Tax Law”, Kluwer Law International, Holanda, 1986, p. 173-255 y 267

⁹ El comentario se refiere al convenio Modelo de la OECD de 1977

por el contrario se enfocan en otra persona como el residente que paga los intereses, regalías, etc.

En el caso del Tratado celebrado entre México y Estados Unidos, el cuarto párrafo del artículo 25 "No discriminación" establece que a menos que se apliquen las disposiciones del párrafo 1 del artículo 9 (Empresas Asociadas), del párrafo 8 del artículo 11 (Intereses) o del párrafo 5 del artículo 12 (Regalías), los intereses, regalías y demás gastos pagados por un residente de un Estado Contratante (México) a un residente del otro Estado Contratante (Estados Unidos) serán deducibles para determinar los beneficios sujetos a imposición del residente mencionado en primer lugar (México), en las mismas condiciones que si hubieran sido pagados a un residente del primer Estado (México).

Esto es, los gastos de cualquier tipo incurridos por un residente en México pagados a personas que califican como residentes en los Estados Unidos de América para efectos fiscales se deberán considerar deducibles bajo las mismas condiciones que si hubieran sido pagados a una entidad mexicana. Este mismo supuesto resultaría aplicable por ejemplo al Tratado México-Alemania en vigor hasta diciembre de 2009.

Así, en principio, los intereses pagados por una empresa mexicana a una empresa residente en Alemania o Estados Unidos debieran ser deducibles como si se hubieran pagado a una empresa mexicana.

Esto lo confirma por ejemplo Kees Van Raad en "International tax neutrality under de OECD Model Convention and the EC Treaty rules – structural and conceptual issues", ya que establece que restringir o negar la deducción de un gasto hecho con un residente en el extranjero (contrario a lo que pasaría si el pago es a un residente del mismo país) sería discriminar a residente en el extranjero que recibe el pago.

Ahora bien, resulta necesario analizar si las disposiciones del párrafo 1 del artículo 9, párrafo 8 del artículo 11 o el párrafo 5 del artículo 12 del Convenio resultan aplicables y las consideraciones que se generan.

El artículo 9 del Convenio establece que se estará en presencia de empresas asociadas, entre otros casos, cuando una empresa de un Estado Contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado Contratante y las condiciones pactadas o impuestas entre las dos empresas en relación a sus relaciones comerciales y financieras, difieren de las que habrían entre empresas independientes.

Es decir, en la medida en que los gastos (en este caso intereses) a cargo de la empresa mexicana y a favor de la extranjera sean determinados a valores de mercado, el supuesto contenido en el artículo 9 del Convenio no se actualiza.

Por otra parte, las disposiciones establecidas en el párrafo 8 del artículo 11 (Intereses) o del párrafo 5 del artículo 12 (Regalías) del Convenio establece que en el caso de intereses y regalías pagados con relaciones especiales (es decir, no a valores de mercado) los beneficios ahí contenidos no resultarán aplicables. Por lo que en la medida en que se pacten a valores de mercado, no se actualizan dichos supuestos.

Respecto a lo antes comentado, Klaus Vogel en su libro “Klaus Vogel on Double Taxation Conventions”¹⁰ comenta que en la medida en que intereses, regalías y otros gastos en la medida en que se pacten a valores de mercado, su deducción no debiera restringirse o negarse porque sería contrario al principio de no discriminación. Esto mismo es concluido por John Avery Jones y Catherine Bobbett en “Interpretation of the Non-discrimination Article of the OECD Model”¹¹ al establecer que la única diferencia en tratamiento sería la identidad del acreedor.

¹⁰ Vogel, Klaus, “Klaus Vogel on Double Taxation Conventions”, Kluwer Law International, Alemania, 3a edición, p. 1325

¹¹ Avery Jones, John; Bobbett, Catherine, “Interpretation of the Non-discrimination Article of the OECD Model”, Tax Treaty Monitor IBFD, febrero 2008, p. 51

Es importante mencionar que la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa emitió un precedente que resulta contrario a lo antes mencionado, ya que señala lo siguiente:

“DOBLE IMPOSICIÓN EN MATERIA DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN LA DEDUCCIÓN DE REGALÍAS, INTERESES Y DEMÁS GASTOS PAGADOS CONFORME AL CONVENIO ENTRE LOS GOBIERNOS DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, PARA EVITARLA. De la interpretación armónica a lo establecido en los artículos 9, primer párrafo y 25, cuarto párrafo del citado Convenio, se desprende que las regalías, intereses o demás gastos pagados por una empresa de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante, son deducibles en las mismas condiciones que si: hubieran sido pagados a un residente del primer Estado, siempre y cuando las operaciones de las que derivan esos gastos no sean celebradas entre partes relacionadas, esto es, entre empresas en que una de ellas participa directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de la otra empresa. De acuerdo a lo anterior, se concluye que la aplicación del principio de no discriminación contenido en el artículo 25, cuarto párrafo del Convenio, que beneficia a un residente en nuestro país para deducir gastos pagados a un residente en los Estados Unidos de América, en las mismas condiciones que si hubieran sido pagados a un residente en México, está supeditado a que en el caso concreto no se actualice la excepción contemplada en el artículo 9, párrafo primero del propio Convenio, es decir, que aplica cuando las operaciones de las que derivan esos gastos son celebradas entre empresas independientes y no relacionadas. Juicio No. 23787 /03-17-09-9/371/05/52-09-02. Resuelto por la Segunda Sección de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en sesión de 2 de febrero de 2006, por unanimidad de 4 votos a favor. Ponente: Luis Carballo Balvanera. Secretario: Lic. Oscar Elizarrarás Dorantes.”

Asimismo, es de resaltar que el Tribunal Colegiado que revisó el criterio antes mencionado estableció que la interpretación contenida en el precedente de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa respecto

del artículo 25 del Convenio es incorrecto, ya que el principio de no discriminación resulta aplicable a ambos, tanto a partes relacionadas como a partes independientes.

Considerando lo anterior, creo que en el caso de las reglas de capitalización delgada, se estaría violando el principio de no discriminación contenido en los Tratados celebrado por México y el convenio Modelo de la OECD y que por lo tanto es incorrecto negar la deducción de los intereses pagados a partes relacionadas residentes en el extranjero bajo dichas reglas.

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

“TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima

del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia, de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P.C./92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES TIENEN LA MISMA JERARQUIA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal. Amparo en revisión: 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel. El Tribunal Pleno, (en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve."

Es importante mencionar que la Resolución Miscelánea Fiscal en México establece que para la interpretación de los tratados para evitar la doble tributación celebrados por México, serán aplicables los comentarios del modelo de convenio para evitar la doble imposición e impedir la evasión fiscal, a que hace referencia la recomendación adoptada por el Consejo de la OECD del 21 de septiembre de 1995, o aquella que la sustituya, en la medida en que tales comentarios sean congruentes con las disposiciones de los tratados internacionales celebrados por México.

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

Incluso, bajo los párrafos 55 y 56 de dichos Comentarios al artículo 24 vigentes hasta julio de 2008, es claro que las reglas de capitalización delgada son aceptadas en la medida en que impliquen la conversión de los intereses a dividendos y no como un concepto no deducible. Situación que incluso se corrobora en el reporte de 1986 "Thin Capitalisation Report" antes citado.

No obstante, en julio de 2008, el párrafo 56 antes citado sufrió una modificación en donde se elimina la referencia hecha a que estas reglas son aceptables en la medida en que impliquen el tratamiento como dividendo de los intereses tratando de abrir el rango de aplicación a todas las reglas aun y cuando impliquen la no deducción de los intereses. Esta modificación se realizó bajo el argumento de que se estaba aclarando el comentario y no reformando y que esa había sido la intención original.

Al respecto hay muchas discusiones, incluso hay comités del propio OECD discutiendo estos temas, sin embargo, soy de la opinión que el cambio al párrafo 56 (que permitiría la aplicación de reglas como las que México tiene en su legislación doméstica) no es un ajuste sino es una modificación y que por lo tanto no era esa la intención original y que existía al momento en que México celebró sus tratados con otros países.

Derivado de lo anterior, soy de la opinión que se podría sostener que las reglas de capitalización delgada incluidas por México serían violatorias del principio de no discriminación contenido en los tratados y que por lo tanto la limitante en la deducción de intereses bajo dichas reglas es improcedente.

No obstante, es importante mencionar que México ha renegociado varios de sus Tratados y ha celebrado también nuevos tratados incluyendo expresamente en los mismos, que las reglas de capitalización delgada contenidas en la Ley del Impuesto sobre la Renta no son violatorias del principio de no discriminación. Así, es importante revisar cada uno de los Tratados que incluyan esa referencia y se tendría que hacer un análisis adicional para determinar si dicha situación modifica la conclusión antes mencionada.

CONCLUSIONES

Como comenté a lo largo del presente, soy de la opinión que se podría argumentar que las reglas de capitalización delgada incluidas por México en la Ley del Impuesto sobre la Renta serían violatorias del principio de no discriminación contenido en los tratados y que por lo tanto la limitante en la deducción de intereses bajo dichas reglas es improcedente.

BIBLIOGRAFÍA

Avery Jones, John; Bobbett, Catherine, "Interpretation of the Non-discrimination Article of the OECD Model", Tax Treaty Monitor IBFD, febrero 2008, p. 51

Doernberg L., Richard, "International Taxation", Thomson West, Estados Unidos de América, 2007, p. 93-96

"International Tax Law", Kluwer Law International, Holanda, 2006, p. 175

Michán, Eduardo; Berdeja, Agustín, "Thin Capitalization Rules in México: A Premier", Berdeja y Asociados, S.C., 2004

Rodríguez Rodríguez, Joaquín, "Tratado de Sociedades Mercantiles", Editorial Porrúa, S.A., México D.F., 1971, p. 165-166.

Rojina Villegas, Rafael, "Derecho civil mexicano", Editorial Porrúa, S.A., México D.F., 1981, p. 475-511

Ross A., Stephen; Westerfield W., Randolph; Jaffe F. Jeffrey, "Finanzas Corporativas", McGraw-Hill, 1997, p. 420-421

Sánchez Medal, Ramón, "De los contratos Civiles", Editorial Porrúa, S.A., México D.F., 1980, p. 178-189.

"Thin Capitalisation Report", OECD, Paris 1986

"Transfer Pricing and Multinational Enterprises Report", OECD, Paris, 1979

Turanzas, Bravo & Ambrosi, "Reforma Fiscal 2006, Aspectos Relevantes, Revista Puntos Finos No. 94, 1a. Quinc. Enero 2006, Dofiscal Editores, p. 36-60

Van Raad, Kees “International tax neutrality under de OECD Model Convention and the EC treaty rules – structural and conceptual issues”, 2005, p. 2

Van Raad, Kees, “Nondiscrimination in International Tax Law”, Kluwer Law International, Holanda, 1986, p. 173-255 y 267

Vogel, Klaus, “Klaus Vogel on Double Taxation Conventions”, Kluwer Law International, Alemania, 3a Edición, p. 1325

Von Brocke, Klaus; García Pérez, Eugenio, “Group Financing: From Thin Capitalization Rules to Interest Deduction Limitation Rules”, IBFD International Transfer Pricing Journal, 2009, p. 29-35

M E M O R A N D U M

Para: TROUTS HOTELS, INC.

De: ENRIQUE PEREZ GROVAS M.

Re: ADQUISICION DE PUBASA, S.A. DE C.V.

El objeto del presente es detallar ciertas consecuencias fiscales que se derivarían en México para Trouts Hotels, Inc. (en adelante Trouts), como consecuencia de la adquisición de las acciones emitidas por la sociedad denominada Pubasa, S.A. de C.V. (en adelante Pubasa).

Antecedentes

Según nos fue informado, existe la posibilidad de que Trouts, sociedad residente para efectos fiscales en los Estados Unidos de América, adquiera de Hoteles y Desarrollos, S.A. de C.V. (en adelante Hydesa), sociedad residente fiscal en México, las acciones emitidas por Pubasa, sociedad también residente fiscal en México. Pubasa es propietaria de dos hoteles ubicados en México.

Entendemos que como requerimiento por parte de Trouts para la adquisición de las acciones de Pubasa, está el obtener un financiamiento de un banco mexicano correspondiente al 75% del precio de venta de las acciones y que los intereses generados por dicho préstamo deben ser absorbidos por la propia Pubasa en su operación cotidiana y así puedan deducirse, para efectos fiscales, de los ingresos generados por la explotación hotelera. El 25% restante del precio de compra de las acciones será aportado como capital por el grupo del que Trouts forma parte y que está encabezado por Trouts Holdings, Inc., sociedad residente en los Estados Unidos de América para efectos fiscales cuyas acciones cotizan en distintas bolsas de valores en el mundo.

A fin de obtener el préstamo bancario mencionado en el párrafo anterior, el banco ha solicitado una garantía hipotecaria sobre los hoteles propiedad de Pubasa.

En relación con lo anterior, nos ha sido informado que se desean conocer nuestros comentarios en relación con ciertas implicaciones fiscales que se derivarían en México para Trouts por la adquisición de las acciones emitidas por Pubasa; específicamente se desea conocer lo siguiente:

1. Si es posible llevar a cabo la operación de compra de las acciones de Pubasa de tal manera que los flujos para el servicio de la deuda sean generados directa e inmediatamente por la propia sociedad mexicana.
2. De ser posible lo anterior, definir si los intereses que se generen serían o no deducibles para Pubasa de los ingresos propios de su actividad para efectos del impuesto sobre la renta a su cargo.
3. Suponiendo que las respuestas a los dos preguntas anteriores sean afirmativas, si el pasivo incurrido para la compra de los hoteles sería deducible para efectos del impuesto al activo derivado de la inversión en los hoteles.

Comentarios

Con objeto de una mejor comprensión del presente, hemos decidido dividir nuestros comentarios en tres apartados. En cada uno de dichos apartados incluiremos nuestros comentarios en relación con cada una de las tres preguntas planteadas.

I. Alternativas

En cuanto al primer cuestionamiento, considerando la información que nos fue proporcionada creemos que existen dos alternativas que Trouts pudiera implementar a fin de llevar a cabo la operación de compra de las acciones de Pubasa de tal manera que los flujos para el servicio de la deuda sean generados directa e inmediatamente por esta última.

a) Opción 1

La primera de las opciones consistiría en que Trouts constituyera una sociedad anónima de capital variable de nueva creación (en adelante HoldMex) mediante la aportación de una cantidad igual al 25% del precio de compra de las acciones emitidas por Pubasa. Considerando que en términos de la fracción I del artículo 89 de la Ley General de Sociedades Mercantiles para la constitución de una sociedad anónima se requiere que haya dos socios como mínimo, Trouts sería el accionista del 99.99% de las acciones emitidas por HoldMex y Trouts Holdings, Inc. sería propietario del 0.01% restante también a cambio de una aportación de capital. La razón de la constitución de esta sociedad sería principalmente tener un vehículo en el que se pudiera solicitar un préstamo bancario con un banco mexicano para la compra de las acciones emitidas por Pubasa.

Posteriormente, HoldMex solicitaría el préstamo al banco mexicano por el precio de compra restante (75%), mismo que sería otorgado y entregado al momento de compra de las acciones por HoldMex a Hydesa (como se comentó por requerimientos legales mexicanos se requiere que Pubasa tenga dos accionistas por lo que HoldMex adquirirá el 99.99% de las acciones y el 0.01% restante tendría que ser adquirido por otra empresa del Grupo que recomendamos sea Trouts Holdings, Inc. para facilitar un paso posterior), momento en el que también se otorgaría la garantía de los hoteles propiedad de Pubasa.

Una vez que HoldMex sea propietaria del 99.99% de las acciones emitidas por Pubasa, esta última se fusionaría en su carácter de sociedad fusionada en HoldMex que tendría el carácter de fusionante. Como resultado de esta fusión, Pubasa dejará de existir y HoldMex recibirá todos los activos y pasivos de Pubasa en adición al préstamo bancario que recibió para la adquisición de las acciones. Así, HoldMex operará los hoteles y pagará la deuda con los flujos generados por dicha operación por lo que se cumplirá con el primer requisito establecido. El objetivo de la fusión sería reducir el número de empresas y eficientar la estructura del Grupo en México.

Es importante mencionar que derivado de la fusión mencionada en el párrafo anterior, Trouts Holdings, Inc. intercambiará sus acciones propiedad de Pubasa (0.01%) por acciones de HoldMex. Así, los accionistas de HoldMex seguirían siendo Trouts en su mayoría y Trouts Holdings, Inc. con una participación mínima.

Considerando que será HoldMex quien operará los hoteles y sus accionistas serán dos empresas residentes en los Estados Unidos de América, por exceder de nuestra área de especialización recomendamos analizar con sus asesores fiscales americanos y abogados corporativos mexicanos la posibilidad de que HoldMex sea constituida como una sociedad de responsabilidad limitada en lugar de una sociedad anónima y estar así en posibilidad de hacer ciertas elecciones para efectos fiscales americanos (check the box election) que pudieran eficientar la carga fiscal en dicho país para el Grupo. Para estos efectos hay que considerar en ese análisis y verificar su viabilidad que la fusión sería entre una sociedad de responsabilidad limitada y una sociedad anónima.

Una vez definidos los pasos que se tendrían que llevar a cabo para implementar esta alternativa, a continuación se mencionan las implicaciones fiscales más relevantes que se derivarían de la ejecución de los mismos.

En el caso de la constitución de HoldMex por parte de Trouts y Trouts Holdings, Inc., los recursos aportados no se considerarían como un ingreso acumulable para HoldMex en términos del artículo 17 de la Ley del Impuesto sobre la Renta. Para efectos de la Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única y de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, la aportación de capital que se llevaría a cabo no calificaría como un acto o actividad gravados.

Ahora bien, para efectos del impuesto sobre la renta, la aportación de capital que se realice deberá considerarse para efectos de la determinación del saldo de la Cuenta de Capital de Aportación (en adelante CUCA) de HoldMex, así como costo comprado de adquisición de las acciones emitidas por HoldMex que recibirían Trouts y Trouts Holdings, Inc., respectivamente.

Por la adquisición de las acciones emitidas por Pubasa que llevarían a cabo HoldMex (99.99%) y Trouts Holdings, Inc. (0.01%), ambas sociedades deberán considerar el monto pagado en la adquisición de las mismas, como costo comprobado de adquisición de las acciones para efectos de la determinación de su costo fiscal. Considerado que por la enajenación de acciones no se tiene que pagar el impuesto empresarial a tasa única, el precio pagado por su adquisición no será una deducción autorizada para HoldMex para efectos de dicho impuesto. Asimismo, en términos de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, la enajenación de acciones es un acto por el que no se está obligado al pago de dicho impuesto, por lo que a HoldMex y a Trouts Holdings, Inc. no les será trasladado dicho impuesto por el vendedor.

En cuanto a las implicaciones fiscales como consecuencia de la fusión de Pubasa como sociedad fusionada en HoldMex como fusionante, ambas sociedades residentes en México para efectos fiscales, en términos de los artículos 14 y 14-B del Código Fiscal de la Federación, se considerará que no existe enajenación, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Se presente al aviso de fusión a que se refiere el Reglamento de dicho Código. (Este aviso se tendrá por presentado en la medida en que se presenten ciertos avisos adicionales relacionados con el Registro Federal de Contribuyentes).
- b) Que con posterioridad a la fusión, la sociedad fusionante continúe realizando las actividades que realizaban ésta y las sociedades fusionadas antes de la fusión, durante un periodo mínimo de un año inmediato posterior a la fecha en que surta efectos la fusión.
- c) Que la sociedad que subsista o la que surja con motivo de la fusión, presente las declaraciones de impuestos del ejercicio y las informativas que en los términos establecidos por las leyes fiscales les correspondan a las sociedad o sociedades fusionadas, correspondientes al ejercicio que terminó por fusión.

Así las cosas, en la medida en que se cumplan con los requisitos antes mencionados se considerará que no existe enajenación para efectos fiscales y que por lo tanto no se generan impuestos por la fusión.

No obstante lo anterior, considerando que Pubasa es propietaria de bienes inmuebles ubicados en México, se detonaría el impuesto sobre adquisición de inmuebles, que es un impuesto local. Esto, toda vez que para efectos de este impuesto local en las diferentes legislaciones locales se establece que la enajenación si se considera enajenación, contrario a lo establecido por el Código Fiscal de la Federación. Así, será necesario revisar los estados y localidades en los que los inmuebles están ubicados para determinar y cuantificar el impuesto sobre adquisición de bienes inmuebles que se detonaría, así como los costos que se tendrían que cubrir ante un notario público por esta transmisión de inmuebles.

Es importante mencionar que por virtud de la fusión de sociedades, el costo fiscal de las acciones emitidas por HoldMex propiedad de Trouts y Trouts Holdings, Inc continuará siendo el monto pagado en su constitución, sin considerar el costo fiscal que las acciones de Pubasa tenían. Asimismo, el saldo de la CUCA de HoldMex, no se vería incrementado con la totalidad del saldo de la CUCA de Pubasa sino únicamente con el porcentaje que de dicho saldo correspondía a empresas distintas a HoldMex.

b) Opción 2

La segunda opción que se pudiera implementar es esencialmente la misma a la opción 1, con la única diferencia que la fusión se llevaría a cabo de manera diferente ya que en este caso la sociedad fusionada sería HoldMex y la sociedad fusionante sería Pubasa. Como se puede ver, la fusión se llevaría a cabo de manera contraria a la fusión comentada en la opción anterior.

En este caso, también se cumpliría con el requisito de que la sociedad que subsistiera de la fusión tuviera la deuda bancaria y la operación del hotel, por lo que dicho préstamo se pagaría con esos recursos.

La gran diferencia con la opción anterior, es que dado que la empresa que sería fusionada no es propietaria de los hoteles, el impuesto sobre adquisición de bienes inmuebles no se causaría, ya que Pubasa no transmitiría su propiedad por virtud de la fusión.

II. Dedución de intereses para ISR

La segunda pregunta es respecto de la posibilidad de deducir para efectos del impuesto sobre la renta los intereses que serían pagados por HoldMex o Pubasa, respectivamente, de implementar las alternativas mencionadas en el apartado anterior.

En términos del artículo 29 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, las personas morales residentes en México están en posibilidad de efectuar la deducción de los intereses devengados a cargo en el ejercicio, sin ajuste alguno.

Es importante mencionar que se deberán reconocer los efectos que se deriven en materia de ajuste anual por inflación, ya sea acumulable o deducible, y que tendrían que ser considerados por la empresa para determinar su impuesto sobre la renta a cargo.

Al respecto, el artículo 31 de dicha ley establece los requisitos que las deducciones autorizadas deberán reunir. Para el caso de intereses devengados a cargo de una persona moral residente en México destacan los siguientes:

- I. Ser estrictamente indispensables para los fines de la actividad del contribuyente.
- II. En el caso de intereses por capitales tomados en préstamo, éstos se hayan invertido en los fines del negocio.
- III. Que los intereses que se deriven de créditos recibidos por el contribuyente, correspondan a los de mercado. Cuando excedan del precio de mercado no será deducible el excedente.

Como se puede observar, a fin de poder considerar que los intereses que HoldMex devengaría a su cargo por virtud del préstamo que recibiría de un banco mexicano, el gasto tendría que ser estrictamente indispensable y el préstamo tendría que haberse invertido en los fines del negocio.

Al respecto, nuestros tribunales han interpretado lo que debe entenderse por gastos necesarios e indispensables, como se transcribe a continuación:

Registro No. 173334

Localización:

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Febrero de 2007

Página: 637

Tesis: 1a. XXX/2007

Tesis Aislada

Materia(s): Administrativa

“DEDUCCIÓN DE GASTOS NECESARIOS E INDISPENSABLES. INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 29 Y 31, FRACCIÓN I, DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA. De la lectura de los artículos 29 y 31, fracción I, de la Ley del Impuesto sobre la Renta, se desprende que las personas morales que tributan en los términos del Título II de la Ley del Impuesto sobre la Renta tienen la posibilidad de deducir, entre otros conceptos, los gastos **estrictamente indispensables** para los fines de la actividad del contribuyente. Las disposiciones mencionadas efectúan una mención genérica del requisito apuntado, lo cual se justifica al atender a la cantidad de supuestos casuísticos, que en cada caso concreto puedan recibir el calificativo de "**estrictamente indispensables**"; por tanto, siendo imposible dar una definición que abarque todas las hipótesis factibles o establecer reglas generales para su determinación, resulta necesario interpretar dicho concepto, atendiendo a los fines de cada empresa y al gasto específico de que se trate. En términos generales, es dable afirmar que el carácter de indispensabilidad se encuentra estrechamente vinculado con la consecución del objeto social de la empresa, es decir, debe tratarse de un gasto necesario para que cumplimente en forma cabal sus actividades como persona moral y que le reporte un beneficio, de tal manera que, de no realizarlo, ello podría tener como consecuencia la suspensión de las actividades de la empresa o la disminución de éstas, es decir, cuando de no llevarse a cabo el gasto se dejaría de estimular la actividad de la misma, viéndose, en consecuencia,

disminuidos sus ingresos en su perjuicio. De ello se sigue que los gastos susceptibles de deducir de los ingresos que se obtienen, son aquellos que resultan necesarios para el funcionamiento de la empresa y sin los cuales sus metas operativas se verían obstaculizadas a tal grado que se impediría la realización de su objeto social. A partir de la indispensabilidad de la deducción, se desprende su relación con lo ordinario de su desembolso. Dicho carácter ordinario constituye un elemento variable, afectado por las circunstancias de tiempo, modo y lugar -y, por ende, no siempre es recogido de manera inmediata por el legislador, en razón de los cambios vertiginosos en las operaciones comerciales y en los procesos industriales modernos-, pero que de cualquier manera deben tener una consistencia en la mecánica del impuesto. En suma, es dable afirmar que los requisitos que permiten determinar el carácter deducible de algún concepto tradicionalmente se vinculan a criterios que buscan ser objetivos, como son la justificación de las erogaciones por considerarse necesarias, la identificación de las mismas con los fines de la negociación, la relación que guardan los conceptos de deducción con las actividades normales y propias del contribuyente, así como la frecuencia con la que se suceden determinados desembolsos y la cuantificación de los mismos.

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

En términos de la tesis citada, nuestros tribunales han establecido que el carácter de indispensabilidad se encuentra estrechamente ligado con la consecución del objeto social de la empresa, de tal manera que de no realizarlo, ello podría tener como consecuencia la suspensión de las actividades de la empresa o la disminución de éstas.

Como se mencionó con anterioridad, HoldMex sería constituida con la finalidad de ser una empresa tenedora de acciones, es decir, con el objetivo de

adquirir las acciones de Pubasa y de fungir como su propietario. Como también se estableció en apartados anteriores, HoldMex necesitaba obtener un préstamo para estar en posibilidad de comprar las acciones emitidas por Pubasa y así cumplir con su objeto social.

Considerando lo anterior, somos de la opinión que hay muy buenos argumentos para sostener que el préstamo obtenido por HoldMex para la compra de las acciones de Pubasa se invirtió en los fines del negocio y que los intereses que se deriven del mismo son estrictamente indispensables.

Es importante mencionar que en nuestra opinión, lo mencionado en el párrafo anterior sería mucho más sustentable y soportable en la Opción 1, ya que HoldMex sería la empresa que directamente solicitaría el préstamo al banco mexicano y posteriormente pagaría los intereses que se fueran devengando del mismo, contrario a lo que sucedería en la Opción 2 en donde los intereses serían pagados por Pubasa que es una empresa distinta a la que solicitó el préstamo y cuyo objeto social no es ser una sociedad tenedora de acciones sino una empresa operadora de hoteles (objeto distinto al fin por el que el préstamo fue solicitado).

No dejamos de advertir que las autoridades fiscales pudieran no compartir la conclusión mencionada en el párrafo anterior, sobre todo en la Opción 2, al alegar que el préstamo se solicitó para la adquisición de las acciones emitidas por Pubasa y que la empresa que estaría pagando los intereses sería diferente a la que en su momento solicitó el préstamo.

Por otra parte, al tratarse de un préstamo que se obtendría de un banco mexicano, los intereses pactados por el préstamo corresponderán a valores de mercado al no ser una operación entre partes relacionadas.

Considerando todo lo anterior, creemos que existirían argumentos para sostener que los intereses que se paguen por el préstamo recibido serían deducibles para HoldMex o Pubasa al implementarse las alternativas antes mencionadas, aunque consideramos que esta postura es más soportable en el caso de la opción 1.

III. Dedución deuda IMPAC

La tercer y última pregunta que nos fue planteada es respecto a la posibilidad de deducir para efectos del impuesto al activo la deuda mantenida con el banco mexicano por el préstamo recibido.

Al respecto, como se pudo observar, el análisis de las preguntas anteriores ha sido realizado considerando las disposiciones fiscales que actualmente se encuentran en vigor (2011), sin que en esta fecha la Ley del Impuesto al Activo sea una de dichas disposiciones, por lo que en el año en curso esta respuesta sería innecesaria al ya no existir dicho impuesto.

No obstante lo anterior, procederemos a analizar la Ley del Impuesto al Activo que estuvo en vigor durante el último año antes de ser derogada a partir del ejercicio de 2008.

La Ley del Impuesto al Activo en vigor en el 2007 establecía que las personas morales residentes en México estaban obligadas al pago de dicho impuesto por el activo que tuvieran, con independencia de su ubicación. El impuesto se debía determinar por ejercicios fiscales aplicando al valor de su activo en el ejercicio, la tasa del 1.25%.

Dicha ley establecía lo que debía entenderse como activos para efectos de determinar el impuesto al activo a cargo de los contribuyentes, así como el procedimiento para determinar el valor de los mismos.

Contrario a lo que sucedía en ejercicios anteriores al 2007, la Ley del Impuesto al Activo en vigor en 2007 no establecía la posibilidad para los contribuyentes de deducir para efectos de la determinación del valor de su activo, las deudas que tuvieran contratadas, ya que en dicho año se abrogó el artículo 5 de dicha ley que consideraba dicha situación en el pasado.

Así, en el ejercicio de 2007 no era posible deducir las deudas a cargo de los contribuyentes para efectos de determinar el impuesto al activo a su cargo, por lo que si la deuda contratada con el banco se hubiera mantenido en el 2007, HoldMex o Pubasa no hubieran estado en posibilidad de deducirla para efectos de determinar el valor de su activo.

Es importante mencionar que el hecho de que en el 2007 la Ley del Impuesto al Activo no contemplara la posibilidad de deducir las deudas a cargo de los contribuyentes, fue combatido ante los tribunales mexicanos; sin embargo, la resolución de dichos tribunales fue en el sentido de que el hecho que dicha ley no contemplara la posibilidad de deducir las deudas a cargo de los contribuyentes no era inconstitucional.