

Investigación

Fiscal

31 de diciembre de 2009

• BOLETÍN DE LA COMISIÓN DE INVESTIGACIÓN FISCAL •

Núm. 228

CAPITALIZACIÓN INSUFICIENTE O SUBCAPITALIZACIÓN (1a. Parte)

PRESENTACIÓN

Uno de los temas que mayor incertidumbre ha ocasionado entre los contribuyentes durante los últimos cinco años corresponde a un esquema relacionado con la deducción de intereses que se incorporó a la Ley del Impuesto Sobre la Renta a partir del ejercicio 2005, y que en el medio es comúnmente conocido con el nombre de “Capitalización Insuficiente” o “Subcapitalización”.

INTRODUCCIÓN

En este Boletín se analiza este tema que sin duda tiene un impacto fiscal importante en el año de 2009.

Conforme a lo dispuesto por disposiciones transitorias de dicha Ley, el ejercicio 2009 es el último ejercicio que tienen los contribuyentes para cumplir con los requisitos establecidos en dicho esquema.

El término “Capitalización Insuficiente” o “Subcapitalización” se utiliza para describir ciertas prácticas que se aplican para dotar de recursos a una entidad.

Miguel Ángel Velasco Manríquez define la Capitalización Insuficiente como una *“Práctica que los inversionistas de grupos multinacionales llevan a cabo frecuentemente con sus empresas, con el fin primordial de bajar la carga fiscal, sobre todo cuando los dividendos distribuidos son gravados (en el país de la fuente) para los accionistas que los reciben”*.

Con base en las definiciones anteriores, se concluye que la Subcapitalización es un procedimiento que las empresas emplean con

objeto de financiar su operación con recursos ajenos, los que son desproporcionadamente mayores al capital propio, obteniendo al mismo tiempo una reducción de la carga impositiva por virtud del costo financiero (intereses) que conlleva. A nivel mundial, las autoridades hacendarias consideran que esta práctica tiene como objetivos la disminución de la carga tributaria en forma artificial o bien, la reubicación de utilidades de una empresa a otra cuando a su vez las partes contratantes están relacionadas y se ubican en diferentes jurisdicciones. Por tal motivo, diversas legislaciones en el mundo han introducido reglas para limitar la utilización de esta práctica mediante el castigo a la deducción de intereses. Es pertinente subrayar que las reglas mencionadas pretenden evitar la reubicación de utilidades entre diferentes jurisdicciones; es decir, no están diseñadas para operaciones en el ámbito doméstico porque en este caso la tasa es la misma para los contratantes.

2008-2010

C.P.C. Javier García Sabaté Palazuelos
Presidente

C.P.C. José L. Ibarra Posada
Vicepresidente de Desarrollo y Capacitación Profesional

L.C.P. Juan Francisco Fernández Andrea
Director Ejecutivo

**COMISIÓN DE INVESTIGACIÓN FISCAL
2008-2010**

Presidente

C.P. Miguel Mauricio Urrutia Schleske

Vicepresidente

C.P.C. y M.A. Raúl Tagle Cázares

Lic. Elías Adam Bitar

C.P.C. y M.I. José Gerardo Alfaro Osorio

L.C.P. Raúl Alonso de la Torre

C.P.C. Angelina Arellanos de López

C.P.C. Marcial A. Cavazos Ortiz

C.P. Plácido Del Ángel Herrera

C.P. Ubaldo Díaz Ibarra

C.P. Gerardo Domínguez Gómez

M.C.P.C. y M.I. Jorge Marcos García Landa

L.C.P. Gustavo Gómez Carrillo

C.P.C. y Lic. Héctor González Legorreta

Lic. y C.P. Víctor Hugo González Martínez

C.P.C. Ernest Haiat Khobie

C.P. Javier Hernández Garnica

C.P.C. Pablo Alejandro Limón Mestre

Lic. Mauricio Martínez D'Meza Violante

C.P.C. Arturo Martínez Martínez

Lic. Luis Eduardo Meurine Martínez

C.P. Omar Miranda Escamilla

C.P.C. Víctor Manuel Pérez Ruiz

C.P.C. Germán Antonio Polito Hernández

C.P.C. Juan Manuel Puebla Domínguez

C.P. Carlos G. Ruíz Pascacio Gamboa

C.P.C. Alejandro Javier Sánchez Calderón

C.P.C. Luis Sánchez Galguera

C.P. Eliud Alfonso Santiago Barrientos

C.P. Alejandro Solano González

C.P. Miguel Ángel Temblador Torres

C.P. Ernesto Torres García

C.P.C. Marcela Torres Martínez

Lic. Ángel José Turanzas Díaz

C.P.C. y M.I. Elio Fernando Zurita Morales

Lic. Grisell Fernández Mendoza

Gerente de Comunicación y Publicaciones

Comisión de Investigación Fiscal del Colegio, Año XVI, Núm. 228, 31 de diciembre de 2009, Boletín Informativo edición e impresión por el Colegio de Contadores Públicos de México, A.C., Responsables de la Edición: Lic. Nelly Marisol Miguel Ávila, y Lic. Francisco José Medina Ocampo, Bosque de Tabachines Núm. 44, Fracc. Bosques de las Lomas, Deleg. Miguel Hidalgo 11700. El contenido de los artículos firmados es responsabilidad del autor; tiraje de 6,500 ejemplares; prohibida la reproducción total o parcial, sin previa autorización.

Presentación	1
Introducción	1
I. Antecedentes	3
II. Evolución del esquema de Subcapitalización	4
a) Disposiciones Vigentes en 2005	4
b) Decreto Presidencial de octubre 2005	6
c) Disposiciones Vigentes en 2006	7
d) Disposiciones Vigentes en 2007	7
e) Tesis y Jurisprudencias	8

I. ANTECEDENTES

El primer antecedente de estas reglas en nuestro país se presenta en el ejercicio 2004, cuando el Servicio de Administración Tributaria (SAT) publica en su portal de Internet una serie de criterios respecto a la realización de ciertas prácticas que considera “indebidas” por parte de los contribuyentes. Entre estos criterios está el relativo al endeudamiento excesivo o Capitalización Insuficiente, que señalaba lo siguiente:

“Cuando una empresa rebase la relación pasivo : capital social de 3:1 y, tratándose de empresas del sector financiero, de 6:1, los intereses que pague la misma derivados de los pasivos contratados con sus partes relacionadas, que excedan dicha relación, no son deducibles, en los casos en que el endeudamiento se realice con el fin de erosionar la base del Impuesto Sobre la Renta y/o reubicar las utilidades y pérdidas fiscales”.

Del contenido de este criterio resaltan los siguientes aspectos:

1. La relación del pasivo era en función del capital social, situación que implicaba desconocer las demás partidas integrantes del capital contable, las que inevitablemente también forman parte del patrimonio de los inversionistas.
2. No se distinguía la residencia fiscal de las partes relacionadas (nacionales o extranjeras).
3. Se consideraban todas las obligaciones del contribuyente sin importar su origen ni la característica de tener un costo financiero o no.
4. Era indispensable demostrar que el endeudamiento excesivo tenía la finalidad de erosionar la base del Impuesto Sobre la Renta o se perseguía reubicar las utilidades o las pérdidas fiscales. No obstante, no se estableció la manera en que dicha presunción se debía confirmar o documentar, por lo que prácticamente quedaba al arbitrio de la autoridad.

II. EVOLUCIÓN DEL ESQUEMA DE SUBCAPITALIZACIÓN

a) Disposiciones Vigentes en 2005

La Reforma Fiscal de 2005 adicionó la fracción XXVI al Art. 32 de la LISR, que incorporaba al texto de Ley el criterio de la autoridad mencionado en párrafos anteriores. Esta fracción establecía textualmente en sus primeros párrafos lo siguiente:

“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”.

El contenido restante de esta fracción estableció la mecánica para calcular la relación de pasivo a capital así como la parte no deducible de los intereses. Aunado a lo anterior, se otorgó la exención de este régimen para algunas deudas así como para algunas entidades. Tal fue el caso de los créditos hipotecarios que cumplieran ciertos requisitos, de los integrantes del sistema financiero que realizaran actividades propias de su objeto, así como aquellos contribuyentes que hubieran obtenido una resolución favorable de una consulta sobre metodología de precios en operaciones con partes relacionadas, conforme a lo establecido en el Art. 34-A del Código Fiscal de la Federación.

Para facilitar el cumplimiento de los nuevos requisitos para la deducción de los intereses, se estableció un período de transición para las nuevas reglas con las siguientes características (Art. 3-III trans. para 2005):

- Los contribuyentes que al 1º de enero de 2005 hubieran determinado que sus deudas eran mayores al triple de su capital conforme a lo señalado en la fracción XXVI del artículo 32, tendrían un plazo de cinco años contado a partir de dicha fecha para disminuir dicho exceso proporcionalmente y por partes iguales en cada uno de los cinco ejercicios siguientes hasta llegar al límite establecido en el citado precepto legal.
- En caso que al final del plazo de cinco años anteriormente mencionado las deudas excedan al triple del capital, no serán deducibles los intereses derivados del monto de las deudas que excedan dicho límite y que se hubieran devengado a partir del 1 de enero de 2005.

De las disposiciones antes mencionadas, tal vez lo único que queda realmente claro es que el legislador identificó dos períodos para la aplicación de estas reglas por parte de los contribuyentes, indudablemente con consecuencias distintas:

- A. Quienes al 31 de diciembre de 2004 no hubieran excedido la proporción de 3 a 1 de sus deudas respecto al capital, no están sujetos a un “período de gracia” de cinco años para cumplir con los requisitos del nuevo esquema, por lo que NO tienen la obligación de determinar partidas no deducibles provenientes de los intereses devengados desde 2005 y hasta 2009. No obstante, estos contribuyentes ya debieron observar las reglas de subcapitalización vigentes en cada ejercicio a partir del 2005, y tuvieron que determinar año con año la partida deducible por concepto de intereses considerando la relación pasivo a capital al cierre de cada ejercicio.
- B. Por su parte, quienes al 31 de diciembre de 2004 excedieron la proporción de 3 a 1 de deudas respecto a su capital, tendrán la obligación de aplicar las reglas del período de transición, y la deducción de los intereses devengados desde 2005 hasta 2009 estará en suspenso hasta que concluya el plazo de gracia y se demuestre que a dicha fecha se ha cumplido con la relación pasivo a capital establecida en la Ley.

Cabe señalar que aún con la conclusión anterior, las reglas de Capitalización Insuficiente que se incorporaron al texto de Ley en el ejercicio 2005 fueron redactadas tan deficientemente que surgieron los siguientes problemas a resolver para los contribuyentes, entre muchos otros:

- I. El texto en Ley reconoció al capital contable en las reglas de Capitalización Insuficiente, pero excluyó del mismo al resultado neto del ejercicio que también forma parte del patrimonio del accionista.

- ii. Se estableció un castigo para no deducir los intereses que se devengarían en un período de cinco años para quienes excedieron la relación de pasivo a capital contable a la fecha de entrada en vigor de las reglas. Sin embargo, no se estableció un procedimiento para reconocer en la práctica la partida no deducible generada por intereses devengados durante cinco ejercicios, ni se estableció la naturaleza de la partida no deducible resultante (¿utilidad distribuida? ¿capital? etc).
- iii. El nuevo esquema no excluyó a las deudas que exceden del cálculo del ajuste anual por inflación, lo que inevitablemente generaba un doble castigo para el contribuyente.
- iv. Los contribuyentes debían considerar todas sus deudas en la mecánica, aún las que no tenían un costo financiero (como el caso de los proveedores).
- v. Las disposiciones no permitían concluir si el esquema aplicaba únicamente para intereses provenientes de préstamos con partes relacionadas extranjeras o también con partes relacionadas domésticas, aún cuando la aplicación de estas reglas para operaciones con partes relacionadas nacionales resulta irrelevante, como ya se explicó anteriormente.
- vi. La disposición transitoria tampoco señala cuáles reglas deben aplicarse al final del plazo para quienes excedieron la relación del 3:1 al 1º de enero de 2005. Una primera conclusión nos orillaría a segmentar la determinación de la partida no deducible por intereses considerando las reglas vigentes en cada año de la transición.

b) Decreto Presidencial de Octubre 2005

La incertidumbre jurídica que originaron las reglas originales orilló al Poder Ejecutivo a publicar un Decreto Presidencial el 21 de Octubre de 2005, con objeto de permitir a los contribuyentes lo siguiente:

- Excluir de la relación pasivo-capital, las deudas provenientes de créditos contratados con sistema financiero destinadas a inversiones productivas, y cuya contratación estuviera condicionada por lo menos a 6 de los dieciséis requisitos establecidos en el propio decreto (por ejemplo, limitación para que el deudor se fusione, escinda o realice una reestructura corporativa; para que cambie su actividad preponderante, etc.).
- Incorporar el resultado neto del ejercicio de que se trate el capital contable que se compara contra las deudas.

c) Disposiciones Vigentes en 2006

El esquema de Subcapitalización sufrió las siguientes adecuaciones a partir de 2006:

- Se excluyen las deudas condicionadas (aquéllas que pretenden limitar al deudor a realizar ciertas operaciones como la distribución de utilidades; o bien aquellas que permitan al acreedor determinar de algún modo el destino de los créditos).
- En el cálculo del ajuste anual por inflación se eliminan las deudas que excedieron de la proporción de 3:1.
- Una disposición transitoria permitió la aplicación retroactiva de estas reglas para la determinación del impuesto del ejercicio 2005.

d) Disposiciones Vigentes en 2007

La fracción XXVI del Art. 32 se reformó totalmente a partir del 1º de enero de 2007 para quedar como sigue:

- El castigo para no deducir intereses incorporó a los provenientes de todas las deudas contraídas, y no solo a los devengados por “capitales tomados en préstamo” como estaba anteriormente.
- Únicamente se aplicarán las reglas de Subcapitalización a las deudas contratadas con partes relacionadas del extranjero, siempre que éstas devenguen intereses a cargo. Es decir, NO deberán considerarse los pasivos contratados con partes relacionadas domésticas.
- Se otorga la opción de incorporar al cálculo el promedio de los saldos inicial y final de las cuentas de capital de aportación (CUCA), de utilidad fiscal neta (CUFIN) y utilidad fiscal neta reinvertida (CUFINRE) en sustitución del capital contable determinado conforme a normas de información financiera. Dicha opción se debe mantener durante cinco ejercicios.
- Se excluyeron las deudas contraídas por integrantes del sistema financiero para la realización de actividades propias de su objeto, así como aquellas vinculadas con áreas estratégicas para el país (aunque por supuesto no se incorporó una definición de “áreas estratégicas”).
- No serán deducibles los intereses derivados de deudas contratadas con partes relacionadas extranjeras únicamente en la porción en que las deudas excedan al triple del capital contable.
- Se permite ampliar la proporción de 3:1 para quienes comprueben requerir de un mayor apalancamiento y ADEMÁS obtengan una resolución favorable de las autoridades fiscales conforme al Art. 34-A del Código Fiscal de la Federación.

e) Tesis y Jurisprudencias

Son muy numerosos los litigios que se han interpuesto en contra de las reglas analizadas anteriormente, los cuales han derivado en diversas interpretaciones de nuestro Poder Judicial. Algunos de los precedentes más importantes en esta materia son los siguientes:

- 1) La Suprema Corte ha concluido que las reglas de Subcapitalización no violan el principio de proporcionalidad tributaria, porque gravan el beneficio real obtenido en operaciones celebradas entre partes relacionadas, sin disminuir artificialmente la base del tributo.
- 2) La Segunda Sala de nuestro Máximo Tribunal mediante tesis de jurisprudencia J-73/2008 concluyó que la limitación en la deducción de intereses, requiere que el acreedor sea un residente fiscal en el extranjero en todos los casos.
- 3) La Primera Sala de la Suprema Corte resolvió que el régimen transitorio por el cual los contribuyentes cuentan con un periodo de 5 años para disminuir las deudas que excedan el tope de endeudamiento en forma proporcional y por partes iguales durante cada uno de los 5 ejercicios", es una norma imperfecta porque no establecer sanción por incumplimiento, pero tampoco viola el principio de proporcionalidad tributaria. Por lo tanto, al concluir el plazo establecido en el régimen de transición se debe cumplir con la relación deuda-capital de 3 a 1, sin importar que el monto de las deudas anteriores a 1 de enero de 2005 se hayan disminuido proporcionalmente y por partes iguales durante ese lapso.