

### Combate à denominada «lavagem de dividendos»

Por último, importa fazer referência às medidas previstas para combater ou evitar a denominada «lavagem de dividendos» e que, embora tenham sido aprovadas meras autorizações legislativas, não deixarão de ter impacto no futuro.

Na verdade, este fenómeno consiste na obtenção de mais-valias resultantes da diferença entre a taxa de IRS ou IRC que é aplicada aos investidores residentes e não residentes. Tendo em conta que, actualmente, os investidores não residentes pagam uma taxa mais elevada sobre os dividendos recebidos, estes tendem a passar, antes da distribuição dos lucros, as suas posições accionistas para empresas com domicílio em Portugal.

Assim, ficou o Governo autorizado a legislar no sentido de:

(i) harmonizar a taxa de retenção na fonte de IRS e IRC aplicável a residentes e a não residentes com o limite de 25 % por forma a eliminar a actual diferença; (ii) repor o carácter definitivo da retenção de IRS sobre dividendos recebidos por pessoas singulares residentes em Portugal mantendo-se a possibilidade de opção pelo englobamento; (iii) estabelecer uma taxa especial de tributação para os «dividendos de fonte externa» recebidos por pessoas singulares residentes em Portugal, a qual deverá ser idêntica à taxa de retenção na fonte, acima referida, sobre dividendos; (iv) prever uma tributação autónoma para os «dividendos de fonte interna ou externa» decorrentes de participações detidas durante um período inferior a um ano por sujeitos passivos de IRC residentes em Portugal que beneficiem de isenção relativamente a rendimentos de capitais; e (v) por fim, eliminar a dispensa de retenção na fonte de IRC sobre dividendos correspondentes a participações detidas durante um período inferior a um ano.

As medidas acima elencadas vão, em nosso entendimento, para além do simples combate ao fenómeno referido. De facto, constatamos que as mesmas visam de igual forma a redução de benefícios previstos —isenções e dispensas de retenção na fonte— e que a nosso ver espelham a lógica de actuação do actual programa legislativo.

Em conclusão, consideramos que as medidas implementadas com o OR visam, no essencial, o aumento da eficácia da máquina administrativa de cobrança de impostos a par do combate a práticas evasivas

reconhecendo-se, porém, e uma vez mais, a incapacidade da administração fiscal de combater tais práticas através dos mecanismos já previstos na legislação fiscal em vigor.

MIGUEL DURHAM AGRELLOS (\*)

## LATINOAMÉRICA

### EL RÉGIMEN DE DETERMINADAS SITUACIONES DE INFRACAPITALIZACIÓN DE SOCIEDADES EN VIGOR EN MÉXICO. EFECTO EN LAS INVERSIONES ESPAÑOLAS

Esta nota analiza el régimen, que ha entrado recientemente en vigor (se ha incluido en la Ley del Impuesto sobre la Renta a partir del ejercicio 2005), de las situaciones de infracapitalización, fenómeno al que también se refieren en México con el término, de clara influencia anglosajona, de «capitalización delgada». El motivo de este breve estudio son los importantes efectos que pueda tener este cambio legislativo en las filiales de empresas españolas que operan en México al poder afectar de forma negativa a su actual estructura financiera.

#### Finalidad del régimen general de la infracapitalización

Este nuevo régimen de infracapitalización se aprobó mediante la publicación, el 1 de diciembre de 2004 en el Diario oficial de la Federación, del Decreto por el cual se derogaban, modificaban y añadían determinadas disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

La finalidad perseguida por el legislador mexicano no parece irrazonable: restringir la deducción de intereses a los sujetos pasivos del impuesto o contribuyentes que a través del recurso a operaciones de endeudamiento lo que realmente pretenden es: (i) reducir la base imponible del impuesto sobre la renta; o (ii) recolocar beneficios fiscales de una empresa mexicana a otra. En definitiva, este nuevo régimen reflejaría la voluntad del legislador mexicano de que las empresas funcionen con márgenes de

\* Abogado do Departamento de Direito Fiscal de Uría Menéndez (Porto).

endeudamiento equilibrados respecto de su capital social. Y el medio al que recurre el legislador es, de forma general, un instrumento normativo mediante el cual las partes relacionadas no puedan deducirse los intereses que deriven de un endeudamiento excesivo en su relación con el capital contable de la empresa, estableciéndose un mecanismo que incluye una proporción para la comparación de las deudas con el capital.

### La Fracción XXVI del artículo 32 del Impuesto sobre la Renta

Este instrumento se materializa en la criticable, como veremos a continuación, nueva fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta. Esta fracción dispone básicamente lo siguiente:

(i) que los sujetos pasivos o contribuyentes no podrán deducirse los intereses que se deriven de las deudas o 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 la misma Ley, siempre que la cuantía de las deudas sea superior al triple del monto del capital contable según el estado de posición financiera del sujeto pasivo, sin considerar el beneficio o pérdida neta de dicho ejercicio; y

(ii) que lo anterior también resultará de aplicación a los intereses que se deriven de las deudas que provengan de capitales tomados en préstamo de una parte independiente residente en el extranjero, cuando el sujeto pasivo sea una parte relacionada de una o más personas en los términos del artículo 215 de la Ley del Impuesto sobre la Renta. Resulta evidente que es esta parte de la regulación es la que mayores efectos puede tener en las filiales de empresas españolas que operan en México.

A lo primero que se debe acudir es al concepto de parte relacionada que fija el mencionado artículo 215 de la Ley del Impuesto sobre la Renta. Este artículo entiende que dos o más personas son partes relacionadas cuando una participa de manera directa o indirecta en la administración, control o capital de la otra, o cuando una persona o grupo de personas participe directa o indirectamente en la administración, control o capital de dichas personas. De lo anterior, cabe concluir que cualquier sociedad mexicana, por el hecho de estar participada por socios o accionistas se entiende que tendría una parte relacionada,

ya que los socios o accionistas participan en el capital social a través del cual se relacionan siendo entonces partes relacionadas.

Este nuevo régimen viene a establecer una limitación en lo relativo a la deducción de aquellos intereses que tengan acumulativamente las siguientes dos características: (i) que se trate de intereses originados en los créditos celebrados entre partes relacionadas, o entre partes independientes residentes en el extranjero cuando éstas sean partes relacionadas; y (ii) que la cuantía de la deuda contratada por el contribuyente sea superior a una cuantía equivalente a tres veces el capital social de la empresa.

### Mecanismo para la determinación de los intereses no deducibles

En este sentido, para fijar la cuantía de las deudas que excedan el límite proporcional señalado anteriormente, se restará —del saldo promedio anual de todas las deudas— la cantidad que resulte de multiplicar por tres el cociente resultante de dividir entre dos la suma del capital contable al inicio y al final del ejercicio.

A los efectos del párrafo anterior, los sujetos pasivos determinarán 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.

A su vez, los sujetos pasivos cuyas deudas excedan la proporción deuda-capital establecida en la mencionada fracción XXVI, deberán determinar el importe de los intereses que no son deducibles. Dicho importe 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 la cuantía de las deudas que excedan el límite a que se refieren los párrafos anteriores.

Hay que añadir una matización dispuesta por la propia fracción XXVI: para el cálculo del saldo promedio anual de las deudas no se incluirán 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 cumpla con los requisitos de información que para tales efectos señale el Reglamento de la Ley. Sin embargo, lo anterior no será de aplicación en los casos en los que el referido

crédito hipotecario hubiese sido otorgado por una o más personas que se consideren partes relacionadas según la definición del artículo 215 de la Ley.

### Supuestos excluidos del régimen general

Quedan excluidos de la aplicación de régimen general descrito antes los siguientes supuestos:

(i) Créditos con partes relacionadas mexicanas

Cuando el sujeto pasivo del impuesto obtiene una resolución favorable de las contempladas por el artículo 34-A del Código Fiscal de la Federación. Mediante dicha resolución se acredita que las operaciones a las que ésta se refiere se han efectuado a precios de mercado que hubiesen podido ser pactados entre partes independientes. Para que esta exclusión resulte aplicable, se requiere que se trate de préstamos otorgados entre partes relacionadas según se definen en el artículo 215 de la Ley y, además, que se acompañe a la solicitud de resolución un dictamen emitido por un contador público registrado que contenga la metodología que demuestre que los precios pactados entre las partes son los precios que se acuerdan en operaciones comparables entre partes independientes; y

(ii) Créditos con partes independientes extranjeras

Cuando el sujeto pasivo del impuesto, que es parte relacionada con una o más personas (en los términos del artículo 215 de la Ley), consiga créditos de una parte independiente extranjera, siempre y cuando el margen de beneficio que provenga de sus operaciones con partes relacionadas sea razonable. Para evidenciar dicha «razonabilidad» se requiere igualmente una resolución favorable de las autoridades fiscales de las referidas en el artículo 34-A. Por lo tanto, si el sujeto pasivo tiene partes relacionadas y consigue financiación de una parte independiente con residencia en el extranjero, el régimen general resultará aplicable salvo que estemos en el supuesto mencionado en este apartado. En dicha resolución se debe acreditar que las operaciones sobre las que versa la resolución se han realizado a precios que se podían haber acordado entre partes independientes. De igual forma a la exclusión anterior, el solicitante de la referida resolución deberá aportar un dictamen emitido por un contador público registrado que contenga la metodología que demuestre que los

precios pactados entre las partes son los precios que se acuerdan en operaciones comparables entre partes independientes.

### Régimen Transitorio respecto de las operaciones celebradas antes de la entrada en vigor de las nuevas normas de infracapitalización

La fracción III del artículo Tercero de las disposiciones transitorias de la Ley del Impuesto sobre la Renta, establece que los sujetos pasivos del impuesto que el día 1 de enero de 2005 se encontrasen en una situación en la que el importe de sus deudas fuese superior a su capital en la proporción señalada en la fracción XXVI del artículo 32 de la Ley, dispondrán de un plazo de cinco años para reducir proporcionalmente el mencionado importe de sus deudas por partes iguales en cada uno de los cinco ejercicios hasta alcanzar la proporción dispuesta en la referida fracción XXVI del artículo 32 de la Ley. Entendemos que la aplicación práctica de dicha disminución por partes iguales puede ser complicada.

### Efectos inmediatos de la entrada en vigor del nuevo régimen en las filiales de empresas extranjeras en México y situación actual

La entrada en vigor del nuevo régimen supone un aumento notable en los costos de las filiales de las empresas extranjeras (españolas, por lo tanto) en sus operaciones diarias por la no deducibilidad de parte de sus intereses. De esta forma se concede a las empresas mexicanas una ventaja competitiva al financiarse con créditos de entidades financieras mexicanas. Por lo tanto, las filiales de empresas extranjeras deberán proceder a revisar sus necesidades de financiamiento para desarrollar su actividad en México.

Por lo que respecta a las instituciones financieras extranjeras, nuestra recomendación práctica es que para que continúen siendo competitivas en México deberán pertrecharse de la resolución anticipada que se mencionaba en el punto III; o bien establecer relaciones de colaboración con entidades financieras de nacionalidad mexicana a las que proveerían de fondos para los financiamientos desde las entidades financieras mexicanas. Este segundo financiamiento no estaría incluido en el régimen general de límite a la deducibilidad de los intereses.

No obstante lo anterior, la entrada en vigor de todo el régimen general parece que va a resultar afectada por las protestas que esta nueva normativa ha levantado. Se ha argumentado que dicho régimen no debería aplicarse en relación con los proyectos de

infraestructura importantes y concretamente a las empresas que se constituyan como vehículos de propósito específico para emprender la realización de proyectos de infraestructura. La crítica se ha originado principalmente en empresas públicas del sector de producción de energía e hidrocarburos (Petróleos de México y la Comisión Federal de Electricidad).

Como resultado de las referidas críticas existen en la actualidad diversas iniciativas para limitar el alcance de dichas reglas (por ejemplo, se pretende excluir su aplicación obligatoria a aquellas entidades cuya participación es indispensable para la creación de la infraestructura del país, tales como la producción de energía eléctrica, los proyectos de exploración y explotación de los yacimientos petroleros y la construcción de carreteras).

Lamentablemente por razones del calendario legislativo todavía no se han tramitado las modificaciones mencionadas. El segundo periodo legislativo del Congreso de la Unión ha comenzado en septiembre de 2005. Según los expertos existe una gran probabilidad de que la reforma se apruebe en el referido periodo. Si no se revisan estas normas en este periodo, la posibilidad de que la modificación del régimen suceda durante el año de 2006 es remota por la naturaleza electoral del año.

La otra opción es el que el Ejecutivo Federal promulgue un Decreto mediante el cual se libere a las entidades que realicen proyectos de infraestructura de la aplicación del régimen general en materia de infracapitalización o se posponga la entrada en vigor de dichas disposiciones. Dada la importancia de la materia y los efectos negativos de esta normativa en este tipo de proyectos que son vitales para México es muy probable que este sea el mecanismo por el que se opte para desactivar la aplicación de este régimen en estos supuestos.

FRANCISCO MARTÍNEZ BOLUDA (\*)

## INCENTIVOS FISCALES A LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA EN BRASIL

### Introducción

El presente artículo tiene por objeto describir los incentivos fiscales concedidos por el Poder Ejecutivo

Federal brasileño en la Medida Provisoria número 252 de 15 de junio de 2005 («MP 252», popularmente conocida como la «MP do bem»), a las personas jurídicas establecidas en Brasil que ejercen actividades que impliquen innovación tecnológica.

Según el párrafo primero del artículo 17 de la MP 252, se considera innovación tecnológica la concepción de nuevo producto o proceso de fabricación, así como la agregación de nuevas funcionalidades o características al producto o proceso que implique mejoras incrementales y efectivo aumento de calidad o productividad, resultando en mayor competitividad en el mercado.

Cabe resaltar, en relación con la anterior definición, lo siguiente: aunque la definición del citado dispositivo legal de la MP 252 incluya solamente la creación de un producto o proceso de fabricación como posibles actividades susceptibles de beneficiarse de los beneficios fiscales en cuestión, la MP 252 reconoce también beneficios fiscales a las personas jurídicas que inviertan en investigación tecnológica (actividad que antecede a la creación del nuevo producto o proceso de fabricación) en conjunto con universidades, instituciones de investigación e inventores, conforme se describirá en mayor detalle más adelante.

Conviene, antes de adentrarse en la descripción de los beneficios fiscales aprobados por la MP 252, hacer un breve comentario respecto al funcionamiento del instituto jurídico de la medida provisoria en Brasil y al trámite de la propia MP 252 en el ámbito del Congreso Nacional.

### Aspectos jurídico-constitucionales de las medidas provisionales Previsión constitucional del instituto Casos en que se debe utilizar medidas provisionales

Dispone el artículo 62, «caput», de la Constitución Federal de la República Federativa del Brasil de 1988 («CF») que, en caso de relevancia y urgencia, el Presidente de la República podrá editar medidas provisionales, con fuerza de ley, debiendo someterlas inmediatamente a la aprobación del Congreso Nacional.

El texto del artículo citado permite vislumbrar que tal vez el instrumento legislativo más adecuado para la creación de los incentivos fiscales a la innovación tecnológica no sea la medida provisoria, ya que no parece que la concesión de tales beneficios reúna los requisitos de relevancia y urgencia, de manera que la introducción de estos beneficios directamente por ley parece técnicamente más acertado. Sin

\* Abogado en la Oficina de Uría Menéndez en México.