

Créditos respaldados. Aspectos a considerar para una reforma.

Gabriela Pellón
Ortiz, Sainz y Erreguerena, S.C

a) Introducción

1. Toda negociación para poder operar necesita en todo momento de capital. Para estos efectos, las empresas recurren a diversas fuentes de financiamiento, siendo las principales la contratación de deuda (*debt*) y el aumento del capital (*equity*).

Por lo que hace al otorgamiento de créditos, es una práctica ordinaria el que entidades que están vinculadas con otras empresas (partes relacionadas), les soliciten provisiones de fondos a éstas, pues en virtud de la relación que guardan entre sí, el otorgamiento de créditos resulta más accesible y expedito, que si lo solicitaran a instituciones financieras.

Asimismo, es muy común que grupos consolidados financieramente tengan una tesorería centralizada (*cash pool*), la cual se encarga de proveer de fondos a las empresas del grupo con el dinero que pagan las otras empresas por concepto de intereses.

2. En muchos países, los intereses y otros gastos financieros son deducibles del impuesto sobre la renta, mientras que no lo son los dividendos. Por tal razón, resulta fiscalmente conveniente financiar las actividades de las empresas con deuda más que con capital.

En general, existe consenso doctrinal respecto al trato fiscal que un país debe dar a los gastos de financiación en el contexto internacional, intentando respetar los siguientes objetivos:

- No obstaculizar las inversiones por no residentes en el país;
- No obstaculizar el financiamiento de actividades empresariales por parte de no residentes en el país, tanto si éstas están a cargo de residentes como de no residentes;
- No obstaculizar la realización de negocios o la inversión fuera del país por parte de los residentes;
- Lograr que la base fiscal nacional del país no sufra erosión; y
- Lograr que se cobre una carga fiscal apropiada por los ingresos de fuente extranjera obtenidos por residentes en el país.

3. En nuestro país, las reglas y requisitos para la deducción de intereses pagados por capitales tomados en préstamo, han existido desde hace muchos años; hoy día dichos intereses son deducibles, siempre que el capital sea invertido en los fines del negocio¹. No obstante, de algunos años atrás, el legislador ha ido incluyendo dentro de la Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR), una serie de medidas anti-abuso tales como i) las reglas de capitalización insuficiente²; ii) las limitantes de precios de transferencia, y iii) el ajuste anual por inflación, pues se deduce efectivamente el interés real, mientras que las retenciones se hacen sobre el valor nominal de los intereses, y iv) la recharacterización de intereses derivados de ciertos préstamos como dividendos (o también llamados "*dividendos fictos*").

Ahora bien, además de los requisitos que para la deducción de intereses impone la LISR a los contribuyentes; en tratándose de operaciones celebradas entre partes relacionadas, dicho ordenamiento establece obligaciones formales³ y materiales adicionales, por medio de las cuales el legislador pretende evitar el abuso, para no erosionar demasiado la base impositiva.

Es importante señalar que aunque en algunos casos existen contribuyentes que buscan evadir el pago de impuestos mediante el otorgamiento de créditos que califican como respaldados, la inmensa mayoría de empresas que celebran este tipo de operaciones lo hacen con una finalidad real de negocio, de ahí que sea tan relevante el que la disposición que los regula sea certera y clara.

El propósito del presente documento es analizar varias hipótesis en las que los intereses derivados de préstamos, son recharacterizados para efectos fiscales como dividendos, específicamente los conocidos como "*back to back loans*". Con el análisis aquí propuesto se pretende demostrar que con el ánimo de incrementar las cargas tributarias y evitar la evasión fiscal a través de reestructuras de grupos empresariales, se han llevado a cabo desafortunadas reformas legislativas que han castigado a transacciones válidas y comunes, afectando en consecuencia la inversión extranjera en nuestro país.

b) Créditos Respaldados

¹ Cuando se otorguen préstamos a terceros aplican una serie de restricciones para efectos de la deducción. (Artículo 31, fracción VIII de la Ley del Impuesto sobre la Renta).

² Incluidas en la Ley a partir de 2005, y con una serie de modificaciones a la fecha.

³ Nos referimos en especial a las obligaciones de contar con estudios de precios de transferencia que demuestren que el monto de los intereses es acorde con el precio de mercado, la presentación de declaraciones informativas, etc.

1. El artículo 92 de la LISR, establece como presupuesto inicial que tratándose de intereses que se deriven de créditos otorgados a personas morales (PM) o a establecimiento permanentes (EP), por personas residentes en el país o residentes en el extranjero, que sean partes relacionadas⁴ de la persona que paga el crédito, se considera que los intereses derivados de dichos créditos tendrán el tratamiento fiscal de dividendos cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

- i) El deudor formule promesa incondicional de pago parcial o total del crédito recibido, a una fecha determinable en cualquier momento por el acreedor;
- ii) Los intereses no son deducibles, por no estar pactados a las tasas de mercado;⁵
- iii) Que en el caso de incumplimiento, el acreedor tenga derecho a intervenir en la dirección o administración de la sociedad deudora;
- iv) Que los intereses estén condicionados a la obtención de utilidades o que su monto se fije con base en dichas utilidades;
- v) Los intereses que provengan de créditos respaldados.

Analizando los supuestos en los que se puede presentar la recharacterización de intereses como dividendos, tenemos que el legislador busco limitar aquellos créditos que se otorguen entre partes relacionadas, pactando condiciones que no se pactarían con partes independientes en operaciones comparables.

Así, tratándose de los supuestos mencionados en los puntos i) y iii), lo que el legislador buscó es limitar aquellos casos en los que es claro que el acreedor tienen ciertos derechos preferenciales respecto del deudor, que en una operación entre partes independientes no se presentarían; Tratándose de los supuestos mencionados en los puntos ii) y iv), resulta claro que se trató de limitar aquellos intereses que nos son pactados a tasas de mercado; sin embargo, el supuesto previsto por el punto v), excede las intenciones del legislador, pues incluye como créditos

⁴ Se considera que dos o más personas son partes relacionadas, cuando una participa de manera directa o indirecta en la administración, control o capital de la otra, o cuando una persona o grupo de personas participe directa o indirectamente en la administración, control o capital de dichas personas. Tratándose de asociaciones en participación, se consideran como partes relacionadas sus integrantes, así como las personas que conforme a este párrafo se consideren partes relacionadas de dicho integrante. (Artículo 215 de la LISR).

⁵ Artículo 31, fracción XIV de la LISR

respaldados⁶ (*back to back loan*) operaciones llevadas a cabo a valores de mercado (*Arm's length principle*), e incluso operaciones celebradas entre partes independientes.

2. Antes de proceder al análisis de lo que para efectos de la LISR se entiende por créditos respaldados (*back to back loans*), vale la pena entender el presupuesto inicial del artículo 92, pues ubicarse en la hipótesis prevista por el mismo, es menester para recharacterizar a un interés como dividendo.

i) El deudor necesariamente debe ser una PM residente en México o un EP.⁷

ii) El acreedor puede ser persona física (PF) o PM, residente en México o en el extranjero,⁸ pero necesariamente tiene que ser parte relacionada de la persona que paga el crédito.

La desafortunada redacción del primer párrafo del artículo 92 que nos ocupa, deja la duda si el legislador legítimamente pretendió suponer que la persona que paga el crédito puede ser distinta del deudor, situación que legalmente se presenta y además es común en las transacciones diarias.⁹

iii) Que se dé alguno de los cinco supuestos mencionados anteriormente.

3. Teniendo presente lo anterior, centraremos este análisis únicamente en el caso de los créditos respaldados, pues los demás supuestos encuentran su lógica en la naturaleza de la propia disposición.

Para estos efectos, se consideran créditos respaldados, básicamente cuatro supuestos: i) operaciones en las que se proporcione recíprocamente efectivo, bienes o servicios; ii) financiamiento garantizado por efectivo, acciones o instrumentos de deuda; iii) créditos condicionados a la celebración de contratos que otorguen derechos de opción al acreedor, y iv) operaciones financieras de deuda con el propósito de transferir recursos de una parte relacionada a otra.

- **Operaciones en las que se proporciona efectivo, bienes o servicios.**

⁶ Y por lo tanto como dividendos para efectos de la LISR.

⁷ Las personas físicas tienen regla especial en el artículo 165 de la LISR.

⁸ Por lo que hace al acreedor, podría sostenerse que la LISR comprende tanto a personas morales como a personas físicas, pues se refiere indistintamente a "personas", sin hacer precisión alguna al respecto.

⁹ Cesión de cuentas por pagar.

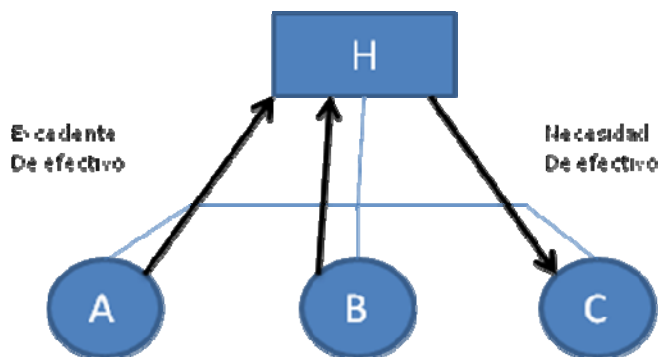
Se consideran créditos respaldados, las operaciones por medio de las cuales una persona le proporciona efectivo, bienes o servicios a otra persona, quien a su vez le proporciona directa o indirectamente¹⁰ efectivo, bienes o servicios a la persona mencionada en primer lugar o a una parte relacionada de ésta.

En este primer supuesto resulta relevante definir el alcance del término "proporciona", pues en estricto sentido, no necesariamente se refiere a operaciones de crédito que es requisito de la premisa inicial del artículo 92 de la LISR, lo cual genera una serie de distorsiones que se analizarán a lo largo del presente apartado.

Se analizan a continuación algunas hipótesis¹¹ para evidenciar que la disposición en comento puede llegar a tener un alcance que con certeza no era el perseguido por el legislador:

- Una sociedad Holding, residente en México para efectos fiscales es accionista de tres sociedades residentes también en nuestro país para efectos fiscales, a las cuales denominaremos sociedades A, B y C.

En este caso supongamos que la Holding funge como una tesorería centralizada del grupo accionario; las sociedades A y B tienen un excedente de efectivo, y la sociedad C necesita flujos del mismo. Por lo tanto, las primeras deciden hacer un préstamo a la Holding, y ésta le concede un crédito a la sociedad C.



¹⁰ Operaciones que se lleven a cabo por *interposita* persona.

¹¹ A manera de ejemplo nos permitimos desarrollar los siguientes supuestos, los cuales reflejan operaciones que podrían presentarse de manera normal en el desarrollo de las actividades de cualquier grupo, sin que con ello se busque obtener beneficios fiscales indebidos, y que conforme a la redacción de la fracción V del artículo 92 de la LISR, podrían encuadrar en el supuesto de créditos respaldados.

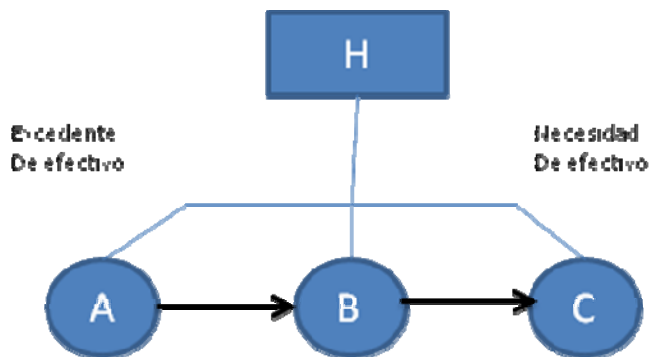
La Holding recibe efectivo de las sociedades (A y B), para proporcionarlo a otra sociedad (C). La Holding es parte relacionada de C, quién es quién paga el crédito.

No obstante, que las empresas pacten intereses acordes con las tasas aplicables en el mercado, los intereses que pague C a la Holding serán recaracterizados como dividendos, pues dicha operación será considerada como un crédito respaldado, de conformidad con lo dispuesto en la fracción V del artículo 92 de la LISR.

Una segunda reflexión sobre lo anterior resulta que en una operación de créditos respaldados necesariamente existen dos créditos, pues uno es el que respalda al otro.

En el caso concreto a texto de Ley, y en tanto ésta no es clara, se podría llegar al extremo de pretender darle también el tratamiento de dividendos, a los intereses que la Holding le pague a A y B, ya que la Ley no especifica a qué intereses se está refiriendo cuando pretende recaracterizarlos.

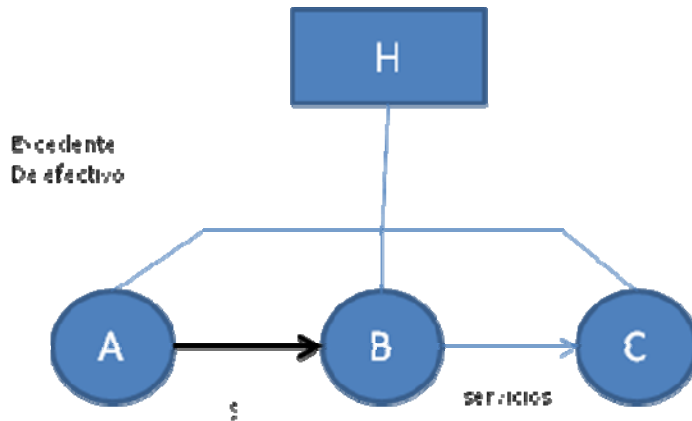
- Exactamente las mismas conclusiones tendríamos en un esquema en el que A, hace un préstamo en favor de B y posteriormente, B hace a su vez un préstamo en favor de C:



En el caso en comento, tanto los intereses que B le pague a A (sean o no de mercado), como los intereses que C le pague a B (sean o no de mercado), serán recaracterizados como dividendos, pues C es parte relacionada de A.

Otro problema de interpretación se presenta cuando los montos de los créditos no son equivalentes (lo cual es lo común), pues la Ley no distingue si los intereses recaracterizados deben ser todos, o solo los proporcionales a la operación que "respaldan". Lo anterior se hace evidente cuando el préstamo que A le hace a B es por \$45'000,000 de pesos, con sus correspondientes intereses y el préstamo que B le hace a C es por \$100,000, con sus respectivos intereses.

- Un ejemplo más, B presta servicios de asesoría a las empresas del grupo. Ya que B no tiene solvencia económica, solicita un préstamo a la sociedad A, a efecto de poder llevar a cabo una prestación de servicios a favor de C, la cual pagará una vez que los servicios hayan sido concluidos (ej. 6 meses).



Con independencia de que el financiamiento recibido por B, será pagado a la sociedad A tan pronto como reciba el pago de C, los intereses que deriven de dicha operación tendrán el tratamiento fiscal de dividendos.

Toda vez que la LISR no establece reglas de temporalidad, podría llegarse al extremo de considerar como crédito respaldado y por lo tanto como dividendo, una operación que pudiera estar desvinculada con el financiamiento.

En el ejemplo en comento, si B solicita un préstamo a A para prestar determinado servicio en favor de C y a terceros ajenos al grupo¹², la Ley no contiene una disposición clara que permita a B determinar cuando los intereses que pague a favor de A deben ser considerados como dividendos y cuando no.

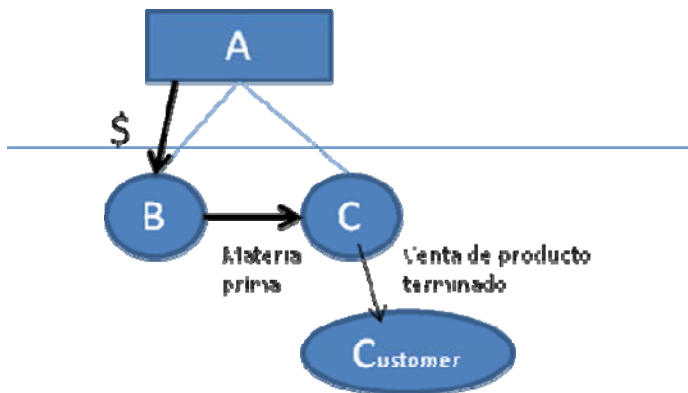
Más aún si B solicita un préstamo a A para el pago de su nómina, los intereses pactados deberán recibir el tratamiento de dividendos, pues B proporciona servicios administrativos a C, quien es parte relacionada de A. Este último caso resulta absurdo y no encuentra lógica alguna su existencia.

- Otro ejemplo de una operación que además resulta por demás común en los negocios diarios y que pudiera ser considerada como crédito respaldado es la siguiente:

¹² Partes independientes de A

Una sociedad residente en el extranjero (A), tiene dos subsidiarias en México (B y C). B se encarga de proveer de materia prima a C, la cual lleva a cabo la manufactura de un producto que se enajena al público. B requiere de un financiamiento por parte de la matriz (A) para la adquisición de materia prima.¹³

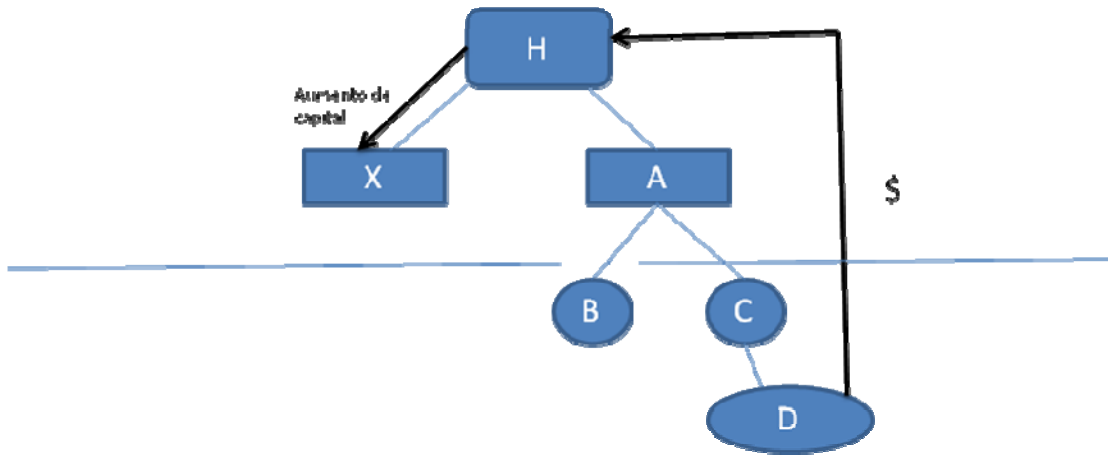
Los intereses que B le pague a A por el financiamiento serán recaracterizados como dividendos, pues esta operación debe ser considerada como un crédito respaldado a la luz de las disposiciones fiscales.



Desde un punto de vista económico esta operación no debiera ser considerada como un crédito respaldado, pues no existen bienes que soporten o garanticen el crédito otorgado, pero el texto de la Ley nos lleva a considerarlo como tal, al considerar crédito respaldado cuando una parte relacionada esté involucrada y exista transmisión de bienes (derivado del desafortunado verbo utilizado por la Ley "proporciona").

- Una holding de varios grupos de empresas residente en el extranjero, recibe un préstamo por parte de una de sus subsidiarias mexicanas. Posteriormente la Holding realiza un aumento de capital en una de las subholding (X) residente en el extranjero.

¹³ El presente caso se obtuvo de un artículo publicado por Christian Natera y Jose Ignacio Pizarro-Suarez en Euromoney handbooks.



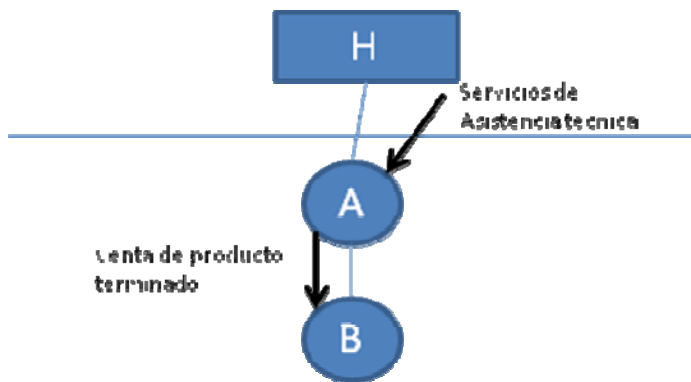
Ya que la LISR no delimita el alcance del término “proporcionar efectivo, bienes o servicios”, podría considerarse que inclusive un aumento de capital puede quedar comprendido en ese supuesto, pues finalmente por virtud del aumento de capital, la Holding *proporciona*, en sentido lato, efectivo a la X.

Por lo tanto, consideramos necesario que el legislador establezca el alcance que pueden tener ciertos conceptos tan vagos como “proporcionar”, pues esa voz puede comprender una infinidad de supuestos.

- Si bien el presupuesto original del artículo 92 únicamente se refiere a intereses que deriven de créditos (operaciones de crédito, préstamos, financiamientos, etc.), la definición de créditos respaldados de la fracción V del mismo artículo, parece referirse a cualquier operación en la que se proporcione efectivo, bienes o servicios, lo cual es sumamente grave pues surgen incongruencias, incluso absurdas como el que se muestra a continuación:

Una sociedad holding residente en el extranjero presta servicios de asistencia técnica a su subsidiaria mexicana (A) para la elaboración de un producto determinado. A vende el producto terminado a otra entidad del grupo (B).¹⁴

¹⁴ Idem



Pretendiendo evidenciar la falta de certeza jurídica que adolece el artículo 92 de la LISR, esta operación, a pesar de no ser una operación de crédito, podría llegar a ser considerada por nuestras autoridades como un crédito respaldado, pues la redacción de la fracción V del artículo 92 a esto nos lleva.

Lo anterior es así, pues a pesar de que la premisa inicial se refiere únicamente a intereses derivados de créditos, la definición de créditos respaldados sugiere como tales a “las operaciones por medio de las cuales una persona proporciona efectivo,¹⁵bienes o servicios a otra persona”

Lo anterior parecería absurdo, pues además involucraría una previa recaracterización de los pagos efectuados como contraprestación por la prestación del servicio, como intereses, para estos posteriormente ser recaracterizados como dividendos.

- **Operaciones garantizadas por efectivo, acciones o instrumentos de deuda.**

Se considera crédito respaldado, las operaciones en las que una persona otorga un financiamiento y el crédito está garantizado por efectivo, depósito de efectivo, acciones o instrumentos de deuda de cualquier clase, de una parte relacionada o del mismo deudor (acreditado).

En un plausible intento por evitar perjudicar a tantas operaciones del día a día, para el ejercicio fiscal de 2008 se adicionó un párrafo el cual establece que, no se considera que existe un crédito respaldado cuando el crédito esté garantizado por acciones o instrumentos de deuda de cualquier clase, propiedad del deudor (acreditado) o de partes relacionadas de éste que sean residentes en México, siempre que el acreedor (acreditante) no pueda disponer legalmente de aquellos, salvo en caso de que el acreditado incumpla con las

¹⁵ Este es el único supuesto en el que se presenta una operación de crédito.

obligaciones pactadas. Lo que no queda claro que tratamiento se le debe dar a las operaciones previas a 2008 que pactaron dichas garantías, ¿aplicación retroactiva?

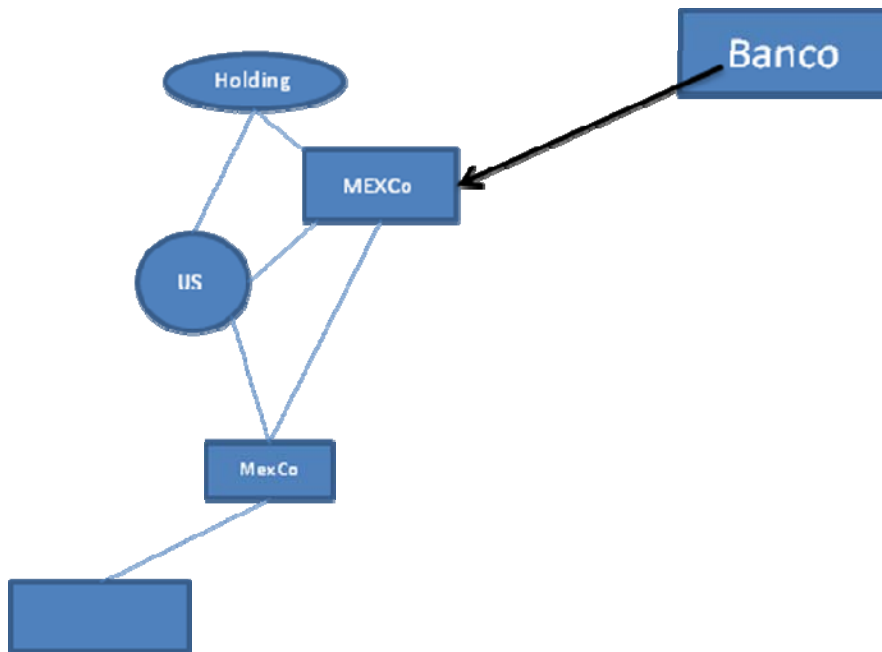
Independientemente de que la reforma mencionada salva o deja fuera de la definición de créditos respaldados a varias operaciones, lamentablemente la misma no fue suficiente, pues otras varias operaciones legales, siguen estando dentro de la definición, quizá, sin ser económicamente hablando, un crédito respaldado.

Existe la duda en este caso, por ejemplo, cuando un crédito es otorgado a una PM por una institución financiera (banco) por un monto de \$500, y el mismo es garantizado por un depósito en efectivo en la misma institución bancaria por parte del deudor por un monto de \$250.

En este caso, subsiste la duda, si se le debe dar el tratamiento de dividendos únicamente al 50% del interés del crédito, o a todos los intereses derivados del mismo, ya que la Ley no es clara al respecto.

Por otro lado, es común que en los contratos que realicen los particulares con el Gobierno, se solicita a estos la garantía del crédito otorgado con sus propias acciones, lo anterior, de acuerdo a lo dispuesto por la LISR puede resultar peligroso, y deberá analizarse con detalle, pues puede considerarse un crédito respaldado, y por lo tanto tener el tratamiento de dividendo para efectos fiscales.

- Un ejemplo muy común en las transacciones diarias son los financiamientos por bancos o por terceros, solicitando como garantía prendaria, las acciones del deudor o de alguna subsidiaria de éste. Con la reforma que comentamos se pretendió dejar fuera a este tipo de transacciones por demás comunes, sin embargo se generó un problema de inequidad que resulta clara en el siguiente ejemplo:



En la operación anterior, los intereses derivados del crédito otorgado por el Banco tendrán el tratamiento de intereses, si el mismo está garantizado con acciones¹⁶ de la deudora Mexco o de alguna de sus subsidiarias mexicanas.

Dos meses después, Mexco vuelve a solicitar un crédito al mismo Banco y éste lo garantiza con las acciones de US¹⁷. Los intereses derivados de éste último crédito, tendrán el tratamiento de dividendos, por considerarse éste como un crédito respaldado.

Así, tenemos que en una misma operación, dependiendo de la residencia fiscal del emisor de las acciones otorgadas como garantía prendaria, se califica al crédito como respaldado o no.

En el mismo esquema, si USCO garantiza el crédito otorgado a Mexco, con un inmueble, ya no estaríamos en presencia de un crédito respaldado.

Nuevamente en el mismo ejemplo, si Mexco garantiza el crédito con acciones tanto de USCo como de Mexco, es imposible saber qué porcentaje de los intereses deben ser considerados como dividendos, o si el 100% de los mismos deben tener tal tratamiento.

¹⁶ Las mismas conclusiones serían válidas si en lugar de acciones, la garantía consistiera en un pagaré emitido por Mexco o por su subsidiaria mexicana.

¹⁷ Las mismas conclusiones serían válidas si en lugar de acciones, la garantía consistiera en un pagaré emitido por Usco.

- **Créditos condicionados a la celebración de contratos que otorguen derechos de opción al acreedor**

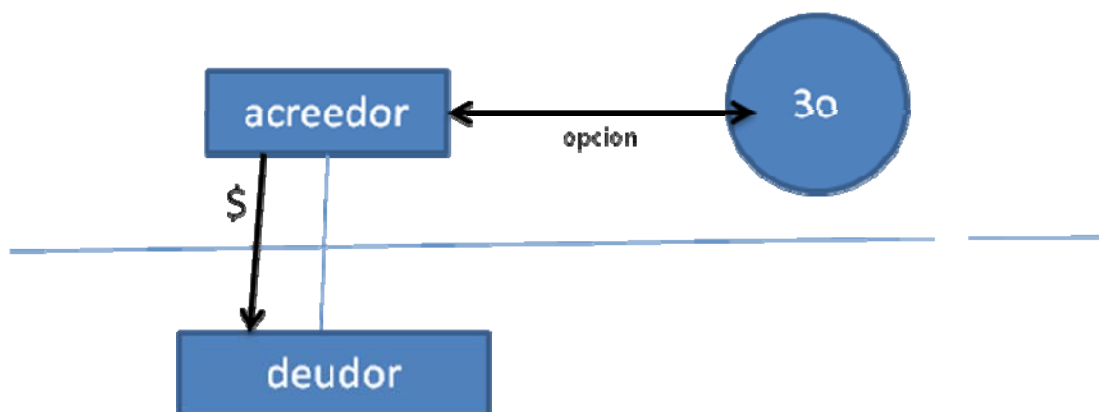
A partir del año 2007 se introduce una nueva hipótesis de créditos respaldados, relativa a las operaciones en las que el otorgamiento del crédito se condicione a la celebración de uno o varios contratos que otorguen un derecho de opción a favor del acreedor (acreditante) o de una parte relacionada de éste, cuyo ejercicio dependa del incumplimiento parcial o total del pago del crédito o de sus accesorios a cargo del deudor (acreditado).

Es relevante no perder de vista el presupuesto inicial del artículo 92 de la LISR, en el que, para que estemos en presencia de un crédito respaldado, el acreedor necesariamente debe ser parte relacionada del deudor o de quien paga el crédito.

En el caso de créditos en donde están involucrados contratos que otorguen derechos de opción, es común que los mismos sean celebrados con terceros independientes al acreedor y al deudor.

En este caso, la redacción de la fracción V del artículo 92 de la LISR, nos puede llevar a considerar como crédito respaldado a un crédito en el que válidamente existe el otorgamiento de una opción por parte de un tercero ajeno al grupo, y parte independiente tanto del acreedor como del deudor.

En estos casos consideramos que no debíamos estar en presencia de un crédito respaldado, independientemente de que el otorgamiento del crédito se condicione a la celebración de uno o varios contratos que otorguen un derecho de opción a favor del acreedor (acreditante) o de una parte relacionada de éste, si el otorgante de la opción resulta ser un tercero independiente.



c) Consecuencias de la recharacterización de intereses como dividendos.

Debemos distinguir las consecuencias que se presentarían para el acreedor que recibe los dividendos fictos, de las consecuencias que se presentan para el deudor que paga los dividendos fictos.

Respecto del deudor:

i) No podrá deducir los dividendos fictos pagados, de sus ingresos acumulables aunque haya cumplido con las disposiciones de precios de transferencia, como si lo hubiera podido haber hecho tratándose de intereses;

ii) Tendrá que disminuir los “dividendos fictos” de su cuenta de utilidad fiscal neta (“CUFIN”) y en caso de no tener el saldo suficiente en esta cuenta, deberá pagar el impuesto piramidado conforme al artículo 11 de la LISR;

Pudiera incluso presentarse el caso de que las autoridades fiscales sostengan que no es procedente disminuir los intereses reclasificados como dividendos de la CUFIN, pues en tratándose de los dividendos fictos a que se refiere el artículo 165 de la LISR, el SAT ha emitido un criterio normativo en ese sentido.¹⁸

iii) Independientemente de que los intereses sean reclasificados como dividendos, al tener un pasivo, deberá considerar esa deuda para efecto de determinar el saldo promedio anual de sus deudas, lo cual posiblemente arrojará un ajuste anual por inflación acumulable;

¹⁸ En este sentido, el criterio normativo 62/2007/ISR dispone lo siguiente:

62/2007/ISR Préstamos a socios y accionistas. Se consideran dividendos.- El artículo 165, fracciones II y III de la Ley del Impuesto sobre la Renta considera como dividendos o utilidades distribuidas, los préstamos efectuados a socios y accionistas que no reúnan requisitos fiscales y las erogaciones no deducibles hechas en favor de los mismos.

En los términos del artículo 11 de la misma ley, las personas morales que distribuyan dividendos o utilidades que no provengan de la Cuenta de Utilidad Fiscal Neta, deberán calcular el impuesto que corresponda.

Derivado de que la aplicación de los ingresos tipificados como utilidades distribuidas en los términos del artículo 165, fracciones II y III de la Ley del Impuesto sobre la Renta, no provienen de la Cuenta de Utilidad Fiscal Neta, por lo que debe estarse a lo dispuesto a lo señalado en el artículo 11 de la ley en comento.

iv) En tratándose de deudas contraídas con partes relacionadas residentes en el extranjero, estos pasivos se tomarán en cuenta para calcular la proporción de deudas a que se refiere la fracción XXVI del artículo 32 de la LISR (capitalización insuficiente), lo cual podría generar la limitación de la deducción de otros intereses.

Respecto del acreedor:

La LISR no establece de manera clara el efecto que dichas operaciones tendrán respecto de las partes acreedoras, si estos también deben darle el tratamiento de dividendos a los intereses recibidos o no.

Tratándose de acreedores mexicanos podría llegar a argumentarse que del artículo 92 de la Ley se desprende que para efectos de la LISR, dichos intereses tendrán tratamiento de dividendos, y por lo tanto el acreedor también tendrá que tratarlos como tales; sin embargo prevalece la duda si el acreedor deberá de acumular dichos ingresos como intereses;

En el caso de dividendos, la LISR no grava al accionista que los percibe, sino a la sociedad que los paga, es decir se trata de un impuesto corporativo, ya sea que provengan del saldo de CUFIN o no. En varios de los ejemplos presentados, el acreedor no necesariamente es accionista del deudor, por lo que la carga tributaria del pago de dichos dividendos puede presentarse también para el deudor, en caso de no contar con saldo de CUFIN.¹⁹

En ese caso se presenta una discrepancia, pues independientemente de lo anterior, el acreedor al tener un crédito deberá tomarlo en cuenta para determinar el ajuste anual por inflación de sus créditos, lo cual posiblemente arrojará un ajuste anual por inflación deducible; mientras que por otra parte, no es claro si el pago de los intereses recaracterizados como dividendos, incrementará o no su saldo de CUFIN.

Tratándose de acreedores extranjeros, consideramos que el problema de interpretación es aun más grave, pues mientras que el deudor le dará el tratamiento fiscal de dividendos a los intereses que provengan de créditos respaldados, el acreedor podría interpretar que está recibiendo un pago de intereses sujetos a retención, pues esa es su verdadera naturaleza jurídica, independientemente de que para efectos fiscales mexicanos se le deba dar el tratamiento de dividendos²⁰.

¹⁹ Incluso en caso de contar con saldo de CUFIN, este se vería injustamente disminuido por el pago de un "dividendo" a una sociedad que no es su accionista.

²⁰ A este respecto México ha hecho una reserva a los Tratados para Evitar la Doble Imposición firmados, para poder gravar los "prestamos respaldados";

En ese caso, y como sucede en la mayoría de los contratos de crédito, el deudor mexicano deberá absorber la carga tributaria relativa a la retención, o bien en tanto los dividendos no son un concepto gravado por la fuente en nuestro país, probablemente el deudor mexicano deberá absorber del mismo modo la carga tributaria del impuesto piramidado, o bien la reducción de su saldo de CUFIN.

Es decir, en el caso de que para efectos del acreedor, los intereses pagados sean intereses, el deudor, que será un contribuyente en términos del Título II de la LISR, deberá retener el impuesto que corresponda conforme a las diversas tasas previstas en el artículo 195 de la LISR.

En caso de que el crédito califique como respaldado, y por ende los intereses sean recharacterizados como dividendos, entendemos que el deudor ya no estará obligado a retener el impuesto conforme al artículo 195 de la LISR, sino que deberá determinarlo en términos del artículo 11 de la Ley, pues se trata de un impuesto corporativo.

d) Conclusiones y propuestas²¹

- i) Resulta necesario definir el alcance del término “proporciona” utilizado en el segundo párrafo de la fracción V del artículo 92 de la LISR.
- ii) Tratándose de tesorerías centralizadas, proponemos que cuando los intereses estén pactados a valores de mercado (arm's length principle) no se considere que existe uncrédito respaldado.
- iii) En caso de créditos respaldados, sugerimos que se clarifique la Ley para disponer que se reclasificarán como dividendos únicamente los intereses derivados del crédito que fue respaldado y no de ambas operaciones de crédito.
- iv) Establecer una regla de temporalidad para el otorgamiento de efectivo bienes o servicios, pues puede darse el caso de considerar como créditos respaldados dos operaciones desvinculadas.

independientemente del o anterior, y en tanto el análisis de lo anterior excede la finalidad de éste documento, únicamente planteamos el problema de interpretación que presenta la propia LISR.

²¹ A efecto de otorgar mayor seguridad jurídica a los contribuyentes, con lo cual se incentiva la inversión en el país, tanto nacional como extranjera, consideramos fundamental que la legislación tributaria esté redactada en términos sencillos y claros, acotando de manera precisa los diferentes supuestos jurídicos que regula, de manera tal que no tenga cabida una interpretación y aplicación arbitraria por parte de las autoridades fiscales.

v) Establecer una definición en la que se consideren créditos respaldados, dos operaciones en las que efectivamente uno de los créditos está garantizando o respaldando al otro, pues como está redactada al día de hoy, puede incluir operaciones desvinculadas económicamente.

vi) La premisa inicial del artículo 92 se refiere a créditos, por lo que la definición de créditos respaldados debe referirse al otorgamiento de créditos (ya sea en efectivo en bienes o en servicios, pero siempre que se involucre una operación de crédito, y no cualquier transmisión de bienes.

vii) Incluir dentro de la excepción a la regla de créditos respaldados a las garantías en acciones o instrumentos de deuda otorgados por partes relacionadas residentes en el extranjero.

viii) Establecer que en el caso como excepción a la definición de créditos respaldados los créditos condicionados a la celebración de contratos de opción, siempre que esta sea otorgada por una parte independiente.

ix) Con independencia de que se limiten los supuestos de créditos respaldados, resulta imperante que la LISR establezca las obligaciones que corresponden a las partes en caso de que ciertos intereses sean recharacterizados como dividendos, pues no resulta claro si al actualizarse las hipótesis del artículo 92 de la LISR, el contribuyente se encuentra liberado de cumplir con las obligaciones, materiales y formales, que la LISR impone en tratándose de financiamientos obtenidos de partes relacionadas residentes en el extranjero.

x) Igualmente, es necesario que se señalen las consecuencias que dicha recharacterización tendrá para los acreedores, pues la ley actualmente es omisa al respecto.

xi) A lo mejor la respuesta a la complicidad para regular los créditos respaldados está en modificar la definición tan amplia que tenemos que partes relacionadas.(ej. en su caso que en este tema sea aplicable solo a partes relacionadas con control efectivo o participaciones de por lo menos x por ciento).

xii) Otra cuestión que en nuestra opinión debería de modificarse, consiste en que en vez de que el artículo 92 de la LISR contenga una presunción *iure et de iure* (no admite prueba en contrario), debería de establecer una presunción *iuris tantum*.(admite prueba en contrario)²²

²² "Llamamos presunción al acto de aceptar la veracidad de un hecho por la evidencia de otro del que normalmente depende aquel hecho no probado; la presunción es, por lo tanto, una dispensa de prueba por la existencia de una

Así las cosas, si el precepto en comento estableciera que se entenderá que ciertas operaciones son créditos respaldados, a menos que el contribuyente demuestre que las transacciones realizadas son consecuencia normal del desarrollo del negocio, que los términos pactados en el crédito son acordes a los de mercado, declarar en que se utilizarán y cómo los fondos, etc., se otorgaría mayor seguridad jurídica a los contribuyentes.

Asimismo, sería más sencillo identificar aquellas operaciones que sí buscan evadir el pago de contribuciones, las cuales tendrían que asumir las consecuencias fiscales que establece el artículo 92 de la LISR.

xiii) Por lo que hace a transacciones de carácter internacional, resulta fundamental que la legislación mexicana establezca lineamientos claros y equitativos, en contraposición a disposiciones que dan cabida a la arbitrariedad de las autoridades. Lo anterior con la finalidad de otorgar seguridad jurídica a los inversionistas, a efecto de que nuestro país sea competente en comparación con otros mercados internacionales.

Tomando en cuenta las condiciones actuales de la economía mundial, es imperioso que México comience a perfilarse como un país que incite la inversión extranjera y que retenga la inversión nacional, para lo cual se necesita de diversos instrumentos, siendo la legislación, particularmente la tributaria, un elemento total.

Así las cosas resulta imperante que México establezca disposiciones tributarias sencillas, claras y que no se contrapongan a los Tratados para Evitar la Doble Tributación celebrados.

Atentamente,

probabilidad. Según la intensidad de esta presunción, distinguimos hoy entre presunciones iuris tantum (únicamente de derecho), que son aquellas que se pueden invalidar por una prueba de la inexistencia del hecho presumido, y otras iuris et de iure (de derecho y por derecho), en las que toda prueba es excluida. D'Ors, Álvaro, *Elementos de derecho privado romano*, Pamplona, Publicaciones del Estudio General de Navarra, 1960, Página 76 y ss.