

Recaracterización de Intereses como Dividendos

Pedro Arias Garrido

I. Introducción

Este artículo analiza la interacción entre el artículo 92 de la Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR) y los Convenios para Evitar la Doble Tributación (CDTs). En específico, se estudian las definiciones de dividendos e intereses contenidas en los convenios y si se considera que pueden ser invocadas por los residentes en México que realizan pagos a los residentes en el extranjero y el grado de protección que podrían otorgar¹.

El artículo 92 de de la LISR establece supuestos en los que intereses pagados entre partes relacionadas, pueden recibir el tratamiento de dividendos. Como se sabe, el problema que crea esta *recaracterización*, es que los intereses seguramente fueron objeto de deducción y que, como consecuencia de la aplicación del artículo 92, se rechazará tal deducción, al no ser deducibles los pagos de dividendos. Además, el pago realizado disminuiría la cuenta de utilidad fiscal neta y en caso de no existir o ser insuficiente, generaría una contingencia en términos del artículo 11 de la LISR, por considerarse una utilidad distribuida que no había pagado este impuesto.

El primer párrafo del artículo 92 de la LISR establece a la letra:

“Artículo 92. Tratándose de intereses que se deriven de créditos otorgados a personas morales o a establecimientos permanentes en el país de residentes en el extranjero, por personas residentes en México o en el extranjero, que sean partes relacionadas de la persona que paga el crédito, los contribuyentes considerarán, para efectos de esta Ley, que los intereses derivados de dichos créditos tendrán el tratamiento fiscal de dividendos cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:”

La norma fiscal que nos ocupa es una medida particular antielusiva encaminada a combatir que empresas relacionadas *disfracen* el pago de dividendos como intereses, lo cual debe ser combatido por parte del sistema impositivo de cualquier país, al ser una disminución indebida de la carga fiscal del contribuyente, con la consecuente migración de la base tributaria a otro país.

¹ En el presente trabajo se hará referencia a los CDTs de los Países Bajos, Alemania y Estados Unidos, al ser los que representan los diferentes tipos de redacciones de las cláusulas que nos atañen.

Sin embargo, el problema que presenta la disposición que nos ocupa es que establece una presunción *jure et de jure*, es decir, sin prueba en contrario, lo que puede tornar desproporcionada la medida implementada para alcanzar el fin perseguido, pudiendo entonces tornarse en una medida abusiva en contra de los contribuyentes.

Cuando este abuso adquiere un tinte internacional, al estar involucradas empresas transnacionales, resulta entonces una cuestión de mayor importancia, al introducirse entonces temas de competitividad internacional y capacidad de atraer y retener a la inversión extranjera.

El problema se agrava si consideramos que uno de los supuestos mencionados por el artículo 92 es sumamente ininteligible, al tener una redacción tan ampliamente concebida que casi cualquier transacción realizada a nivel internacional que incorpore un préstamo cae dentro de su significado. Para advertir lo anterior, téngase en cuenta la definición inicial de lo que se considera un crédito respaldado:

“Para los efectos de esta fracción, 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 indirectamente, efectivo, bienes o servicios a la persona mencionada en primer lugar o a una parte relacionada de ésta...”

Para ejemplificar lo anterior, considérese cualquier pago que debe realizar una subsidiaria

Mexicana a su parte relacionada residente en Estados Unidos, cuyo financiamiento deriva de un préstamo otorgado por otra parte relacionada residente en los Países Bajos. Partimos de la base que los intereses que se pagarán al residente en Países Bajos se determinarán a nivel del mercado. Estos intereses, aunque están determinados a nivel de mercado, parecerían caer en la definición de crédito respaldado. Este ejemplo será objeto de análisis en los siguientes apartados.

II. La definición de intereses y dividendos en los Convenios para Evitar la Doble Tributación

Todos los CDTs que ha firmado México, parten del Modelo de Convenio para Evitar la Doble Tributación de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

En materia de las definiciones de intereses y dividendos, se observará a lo largo de este artículo cómo México ha negociado su redacción de distintas formas. Debido a que el CDT con los Países Bajos es el que sigue más de cerca el Modelo de Convenio de la OCDE y la reserva formulada por nuestro país a éste, partiremos de su texto para analizar el tema que nos ocupa.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 11, párrafo 2 del Convenio con los Países Bajos, modificado conforme el párrafo IX de su protocolo, los intereses que procedan de México podrán ser gravados, pero si el beneficiario efectivo de los mismos es un residente en los Países Bajos, el impuesto así exigido no podrá exceder de los siguientes porcentajes:

1. 5% en el caso de:
 - a) Intereses pagados sobre préstamos de cualquier clase otorgados por bancos, incluidos los bancos de inversión y de ahorro e instituciones de seguros;
 - b) Pagados por bonos y títulos de crédito que se negocien regular y substancialmente en un mercado de valores reconocido
2. 10% de los intereses si el beneficiario efectivo no es una persona de las mencionadas en el inciso a) en el caso de que los intereses sean:
 - a) Pagados por bancos, incluidos los bancos de inversión y de ahorro;
 - b) Pagados por el adquirente de maquinaria y equipo al beneficiario efectivo que sea el enajenante de la maquinaria y equipo en relación con una venta a crédito.
3. 15% en los demás casos.

El término intereses es definido por el artículo 11 (3) del convenio con los Países Bajos como “los rendimientos de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantías hipotecarias o cláusula de participación en los beneficios del deudor, y especialmente las rentas de fondos públicos y bonos u obligaciones, incluidas las primas y premios unidos a estos títulos. Las penalizaciones por mora en el pago se consideran como intereses a los efectos del presente Artículo.”

En la interpretación de esta definición, el párrafo 21 de los Comentarios al Modelo de la OCDE aducen lo siguiente:

“21. Más aún, la definición de intereses en el primer enunciado del párrafo 3 es, en principio, exhaustiva. Se ha considerado preferible no incluir una referencia subsidiaria a la legislación nacional en su texto; esto justificado por las siguientes consideraciones:

- a) La definición cubre prácticamente todos los tipos ingresos que pueden considerarse intereses en las diferentes leyes nacionales;
- b) La fórmula empleada ofrece mayor grado de seguridad desde el punto de vista legal y asegura que los convenios estarían no serían afectados por futuros cambios cualquier legislación nacional de los países;
- c) En el modelo de convenio debe evitarse en la medida de lo posible hacerse referencia a la legislación nacional.”

Por ende, la definición de intereses en el artículo 11 (3) del Convenio con los Países Bajos es exhaustiva y por ende, está prohibida la referencia a legislación nacional para interpretar el convenio.

Sobre este tema, el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de la cual es parte México establece en la parte que interesa lo siguiente:

“Artículo 31

Regla general de interpretación

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

...

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

En este caso, es evidente que México y los Países Bajos pretendieron darle un sentido especial al término interés, como se desprende de la definición que pactaron en el artículo 11 (3) del CDT que celebraron, por lo que no está permitido aplicar la definición nacional de interés contenida en la LISR.

Lo anterior se confirma si consideramos que conforme el artículo 3 párrafo 2 del mismo CDT celebrado entre México y los Países Bajos, “cualquier expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que se le atribuya por la legislación de este Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio”. En este caso, las partes sí definieron el término interés, por lo que no es dable acudir a la definición nacional contenida en la LISR.

Haciendo referencia al ejemplo que dimos más arriba, el interés que pagará el residente en México a su parte relacionada residente en los Países Bajos caerá dentro de la definición de interés a que se refiere el artículo 11 (3) del CDT, debido a que es un rendimiento de un crédito. Así, la potestad tributaria de México ha quedado limitada para gravar ese pago conforme el artículo 11 (2) del CDT y su protocolo.

Así, se estima que el artículo 92 de la LISR no puede recaracterizar el tratamiento fiscal de los intereses como dividendos, pues la definición contenida en el artículo 11 (3) del CDT impide a México a utilizar esa definición en la transacción realizada entre la parte relacionada Mexicana y la residente en los Países Bajos.

Lo anterior se confirma con el contenido del propio artículo 11 (7) del CDT entre México y los Países Bajos, que establece textualmente:

“7. Cuando, por razón de las relaciones especiales existentes entre el deudor y el beneficiario efectivo de los intereses o de las que uno y otro mantengan con terceros, el importe de los intereses pagados exceda, por cualquier motivo, del que hubieran convenido el deudor y el acreedor en ausencia de tales relaciones, las disposiciones de este Artículo no se aplican más que a este último importe. En este caso, el exceso podrá someterse a imposición, de acuerdo con la legislación de cada Estado, teniendo en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio.”

La anterior disposición es de suma importancia para comprender el tema que analizamos, puesto que leída a *contrario sensu*, establece que cuando el importe de los intereses pagados por una parte relacionada a otra² **no** exceda del que hubieran pactado partes independientes, la imposición de esos intereses por parte del país de la fuente —en el ejemplo que seguimos México— estará limitado por las normas del CDT.

² La expresión “relaciones especiales” usada en el artículo 11 (7) es clarificada por el párrafo 33 de los comentarios al artículo 11 del Modelo de Convenio, como los casos que caen dentro del artículo 9 del propio Modelo (empresas sujetas a un control común, sea en forma directa o indirecta).

Únicamente cuando existan intereses pagados entre partes relacionadas que exceden los que hubieran sido pagados entre partes independientes, podrán estos intereses excesivos ser gravados conforme a la legislación doméstica de ambos Estados contratantes, caso en el cual, podrían recibir los intereses pagados el tratamiento fiscal de dividendos, conforme a las normas domésticas, pero sólo aquellos cuyo monto excedan de los que hubieran sido pagados entre partes independientes.

La redacción dada por el párrafo 7 del CDT con Holanda difiere ligeramente del correspondiente párrafo 6 del Modelo de la OCDE que trata respecto del tema de intereses pagados entre partes independientes. Esta diferencia deriva de una reserva formulada por México a tal párrafo 6 del Modelo, que dice a la letra:

“46. Por lo que hace al párrafo 6 del artículo, México y el Reino Unido se reservan el derecho (de acuerdo con el párrafo 35 anterior) a incluir después de la palabra “exceda” las palabras “por cualquier motivo” en lugar de “tomando en consideración el derecho de crédito por el que se paga”. Esto permite que los intereses y otros pagos derivados de ciertos créditos puedan ser tratados como distribuciones en una serie de circunstancias establecidas en la legislación doméstica, incluyendo aquellos en donde el monto del préstamo o la tasa del interés u otros términos relacionados al mismo no son los que hubieran sido pactados en ausencia de la relación especial.”³

³ Traducción al español del texto oficial en Inglés formulada por el autor del artículo.

Una breve reflexión debe hacerse respecto de esta reserva formulada. Interpretando la redacción del artículo 11 del Modelo de la OCDE, el párrafo 35 de los Comentarios menciona que la existencia de una relación especial que afecta el interés pactado sólo puede dar lugar “al ajuste de la tasa conforme a la que se determina el interés y no a la recaracterización del préstamo de tal forma que se le atribuyera el carácter de una aportación de capital”.⁴

Lo anterior implica que aquellos CDTs cuyos textos siguen la reserva introducida por México y el Reino Unido al artículo 11, párrafo 6 del Modelo de la OCDE, buscan permitir exclusivamente la recaracterización de intereses como dividendos que excedan los que hubieran sido pactados entre partes independientes. Por ende, si el interés que pactan dos personas que mantengan una relación especial, se hace a nivel que hubieran pactado partes independientes, la recaracterización de intereses como dividendos parecería no estar permitida.

A mayor abundamiento, el Reino Unido y Canadá han formulado una observación al párrafo 18 de los comentarios al artículo 11, párrafo 3 —que contiene la definición de interés— declarando que bajo su legislación doméstica, ciertos pagos son tratados como distribuciones y, por ende, serán tratados como dividendos bajo el artículo 10.

Debido a que México no formuló observación al párrafo 18 comentado en el párrafo anterior, parecería que su posición asumida a nivel internacional es que no buscaría recaracterizar intereses como dividendos bajo su legislación

⁴ *Ibid.*

doméstica, como la prevista en el artículo 92 de la LISR, a menos de que y sólo en el caso de que el contribuyente se ubique en el supuesto de la reserva formulada al artículo 11, párrafo 6 del Modelo de Convenio arriba analizada (los intereses por la parte que excedieran a los que hubieran sido pactados en ausencia de una relación especial) y el texto del convenio de que se trate contenga el cambio propuesto en la reserva (como el convenio con los Países Bajos).

Adicionalmente, el artículo 10, párrafo 4 del CDT con los Países Bajos define a los dividendos de la siguiente forma:

“4. El término «dividendos» empleado en el presente Artículo significa los rendimientos de las acciones o bonos de disfrute, de las partes de minas, de las partes de fundador u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como las rentas de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones por la legislación del Estado en que resida la sociedad que las distribuya.”

Este párrafo es interpretado por el párrafo 24 de los comentarios al artículo 10 del Modelo de la OCDE de la forma siguiente:

“24. El concepto de dividendos básicamente se refiere a las distribuciones por compañías entendidas conforme al subpárrafo b) del artículo 3. Por ende, la definición se refiere, en primer lugar, a la distribución

de utilidades cuyo título está constituido por acciones, esto es, inversiones mantenidas en compañías que tienen acciones (joint stock company)... Por otra parte, derechos de crédito no entran en esta categoría: (cf. Párrafo 19 del comentario al artículo 11)...

Debe entonces destacarse que, aunque existe una remisión a la ley doméstica en el artículo 10, párrafo 3 del CDT con los Países Bajos, para definir lo que debe entenderse por un dividendo, esta remisión no es absoluta, pues está condicionada a que se trate de **otras participaciones sociales**, de donde se sigue que los derechos de crédito de cualquier naturaleza que no sean participaciones sociales no caen en la definición de dividendos.

Respecto de la imposibilidad de clasificar derechos de crédito como dividendos, sólo Canadá y Reino Unido formularon una observación a la interpretación contenida en el párrafo 24 del comentario al artículo 10 del Modelo. La observación —congruente con la que se hizo en materia de intereses— manifiesta que “bajo sus leyes [Canadá y Reino Unido], el pago de algunos intereses son tratados como distribuciones y, por ende, están incluidos en la definición de dividendos.”

En esta materia, existe incluso una reserva formulada por Canadá, Alemania, **Irlanda** y España al párrafo 3 del artículo 10 del Modelo de Convenio, quienes “se reservan el derecho de ampliar la definición de dividendos contenida en el párrafo 3 para comprender el pago de ciertos intereses que son tratados como distribuciones bajo sus legislaciones nacionales.”

Nuestro país no formuló reserva alguna al párrafo 3 del artículo 10 del Modelo de Convenio, ni manifestó una observación al párrafo 24 del Comentario al artículo 10, por lo que siguiendo la redacción del CDT celebrado con los Países Bajos —que constituye el instrumento vinculante para nuestro país— los derechos de crédito de cualquier naturaleza no pueden recaracterizarse como dividendos, salvo en los casos en que, como lo manifiesta México en la reserva formulada al artículo 11, párrafo 6 del Modelo de la OCDE, misma que está contenida en el CDT, se trate de intereses pagados entre dos personas que mantengan relaciones especiales y sólo respecto del interés pactado en exceso del que hubieran pactado partes que no tienen esa relación.

Lo anterior, aplicado al ejemplo que venimos analizando, implica que los intereses que paga el residente en México a su parte relacionada Holandesa, no pueden recaracterizarse como dividendos conforme el artículo 92 de la LISR, pues se pactaron a nivel de mercado y, por ende, la definición de intereses del CDT celebrado con los Países Bajos, prevalece sobre la definición doméstica.

Me parece poco cuestionable el hecho de que la recaracterización de intereses como dividendos contenida en el artículo 92 de la LISR, está impedida por la definición contenida en el CDT con los Países Bajos, *en el caso del impuesto que deberá ser retenido al residente en Holanda*.

Sin embargo, respecto del residente en México que realiza el pago al residente en Holanda —no obstante que se trata de la otra cara de la misma moneda— puede existir duda respecto

a si la definición del CDT lo protege frente al artículo 92 de la LISR.

Lo anterior debido a que la autoridad fiscal ha defendido algunos casos de no discriminación indirecta aduciendo que el CDT no protege al residente en México, por estar éste sólo sujeto a la legislación interna, opinión que ha recibido un cuestionable eco en algunas resoluciones aún no firmes del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.⁵

III. ¿Protege la definición del CDT al residente en México que realiza el pago al residente en el extranjero?

Para sostener que la definición de intereses del CDT no protege al residente en México que realiza su pago, es posible que la autoridad fiscal repita el argumento aducido para defender el tema de no discriminación indirecta, en el sentido de que el contribuyente mexicano sólo está sujeto a las leyes internas, tratándose de referir a la LISR. Esta posibilidad debe preocupar mucho al Foro tributario, pues se trata de un argumento que ya fue aceptado por el Tribunal Fiscal, no obstante lo cuestionable que resulta a la luz de la teoría constitucional e internacionalista.

En efecto, conforme al artículo 133 constitucional, el Convenio internacional, al ser ratificado por el Senado y estar celebrado respetando las normas constitucionales, es incorporado al derecho interno y forma parte de éste, pues constituye una Ley Suprema de la Unión y, por ende, se trata de un cuerpo normativo que también protege y puede ser invocado por los residentes en México.

⁵ Juicio número 9925/04-17-01-6/69/05-S1-01-02

Esto es, el CDT también es una Ley⁶ y, por ende, es oponible por parte del contribuyente residente en México frente a la autoridad fiscal, como incluso lo reconoce el artículo 1o. del Código Fiscal de la Federación.⁷

Además, del contenido del artículo 104, fracción I constitucional se desprende que existen casos en que la aplicación de un convenio prevalece sobre la aplicación de la Ley emitida por el Congreso de la Unión, precisamente porque se trata de una Ley, independientemente de la ya tan mencionada superioridad de jerarquía del tratado sobre la ley doméstica.

Lo anterior implica que el CDT está primariamente dirigido a limitar la potestad tributaria del Estado México, en casos en que el residente en México realiza pagos y mantiene relaciones con el residente del otro Estado contratante.

La anterior conclusión no sólo encuentra apoyo en la teoría constitucional mexicana, sino también en las normas pertinentes del derecho internacional.

En efecto, conforme el artículo 1o. de todos los CDTs celebrados por México, el tratado aplica a personas residentes en uno o en ambos Estados contratantes. Esto quiere decir que este convenio resulta aplicable al residente en México cuando realiza negocios con residentes en Holanda, por el mero hecho de ser residente en México.

Prueba irrefutable de que los CDTs resultan aplicables al residente en México, es la existencia

⁶ Los tratados han sido considerados por la Suprema Corte como verdaderas Leyes desde hace ya varias décadas.

⁷ Cabría reflexionar brevemente que los CDTs tienen una naturaleza muy peculiar, pues al no ser "leyes" iniciadas en la Cámara de Diputados (la cual ni siquiera interviene en su creación), se trata de normas que no puedan imponer cargas fiscales a los particulares, sino sólo beneficios, bajo el principio de representatividad contenido en el artículo 72, inciso H constitucional.

de normas cuyo contenido está dirigido a regular exclusivamente cuestiones que atañen al residente en México y no solo eso, sino que las mismas sólo pueden tener efectividad si son aplicadas por el residente en el país.

Tal es el caso de los artículos 22, párrafo 1 y 23, párrafo 3 del CDT celebrado con los Países Bajos (normas que se repiten en términos análogos en todos los convenios que ha celebrado nuestra Nación), los cuales disponen a la letra:

"22. ELIMINACIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN.

1. Con arreglo a las disposiciones y sin perjuicio a las limitaciones de la legislación mexicana (conforme a las modificaciones ocasionales de esta legislación que no afecten sus principios generales) México eliminará la doble imposición de la siguiente manera:

- a) **los residentes en México podrán** acreditar el impuesto de los Países Bajos hasta por un monto que no exceda el impuesto que se pagaría en México por las mismas rentas; y
- b) **las sociedades residentes en México podrán** acreditar contra el impuesto mexicano derivado de la obtención de dividendos, el impuesto de los Países Bajos pagado por los beneficios con cargo a los cuales la sociedad residente en los Países Bajos pagó los dividendos.

23. No discriminación.

...

3. A menos que se apliquen las disposiciones del párrafo 1 del Artículo 9o., del párrafo 7 del Artículo 11 o del párrafo 6 del Artículo 12, los intereses, las regalías o demás gastos pagados por una empresa de uno de los Estados a un residente del otro Estado son deducibles, para determinar los beneficios sujetos a imposición de esta empresa, en las mismas condiciones que si hubieran sido pagados a un residente del primer Estado.”

En el caso del artículo 22, párrafo 1 del CDT, constituye una norma claramente dirigida a regular el acreditamiento que el residente en México hará del impuesto que pagó en los Países Bajos. Es decir, se trata de una norma que regula la relación entre el residente en México y el fisco Mexicano.

En el caso del artículo 22 que nos ocupa, claramente se limitó el derecho de acreditamiento instituido por el CDT al contenido de la legislación de la LISR, lo que indicaría que en caso de la definición de intereses, en donde no existe esta remisión, la norma doméstica del artículo 92 no puede trastocar la definición de interés contenida en el artículo 11, párrafo 4 del CDT.

En este mismo sentido, el principio de no discriminación indirecta contenido en el artículo 23, párrafo 3 del CDT con los Países Bajos, es una norma que sólo puede ser aplicada por el residente en México para determinar el ISR a su cargo o bien por el residente en Holanda respecto del ISR a su cargo en esa Nación, lo que también indica que se trata de una norma que protege al residente en México

frente a la potestad tributaria de nuestro país y, por ende, se trata de un artículo oponible a las autoridades fiscales.⁸

Así, el CDT celebrado con los Países Bajos constituye un instrumento que protege al residente en México cuando realiza pagos a residentes en la señalada Nación y puede ser válidamente invocado frente a las autoridades fiscales mexicanas.

En materia de intereses, el artículo 11 del CDT, sólo otorga potestad tributaria a México respecto de los intereses procedentes de su territorio, siendo el párrafo 6 en donde se define cuándo se considera que los intereses se han originado en territorio mexicano. *Esto implica que el CDT no sólo hace referencia a los intereses cuándo estos son recibidos por parte del residente en Holanda, sino que se refiere a los intereses desde que se originan en territorio mexicano, lo que indica claramente que se alude a los intereses cuando están en manos del residente en nuestro país.*

En otras palabras, el artículo 11 del CDT, al hablar de intereses procedentes de territorio Mexicano, está implicando que tienen tal naturaleza tanto en manos del residente en México, como en manos del residente en el extranjero, por lo que la definición que de ellos se formula en el párrafo 4 alcanza a proteger no sólo al residente en el extranjero, sino también al residente en México que realiza su pago, precisamente para que la potestad tributaria del país quede limitada desde su origen.

⁸ Respecto del principio de no discriminación indirecta, ver el artículo “Los pagos realizados entre subsidiarias mexicanas y controladoras extranjeras. No Discriminación Indirecta. Cuestionable interpretación del TFJFA”, escrito por un servidor, que aparece en la revista *Puntos Finos*, 2a. quincena de febrero 2006, año V, número 97, p. 30.

Y no podría ser de otra forma, pues el CDT está dirigido esencialmente a limitar la potestad tributaria de México⁹, lo cual sólo puede lograrse si una misma renta mantiene la misma naturaleza tanto en manos de quien la paga, como en manos de quien la recibe.

Por otros dos caminos se llega a la conclusión anterior:

- a) El artículo 11 del CDT limita la potestad tributaria mexicana respecto de los intereses pagados a residentes en Holanda. Por más redundante, tautológico o evidente que parezca, hay que mencionar que sólo puede haber el pago de intereses, si existe una persona que paga intereses. Así, desde que se realiza el pago de intereses, el CDT debe caracterizar su naturaleza.
- b) El párrafo 7 del artículo 11 del CDT, que norma los casos en los que existe una *relación especial*, hace clara referencia al deudor de los intereses¹⁰, es decir, al residente en México que debe los intereses, lo que evidentemente significa que son intereses desde que están en sus manos, por lo que la definición de intereses del párrafo 4 también alcanza a proteger a este contribuyente, en términos de los artículos 31, párrafo 4 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y 3, párrafo 2 del propio CDT ya mencionado.

⁹ A cambio desde luego de haber limitado Holanda su potestad tributaria, con el fin de alcanzar el deseable intercambio comercial, personal y tecnológico de ambas naciones.

¹⁰ "Artículo 11... 7. Cuando, por razón de las relaciones especiales existentes entre el deudor y el beneficiario efectivo de los intereses..."

Cabría finalmente recordar que los CDTs están sujetos a la regla general de interpretación del artículo 31, párrafo 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual señala que todo tratado *deberá ser interpretado de buena fe* conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en su contexto, *tomando en cuenta su objeto y fin*.

Si una misma renta se puede considerar como un dividendo en manos del residente en México que la paga y en cambio como un interés en manos del residente en Holanda que la recibe, implicará necesariamente una incongruencia en la aplicación del CDT, pues en manos del residente mexicano aplicarían las normas pertinentes a los dividendos, mientras que en manos del holandés aplicarían las normas pertinentes a los intereses, contradicción que repugna con la obligación de interpretar de buena fe los convenios, contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Aún más, el hecho de que la renta se considerara como un dividendo distribuido por parte del residente en México, en caso de que no exista saldo en la cuenta de utilidad fiscal neta o esta sea insuficiente, daría lugar a una doble tributación económica irremediable, pues la empresa mexicana tendría que pagar el ISR conforme al artículo 11 de la LISR y por otra parte, también sería exigible el ISR causado por el residente en Holanda por concepto de intereses, obteniendo así el fisco mexicano un doble beneficio que se antojaría excesivo.

Así, si se interpreta que la renta es dividendo en manos del residente en México (por aplicación del

artículo 92 de la LISR) e interés en manos del residente en Holanda (esto porque en sus manos el CDT no permite la recaracterización), **se terminaría pagando el ISR del artículo 11 de la LISR en manos del primero y, además, el ISR del artículo 195 de la LISR** (limitado conforme a la tasa máxima autorizada por el CDT), lo que repugna al sentido y finalidad por el cual se celebró el CDT.

Lo anterior confirma la opinión en el sentido de que la definición de intereses contenida en el artículo 11, párrafo 4 del CDT celebrado con los Países Bajos, impide la aplicación del artículo 92 de la LISR, es decir, si una renta pagada por un residente Mexicano a un residente en Holanda es un rendimiento de un crédito que no constituye una participación social, entonces el pago realizado debe recibir el tratamiento fiscal de interés en manos del residente en México, en la medida en que corresponda a los intereses que se hubieran pactado entre partes independientes.¹¹

En la continuación de este artículo, se analizará la distinta redacción que tienen los CDTs celebrados con Alemania y con los Estados Unidos, para terminar de redondear el análisis formulado en esta primera parte.

Referíamos en la primera parte de este análisis, a la interpretación del CDT celebrado con los Países Bajos. A continuación, para redondear el análisis comenzado, se analizará el CDT celebrado con Alemania y, finalmente, en la última parte de este artículo se analizará el CDT con Estados Unidos.

¹¹ Agregaría finalmente que conforme el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, no es dable invocar normas de derecho interno (art. 92 LISR), como justificación del incumplimiento de un tratado (definición de intereses del artículo 11, 4 CDT con los Países Bajos).

IV. Análisis del convenio con Alemania

El CDT con Alemania, en contraste, define al término intereses de la siguiente forma:

“5. El término «intereses», empleado en el presente Artículo, significa los rendimientos de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantías hipotecarias o cláusulas de participación en los beneficios del deudor, y especialmente las rentas de fondos Públicos y bonos u obligaciones, incluidas las primas y premios unidos a estos títulos, así como cualquier otra renta que la legislación fiscal del Estado de donde procedan los intereses asimile a los rendimientos de las cantidades dadas en préstamos. Sin embargo, **el término «intereses» no incluye las rentas a que se refiere el Artículo 10.**”

Hay dos grandes diferencias introducidas respecto del Modelo de Convenio de la OCDE. La primera es que se hace una remisión a la Legislación doméstica, para darle el tratamiento de interés a cualquier renta asimilada a tal concepto. Tal sería el caso de la ganancia por fluctuación cambiaria en México. En segundo lugar, se establece que el término interés no incluye las rentas clasificadas como dividendos en términos del artículo 10.

Ahora bien, el artículo 10 del CDT con Alemania establece a la letra:

“3. El término «dividendos» empleado en el presente Artículo significa los rendimientos de las acciones o bonos de disfrute, de las partes de minas, de

las partes de fundador u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como las rentas ***de otras participaciones sociales*** sujetas al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones por la legislación del Estado en que resida la sociedad que las distribuya.”

Como se puede ver, el CDT con Alemania remite a la legislación doméstica, para incluir en el concepto de intereses aquellas rentas asimiladas a intereses por la tal legislación doméstica y excluye del concepto de interés a cualquier concepto cuya definición cae en el contenido del artículo 10. Sin embargo, de la transcripción anterior se desprende que la redacción del artículo 10 sigue siendo muy parecida a la que tiene el modelo de la OCDE, en donde si bien existe una remisión a la legislación de los Estados contratantes, también lo es que tal remisión sólo puede llevarse a cabo cuando se trata de ***otras participaciones sociales*** que se asimilen a dividendos.

Lo anterior implica que si un pago realizado al extranjero por parte de una subsidiaria no puede ser entendido como a cambio de una participación social, pero sí como un derecho de crédito de cualquier naturaleza, entonces no podría caer en la definición de dividendo que se contiene en el artículo 10 del CDT con Alemania.

No obstante que los derechos de crédito no pueden caer en la definición de dividendos dada en el artículo 10 del CDT, existe una norma de la cual se desprende que en caso de los intereses pagados a Alemania, sí es posible llevar a cabo la recaracterización de intereses

como dividendos en términos del artículo 92 de la Ley del Impuesto sobre la Renta sin limitación alguna.

El párrafo 6 del protocolo del CDT refiere expresamente lo siguiente:

“6. ad Artículo 10 y 11. No obstante las disposiciones de estos Artículos, los dividendos e intereses pueden someterse a imposición en el Estado Contratante del que procedan, de acuerdo con la legislación del mismo cuando:

- a) se basen en derechos o créditos con participación en las ganancias (incluidas las rentas de un socio oculto («Stiller Gesellschafter») procedentes de su participación o de un préstamo con carácter de participación en los beneficios u obligaciones con interés variable en el sentido de la legislación fiscal de la República Federal de Alemania), y
- b) sean deducibles en el cálculo de los beneficios del deudor de los dividendos o intereses.”

La anterior norma es producto de que Alemania introdujo una reserva al artículo 10 del Modelo de la OCDE, en el sentido de que buscaría ampliar el significado de dividendo para cubrir el pago de algunos intereses, lo que en el caso del CDT con México, lo hizo en el párrafo 6 del Protocolo.

El párrafo 6 del protocolo es una norma lo suficientemente amplia para considerar que la intención de las partes sí fue permitir la

recaracterización de intereses como dividendos en cualquier supuesto, no obstante la definición del artículo 10 del CDT.

Sin embargo, habría que hacer alguna consideración respecto al pensamiento que animó a la Sala Superior del entonces Tribunal Fiscal de la Federación para considerar a los comentarios fuente de interpretación obligatoria para las autoridades fiscales cuando su interpretación es benéfica al contribuyente, por estar referidos en la Resolución Miscelánea Fiscal y ser fuente de beneficios en términos del artículo 33 del Código Fiscal de la Federación.¹²

Lo anterior, pues cabría insistir en el tema de que México no hizo observación alguna al párrafo 24 del Comentario al artículo 10 del CDT, que refiere a la imposibilidad de tratar un derecho de crédito de cualquier naturaleza como un dividendo. Aquí resultaría entonces que existiría un conflicto de interpretación en cuanto a qué material prevalecería: el párrafo 6 del protocolo o bien el comentario favorable al particular.

En este conflicto, pareciera que debe prevalecer el párrafo 6 del protocolo del CDT con Alemania, puesto que en términos del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados forma parte del contexto del CDT y, por ende, fuente primaria de interpretación del mismo.

Además, constitucionalmente hablando, el CDT es superior en jerarquía y una norma especial que prevalecería sobre el artículo 33 del Código Fiscal de la Federación, haciendo el beneficio

¹² Juicio de nulidad 100(20)33/97/20328/96, Segunda Sección de la Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación, enero 13, 1998.

que otorga esta norma doméstica nugatorio, por existir una evidente contraposición entre el artículo 6 del Protocolo y el comentario al Modelo de la OCDE.

Consecuentemente, en el caso del convenio con Alemania, parecería que la recaracterización de intereses como dividendos sí fue permitida por las partes contratantes.

El contraste del CDT con Alemania, en relación con el CDT celebrado con los Países Bajos, es que en este último no existe norma que autorice a las partes contratantes a recaracterizar los intereses como dividendos, lo que parecería confirmar la interpretación dada en la primera parte de este artículo, en el sentido de que si el CDT sigue el modelo de convenio de la OCDE —con la reserva que se hizo al artículo 10, párrafo 3— la recaracterización de intereses como dividendos, en el caso mexicano, sólo procedería respecto del exceso de intereses pactado por partes que mantienen una relación especial, respecto del que hubieran pactado partes independientes .

En la última parte de este artículo, se estará analizando el intrincado CDT celebrado con los Estados Unidos, cuyo análisis requiere de varias páginas para entender cabalmente su interpretación frente al artículo 92 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

V. Convenio con los Estados Unidos (E.U.)

Los E.U. tienen, al igual que la OCDE y la ONU, un modelo de convenio para evitar la doble tributación. El CDT celebrado por nuestro país con los E.U., en la parte que nos ocupa, sigue el texto del Modelo de Convenio de esta Nación.

Dicho sea de paso, los cambios del modelo americano al de la OCDE, están reflejados en diversas reservas y observaciones a este último.

La importancia del estudio del Convenio de Doble Tributación (CDT) celebrado entre México y E.U. no sólo deriva del fuerte intercambio comercial entre nuestras naciones, sino que además, su análisis confirmará la interpretación en el sentido de que existen CDTs —como el celebrado con los Países Bajos— que impiden la recaracterización de los intereses como dividendos.

Con el anterior comentario, hemos adelantado que en tratándose de pagos realizados a residentes en E.U. por parte de residentes en México y viceversa, ambas naciones han acordado la posibilidad de recaracterizar intereses como dividendos conforme a las disposiciones de su derecho interno, como si el convenio no hubiera entrado en vigor.

También resulta importante mencionar que la recaracterización de intereses como dividendos alcanzará incluso al residente en el extranjero, como se explicará a continuación.

Veamos entonces las normas del CDT celebrado con los E.U. En su artículo 1o., párrafos 3 y 4 existe una norma que limita la aplicación del CDT por parte de los residentes y ciudadanos de ambos países a casos expresamente mencionados. El texto dice expresamente:

“Artículo 1o....

3. No obstante las disposiciones del Convenio, excepto las contenidas en

el párrafo 4, un Estado Contratante puede someter a imposición a sus residentes (tal como se definen en el Artículo 4 (Residencia)) y, por razón de ciudadanía, puede someter a imposición a sus ciudadanos, como si el Convenio no hubiese entrado en vigor. Para estos efectos, el término «ciudadano» incluye a todo aquel que hubiera tenido la condición de ciudadano y que la pérdida de dicha calidad hubiera tenido como uno de sus principales propósitos la evasión de impuestos, pero sólo por un periodo de 10 años posteriores a la pérdida de tal calidad.

4. Las disposiciones del párrafo 3 no afectarán:

- a) los beneficios concedidos por un Estado Contratante de conformidad con el párrafo 2 del Artículo 9 (Empresas Asociadas), de conformidad con el párrafo 1 b) y 3 del Artículo 19 (Pensiones, Anualidades y Alimentos), de conformidad con el párrafo 2 del Artículo 22 (Organizaciones Exentas), y de conformidad con los artículos 24 (Eliminación de la Doble Imposición), 25 (no discriminación), y 26 (Procedimiento Amistoso); y
- b) los beneficios concedidos por un Estado Contratante de conformidad con los Artículos 20 (Funciones Públicas), 21 (Estudiantes), y 28 (Agentes Diplomáticos y Funcionarios Consulares), a personas que no sean ciudadanos o residentes permanentes legales de este Estado.”

La norma contenida en los párrafos transcritos, claramente hace alusión al hecho de que México y E.U. pueden gravar a sus residentes de conformidad a las disposiciones de su derecho interno, como si el CDT no hubiera entrado en vigor. Esto significa que cuando un mexicano lleva a cabo transacciones con un residente en E.U., el CDT no le protegerá en forma alguna, frente a las disposiciones de derecho interno, a menos de que se trate de una de las normas mencionadas en el párrafo 4 del artículo 1o.

Tal es el caso de la posible recaracterización de intereses como dividendos contenida en el artículo 92 de la LISR. Si un residente en México, realiza el pago de intereses a un residente en E.U. y tal pago califica para ser recaracterizada bajo la norma doméstica, el CDT en forma alguna protegerá al residente en México, pudiendo en consecuencia gravársele como si hubiera pagado un dividendo y entrar en consecuencia a consideraciones tales como la no deducibilidad del pago realizado y la necesidad de verificar el saldo de la cuenta de utilidad fiscal neta.

Es importante mencionar que el artículo 1o., párrafos 3 y 4 del CDT con Estados Unidos, está dirigido a regular únicamente la relación entre el fisco mexicano con los residentes y ciudadanos de nuestro país y el fisco americano frente a los residentes y ciudadanos de esa otra nación. Esto implica que no va dirigida la norma a regular en forma alguna la relación fisco nacional con residente en el extranjero.

Sin embargo, es importante hacer la distinción en el sentido de que cuando un mexicano realiza un pago a un residente en E.U., es el residente en E.U., en su calidad de no residente frente a México, el sujeto pasivo principal de

la obligación tributaria, por lo que no podría el fisco de nuestro país alegar que puede gravar al residente en México por tal pago en su calidad de sujeto pasivo por responsabilidad solidaria, como si el CDT no hubiera entrado en vigor.

Para ejemplificar lo anterior, si un Mexicano paga \$100 de regalías a un residente en E.U. y el convenio limita la tasa de retención al 10%, inferior a la prevista normalmente por la LISR para ese tipo de pagos (25%), no podrá el fisco de nuestro país cobrarle al residente en México la diferencia entre el ISR causado por el residente en E.U. y el ISR que resultaría de considerar que el residente en México no puede aplicar el CDT, por que para él no ha entrado en vigor y sólo está sujeto a normas de derecho interno (además de considerarlo sujeto pasivo por responsabilidad solidaria). La anterior interpretación se estimaría ilegal, porque el artículo 1o., párrafos 3 y 4 del CDT estaría siendo interpretado de mala fe, contrario a lo establecido en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pudiéndose alegar también que bajo el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, no puede existir una obligación accesorio (responsabilidad solidaria), sin la existencia de una obligación principal (sujeto pasivo principal).

Consecuentemente, conforme el artículo 1o., párrafo 3 y 4 del CDT con E.U., México puede imponer a sus residentes y ciudadanos en términos de la legislación doméstica respecto de las obligaciones tributarias que tienen en su carácter de sujetos pasivos directos (no como responsables solidarios), sin que estos contribuyentes puedan oponer las disposiciones del CDT, salvo en los casos expresamente contemplados en el párrafo 4 del artículo

1o., de donde se desprende que esta norma automática descarta cualquier tipo de posible protección en contra de la recaracterización que se contiene en el artículo 92 de la LISR.

Ahora bien, también debe explorarse el punto de vista de la recaracterización de intereses como dividendos en manos del residente en el extranjero, para ver en qué casos es posible que opere esta ficción. Sobre el tema, la disposición relevante se contiene en el protocolo del CDT con los E.U., que a letra dice:

“9. En relación con el párrafo 3 del Artículo 7 (Beneficios Empresariales), párrafo 4 del Artículo 10 (Dividendos) y el párrafo 5 del Artículo 11 (Intereses).

Cuando la ley de un Estado Contratante requiera que un pago se considere total o parcialmente como un dividendo o limite la deducibilidad de dicho pago en base a reglas de capitalización delgada o debido a que el instrumento de deuda correspondiente incluye una participación en el capital, el Estado Contratante podrá tratar dicho pago de conformidad con lo previsto por dicha ley.”

Como se observa, es la disposición contenida en el protocolo, la que autoriza a México y E.U. a recaracterizar cualquier pago de intereses como dividendo, conforme a la legislación doméstica de cada uno de estos países, incluso en manos del residente extranjero.

Así, la recaracterización de intereses como dividendos en el caso del CDT con los E.U. está

autorizada para que se verifique conforme a la legislación doméstica de las partes (en el caso mexicano el artículo 92 de la LISR), tanto en manos del residente o ciudadano que hace el pago, como en manos de quien lo recibe.

VI. Confirmación de la interpretación dada al CDT con los Países Bajos

Como el lector podrá apreciar, en los artículos 1o., párrafos 3 y 4 y párrafo 9 del protocolo del CDT con los E.U., se contienen dos disposiciones que expresamente autorizan a las partes para darle el tratamiento de dividendos a los intereses en los casos previstos por su legislación doméstica. Inclusive, existe la referencia expresa al hecho de que quedan las partes en libertad de gravar a sus residentes, conforme a sus normas domésticas.

Esta última referencia a la libertad de gravar a los residentes conforme a las normas domésticas de las partes contratantes, presente en el CDT con los E.U. y ausente en el CDT con los Países Bajos, confirmaría la interpretación dada al estudiar este último, en el sentido de que efectivamente protege incluso al residente que realiza el pago de los intereses.

Ante la opinión contraria, en el sentido de que el CDT no puede proteger al residente que realiza el pago y sólo está sujeto a normas domésticas, habría que preguntarse con qué razón se introdujeron entonces las cláusulas liberatorias en el CDT con los E.U. (artículo 1o., párrafos 3 y 4 y 9 del protocolo). En otras palabras si en términos generales un CDT no protege al residente que realiza el pago, entonces la

existencia de los artículos 1o. y 9o. del protocolo del CDT con los E.U. no tendrían razón de ser.

Tal es la importancia de estas cláusulas liberatorias que E.U. las ha introducido en su modelo de convenio y ha formulado una reserva al Modelo de Convenio de la OCDE, lo que incluso confirmaría que a nivel OCDE se ha reconocido que los CDT's si protegen al residente que hacen el pago al residente en el extranjero. La ausencia de estas cláusulas liberatorios en diversos CDT's, como el caso del celebrado con los Países Bajos, confirma la opinión en el sentido de que los intereses no pueden ser recaracterizados, en los casos en que la definición de intereses es agotada por el artículo 11 del CDT, pues como se ha mencionado, conforme el artículo 133 constitucional, el convenio es una ley en toda la extensión de la palabra.

VII. Conclusiones

De las anteriores consideraciones, podemos concluir brevemente lo siguiente:

- a) Los CDT's pueden impedir la aplicación del artículo 92 de la LISR, cuando el convenio de que trate siga la redacción del Modelo de la OCDE, incluso con la reserva introducida por México al artículo 11, párrafo 6 del Modelo, tal como sucede con el CDT celebrado con los Países Bajos.
- b) En los convenios en que se incluya una cláusula liberatoria como las contenidas en los CDT's con E.U. y Alemania, entonces el artículo 92 de la LISR podrá operar en perjuicio del contribuyente.