

# Nuevo Protocolo del Tratado celebrado entre México y Suiza



Desde el 1 de enero de 2011 se introdujeron algunas disposiciones en materia de acuerdos abusivos y arbitraje de tasas, para limitar los beneficios del Tratado. Éstas implican afectar aquellas estructuras en las que el perceptor del ingreso tenga accionistas residentes en un tercer Estado o efectúe pagos a residentes en otros Estados

## ANTECEDENTES

El 18 de septiembre de 2009, el Plenipotenciario de México firmó *ad referendum* el Protocolo que Modifica el Convenio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Consejo Federal Suizo para Evitar la Doble Imposición en materia de Impuestos sobre la Renta, firmado en la Ciudad de México el 3 de agosto de 1993 (Protocolo y Tratado, respectivamente).

El Protocolo fue aprobado por la Cámara de Senadores el 29 de abril de 2010, de acuerdo con el Decreto publicado en el DOF el 26 de julio de ese año. Cabe mencionar que las notificaciones respecto del cumplimiento de los requisitos de ambos países, para que el Protocolo entre en vigor, fueron

NATERA

Lic. José I. Pizarro-Suárez V., Socio<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Agradezco la colaboración de Marcela Gómez Morín y Luis Gerardo González Parra en la elaboración del presente artículo

realizadas los días 27 de julio y 19 de noviembre del mismo año.

Por último, el Decreto Promulgatorio del Protocolo fue publicado en el DOF el 22 de diciembre de 2010, mismo que entró en vigor al día siguiente, aunque aplicó respecto de los impuestos retenidos en el país de fuente, sobre ingresos pagados o acumulados, desde el 1 de enero de 2011 (artículo XIV del Protocolo).

Dentro de las diversas modificaciones efectuadas al Tratado, cabe destacar las siguientes: **(i)** la inclusión del impuesto empresarial a tasa única (IETU) como “impuesto comprendido”; **(ii)** los cambios en la forma de determinar la residencia de personas morales que califiquen como tales en ambos Estados Contratantes; **(iii)** la extensión de la definición de “intereses”, para incluir los conceptos asimilados como tales por la legislación doméstica (eliminación de la llamada “definición corta” de intereses); **(iv)** la ampliación del ámbito de aplicación de la cláusula de intercambio de información, y **(v)** la inclusión de reglas para limitar los beneficios del Tratado en el caso de “acuerdos abusivos” (*conduit arrangements*) en materia de dividendos, intereses y regalías, así como en estructuras las cuales erosionen la base gravable en alguno de los Estados Contratantes.

Esas modificaciones pueden causar un impacto relevante en aquellas estructuras que involucren a residentes de uno de los Estados Contratantes, y obtengan ingresos provenientes de fuente de riqueza ubicada en el otro de los Estados, cuyos efectos fiscales fueron analizados y determinados con anterioridad a la entrada en vigor de las disposiciones contenidas en el Protocolo en comento.

Entonces, para efectos del presente tema de estudio, sin soslayar la importancia de otras disposiciones, analizaremos exclusivamente las implicaciones derivadas de la inclusión de las relacionadas con los acuerdos abusivos, así como las estructuras que erosionen la base gravable en alguno de los países.

## INTRODUCCIÓN

En términos del artículo X del Protocolo, el párrafo 6 del Tratado deberá eliminarse y reemplazarse por el siguiente nuevo párrafo:

**6.** *En lo que concierne a los Artículos 10 [Dividendos], 11 [Intereses] y 12 [Regalías]*

**1.** *Las disposiciones de los Artículos 10, 11 y 12 no aplicarán con respecto a ningún dividendo, interés o regalía pagada bajo, o como parte de,*

*un “acuerdo abusivo” (conduit arrangement). El término “acuerdo abusivo” significa una transacción o serie de transacciones estructuradas de tal forma que un residente de un Estado Contratante que tenga derecho a los beneficios del Convenio reciba un elemento de ingreso derivado del otro Estado Contratante pero dicho residente pague, directa o indirectamente, todo o una parte sustancial de dicho ingreso (en cualquier momento y de cualquier forma) a otra persona que no es un residente de ninguno de los Estados Contratantes y que, de recibir dicho elemento de ingreso directamente del otro Estado Contratante, no tendría derecho, bajo un Convenio para la eliminación de la doble imposición entre el Estado del que esa otra persona es residente y el Estado Contratante en el que se origina el ingreso, o de alguna otra forma, a los beneficios relacionados con ese elemento de ingreso que son equivalentes a, o más favorables que, aquellos disponibles bajo el presente Convenio disponibles [sic] para un residente de un Estado Contratante; y el propósito principal de dicha estructuración sea el obtener los beneficios del presente Convenio. Las autoridades competentes, bajo el procedimiento amistoso, podrán acordar sobre los casos o circunstancias en donde la estructuración de un acuerdo abusivo tiene como objeto principal el obtener los beneficios de conformidad con el presente párrafo.*

**2.** *Una sociedad residente de un Estado Contratante, en la cual personas residentes del otro Estado Contratante mantengan, directa o indirectamente, un interés sustancial en la forma de una participación o de alguna otra forma, sólo podrá reclamar la reducción sobre los impuestos que ese otro Estado establece sobre dividendos, intereses o regalías derivados de dicho Estado Contratante, si tales dividendos, intereses o regalías están sujetos en el Estado Contratante mencionado en primer lugar, a un impuesto corporativo sin ninguna exención, o sin estar sujeto a una deducción especial, descuento u otra concesión o beneficio que no esté disponible para otros residentes de ese Estado Contratante.*

De esa manera, mediante el nuevo párrafo 6 del Protocolo se establecen limitaciones de suma importancia para la aplicación de los beneficios del Tratado, en dos supuestos generales, los cuales admiten diversas modalidades: **(i)** cuando se trate de “acuerdos abusivos” o **(ii)** se implementen estructuras para erosionar la base gravable en uno de

los Estados Contratantes, mediante la transferencia de ingresos a otro de los Estados en el cual éstos estén exentos o gocen de algún beneficio que no esté disponible para todos sus residentes (arbitraje de tasas).

Las limitaciones señaladas son adicionales a los requisitos de aplicación que el propio texto de los artículos en cuestión establece. Lo anterior, especialmente respecto de la necesidad de que el perceptor de los dividendos, los intereses o las regalías, sea el beneficiario efectivo de los ingresos en cuestión.

### **DIVIDENDOS, INTERESES Y REGALÍAS EN EL CONVENIO MODELO**

De conformidad con los Artículos 10 y 11 del Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y sobre el Patrimonio, realizado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (Convenio Modelo y OCDE, respectivamente), los dividendos e intereses obtenidos por un residente de uno de los Estados Contratantes (Estado de Residencia), provenientes del otro Estado Contratante (Estado de Fuente), pueden ser sometidos a imposición en el Estado de Residencia (Artículos 10, párrafo 1, y 11, párrafo 1 del Convenio Modelo).

Sin embargo, tales ingresos por dividendos e intereses también pueden someterse a imposición en el Estado de Fuente, pero si el perceptor de los mismos es el beneficiario efectivo, el impuesto no podrá exceder de los límites señalados en el segundo párrafo de los artículos en cuestión; es decir, del 5 o del 15% del importe bruto de los dividendos, dependiendo de la participación del accionista o bien, de un 10% del importe bruto de los intereses.

Por su parte, el Artículo 12 del Convenio Modelo señala que las regalías provenientes del Estado de Fuente y cuyo beneficiario efectivo sea un residente del otro Estado Contratante, sólo podrán someterse a imposición en el Estado de Residencia.

En ese sentido, en el caso de dividendos e intereses, el beneficio otorgado por el Tratado en cuestión consistirá en “limitar” la potestad tributaria del Estado de Fuente, permitiéndole gravar hasta cierto porcentaje de los ingresos (tasa de retención máxima). Mientras tanto, en el caso de

regalías, el beneficio consiste en la restricción total de la potestad tributaria en el Estado de Fuente (no retención en éste).

En el caso de México, y en particular respecto del Tratado, se limita la potestad tributaria en el Estado de Fuente en materia de ingresos por dividendos, intereses y regalías, de conformidad con las diversas tasas acordadas (en este último caso, desviándose del texto del Convenio Modelo, tal como se señala en la reserva contenida en el párrafo 36 de los Comentarios al Artículo 12 (*Comentarios a los Artículos del Modelo de Convenio Fiscal -Comentarios-*)).

En materia de dividendos, cuando sean pagados por sociedades residentes en México, el texto del Tratado no será relevante debido a que, a la fecha, no existe gravamen para los perceptores de los mismos, estando gravada la sociedad que los distribuya. Cuando México cambie el sistema de tributación integral sobre dividendos, y establezca un impuesto para el perceptor, entonces el texto del Tratado será relevante.

Las restricciones mencionadas en beneficio de los contribuyentes serán aplicables en la medida en la cual sean considerados como “beneficiarios efectivos” del ingreso en cuestión.<sup>2</sup>

### **BENEFICIARIO EFECTIVO**

Como hemos mencionado, en el Convenio Modelo y en el Tratado se establece como *conditio sine qua non*, para la aplicación de los beneficios en favor de los contribuyentes, que el perceptor de los dividendos, intereses y regalías sea el beneficiario efectivo de los mismos.

Ni el Convenio Modelo ni el Tratado establecen lo que debe entenderse por “beneficiario efectivo”.

Al respecto, es importante señalar que de conformidad con el Artículo 3, párrafo 2 del Convenio Modelo (texto que adopta el Tratado), para la aplicación del Convenio, cualquier expresión no definida tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que se le atribuya por la legislación del Estado de Fuente.<sup>3</sup>

En ese orden de ideas, si consideramos a México como Estado de Fuente (de otra manera estaríamos analizando el Derecho suizo), para poder

<sup>2</sup> La Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR), en su artículo 5 establece como requisitos para la aplicación de los beneficios establecidos por los Tratados celebrados por México, que se acredite que sean residentes en el país de que se trate, y se cumplan las disposiciones del propio Tratado, tales como: ser el beneficiario efectivo del ingreso, así como de las disposiciones de procedimiento contenidas en la propia ley

<sup>3</sup> A diferencia del Tratado, el Convenio Modelo señala que el significado atribuido por la legislación fiscal prevalecerá sobre el que resultaría de otras ramas del Derecho de ese Estado

definir lo que debemos entender por *beneficiario efectivo*, debemos acudir a las disposiciones legales de este país.

Sin embargo, la legislación mexicana no establece lo que debe entenderse como “beneficiario efectivo”, no obstante que utiliza ese término en diversas ocasiones, tales como en la declaración informativa sobre los préstamos obtenidos o garantizados por extranjeros (artículo 86, fracción VII, inciso b) de la LISR), en materia de ingresos derivados de contratos de tiempo compartido (artículo 187 de la LISR); para establecer la tasa aplicable a los ingresos por intereses (artículos 195 y 196), así como en el caso de operaciones financieras derivadas de deuda o de aquéllas referidas a un subyacente que no cotice en un mercado reconocido (artículo 199 de la LISR).

Al respecto, cabe mencionar que México forma parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Convención de Viena), en términos de la cual, se establecen las reglas generales que aplican a los Tratados celebrados entre Estados, incluyendo las reglas generales de interpretación.

De esa manera, el artículo 31, párrafo 1, señala que los Tratados deberán 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. Además, el párrafo 4 del precepto en cuestión, establece que se le dará a un término un sentido especial, si consta que tal fue la intención de las partes.

Por otra parte, de conformidad con el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, para el vocablo “beneficiario” se señala lo siguiente: “Dicho de una persona: que resulta favorecida por algo”, mientras que por “efectivo”, debemos entender algo que es: “Real y verdadero, en oposición a quimérico, dudoso o nominal”.<sup>4</sup>

En consecuencia, si atendemos al significado de los términos utilizados, podemos concluir que por beneficiario efectivo en el contexto empleado en la LISR, así como en el Tratado, se refiere a una característica que debe reunir la persona que obtenga los

ingresos en cuestión, necesaria para la aplicación de los beneficios de la disposición referida.

Esta característica significa que el receptor de los ingresos sea realmente la persona favorecida por los mismos, y no un simple intermediario en el pago, ya sea un comisionista, un agente o cualquier otra persona.

Ahora bien, para determinar cuándo una persona **es realmente la que resulta favorecida** por el ingreso obtenido por ella, debemos atender a los derechos que ésta tenga respecto del ingreso en cuestión (aspecto positivo).

Esto es, que ella tenga acción legal en contra del deudor en caso de incumplimiento, así como el hecho de que no asuma la obligación de distribuir el ingreso percibido a otra persona (aspecto negativo).

Adicionalmente, debemos considerar si el receptor efectivamente reconoce la suma recibida como un ingreso tanto para efectos fiscales, como contables; en caso contrario, sería discutible sostener el carácter de “beneficiario efectivo”.

Determinar cuándo una persona puede considerarse como beneficiario efectivo de cierto ingreso es una cuestión de suma complejidad, debido a que no es posible establecer una regla general que aplique para todos los casos, sino que sólo se pueden establecer algunos parámetros razonables para que el intérprete de la disposición legal pueda considerar, para darle sentido al término empleado y poder aplicar la norma al caso concreto.<sup>5</sup>

Asimismo, sería irracional considerar que simplemente porque el receptor del ingreso es una persona moral, ésta no pueda considerarse como beneficiaria efectiva del ingreso, argumentando que en última instancia los beneficiarios serán los accionistas que sean personas físicas (sin importar el número de niveles corporativos con los cuales cuente la estructura).

Otro extremo en el que se podría incurrir consiste en considerar que una persona no es el beneficiario efectivo de los intereses derivados de un crédito otorgado a un residente del Estado de Fuente, cuando el acreedor sea, a su vez, deudor de otra persona residente en un tercer Estado.

<sup>4</sup> *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, consulta vía Internet: [www.rae.es](http://www.rae.es)

<sup>5</sup> En la *Propuesta de Reforma Fiscal*, una acción impostergable del Grupo de los Seis, publicada en septiembre de 2010, se refiere a que no se considera apropiado incluir una definición de beneficiario efectivo en la LISR, para que no se incurra en una práctica conocida como *treaty override*, por medio de la cual mediante disposiciones legales de carácter doméstico se “nulifica” la aplicación de los Tratados celebrados por el país en cuestión. Asimismo, incluyen una explicación de la problemática de este tema, así como algunos parámetros para identificar cuándo nos encontramos ante el “beneficiario efectivo” de cierto ingreso (págs. 175 a 184)

“Los Comentarios establecen diversas disposiciones para ilustrar la problemática derivada de las prácticas tendentes a buscar beneficios de Tratados que no le corresponden a una persona (*treaty shopping*), así como las complicaciones existentes en la determinación de lo que debe entenderse como *beneficiario efectivo*...”

Es decir, participar como intermediario financiero no implica *per se* que no se tenga derecho a obtener el beneficio de la aplicación de una tasa reducida prevista en un Tratado.

Para complicar todavía más este escenario, solamente basta mencionar la problemática que plantean los vehículos de inversión colectiva (*collective investment vehicles* o CIV, por su acrónimo en inglés), los cuales presentan un reto importante para determinar cuándo este tipo de “canales” de inversión pueden considerarse, en primer lugar, como personas jurídicas; en segundo lugar, como residentes de alguno de los Estados Contratantes y, finalmente, como los beneficiarios efectivos de los ingresos que obtengan (sobre todo cuando sus miembros son residentes de un tercer Estado).<sup>6</sup>

## COMENTARIOS AL CONVENIO MODELO<sup>7</sup>

Los *Comentarios* establecen diversas disposiciones para ilustrar la problemática derivada de las prácticas tendentes a buscar beneficios de Tratados que no le corresponden a una persona (*treaty shopping*), así como las complicaciones existentes en la determinación de lo que debe entenderse como *beneficiario efectivo*<sup>8</sup> y los distintos enfoques que han tomado los países miembros de la OCDE.

En adición a lo comentado en la sección anterior respecto de los vehículos de inversión colectiva, los *Comentarios* al Artículo 1 (Personas Comprendidas) del Convenio Modelo (párrafos 7 a 26.2) incluyen disposiciones respecto de los posibles abusos en los cuales pueden incurrir contribuyentes quienes, sin tener derecho a la aplicación de un Tratado para evitar la doble imposición, establecen estructuras que buscan la aplicación de los beneficios contenidos en las redes de Tratados celebrados por otros Estados.

En ese orden de ideas, si bien es cierto que el propósito principal de estos Tratados consiste en promover el intercambio de bienes y servicios entre países, por medio de la eliminación de la doble imposición jurídica internacional,<sup>9</sup> también lo es la prevención de la evasión y (como textualmente se señala) la elusión fiscal (*Comentarios* al Artículo 1, párrafo 7).<sup>10</sup>

La razón por la cual se establecen estas disposiciones en los *Comentarios* al Artículo 1, consiste en que éste establece que el Tratado en cuestión “será aplicable” a personas residentes de uno o de ambos Estados Contratantes.

Por su parte, en los *Comentarios* a los Artículos 10 (párrafos 12, 12.1 y 12.2), 11 (párrafos 9, 10 y 11) y 12 (párrafos 4, 4.1, 4.2, 5, 6 y 7), se señalan los elementos para determinar la aplicación del término “beneficiario efectivo” en materia de dividendos, intereses y regalías.

<sup>6</sup> Esta problemática se encuentra analizada en el reporte del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, denominado “*The granting of treaty benefits with respect to the income of collective investment vehicles*”, así como en los párrafos 6.8 a 6.34 adicionados a los *Comentarios* al artículo 1 del Convenio Modelo, en la más reciente actualización realizada en julio de 2010

<sup>7</sup> Es importante mencionar que en el presente trabajo no se analizan de forma exhaustiva las disposiciones relacionadas con la limitación de beneficios a personas que no sean consideradas como beneficiarias efectivas, por lo que solamente describimos de manera general los principales elementos de la discusión en cuestión

<sup>8</sup> Este concepto fue introducido por primera vez en el Convenio Modelo en 1977

<sup>9</sup> La doble imposición jurídica internacional se presenta cuando un mismo ingreso que es obtenido por un contribuyente se encuentra gravado en dos o más Estados, por impuestos de naturaleza similar y durante el mismo periodo (Introducción al Convenio Modelo, párrafo 1)

<sup>10</sup> El uso del término “elusión fiscal” dentro de los objetivos del Tratado es cuestionable, debido a que en sí mismo contradice el título del Convenio Modelo, el cual sólo se refiere a la evasión fiscal. En ese sentido, Suiza formuló una observación respecto de lo señalado por el párrafo en cuestión, señalando que “consideran que las disposiciones de Derecho interno en materia de abuso de Tratados, deben estar de acuerdo con las disposiciones del Tratado, en especial cuando el Tratado establece expresamente disposiciones para evitar estos abusos” (*Comentarios* al Artículo 1, párrafo 27.9)

Sin extendernos en el análisis de lo dispuesto en los *Comentarios*, destacan los siguientes elementos:

1. El término fue introducido con el propósito de aclarar lo que debe entenderse por “pagados a un residente”, como se utiliza en el párrafo 1 de los Artículos 10, 11 y 12.

2. El término en cuestión no se utiliza en un sentido estricto, sino que debe entenderse dentro del contexto empleado, y considerando tanto el objeto, como el propósito del Tratado (en congruencia con el artículo 31 de la Convención de Viena).

3. Cuando el perceptor del ingreso sea un intermediario o un agente o comisionista (*conduit company*), no podrá ser considerado como beneficiario efectivo del ingreso.

Por último, en el reporte emitido por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE denominado *Double taxation conventions and the use of conduit companies*,<sup>11</sup> se concluye que los intermediarios **no podrán** ser considerados como los beneficiarios efectivos de un ingreso, aun cuando sean formalmente los dueños del mismo, si en la práctica tienen poderes limitados sobre el ingreso en cuestión o si actúan como meros administradores, agentes, o por cuenta de terceros.

En ese sentido, no basta con que el perceptor del ingreso tenga derecho a percibirlo, sino que, una vez que lo perciba, tenga derecho a decidir sobre la forma en la cual será utilizado, sin estar obligado a distribuirlo o transmitirlo a otra persona.

## PRECEDENTES INTERNACIONALES Y EN MÉXICO

Antes de analizar el texto introducido en el Tratado a través del Protocolo, resulta necesario hacer una breve referencia a algunos de los asuntos en los cuales se ha discutido sobre la calificación de una persona como el beneficiario efectivo para la aplicación de algún beneficio establecido en los Tratados para evitar la doble imposición.

En materia internacional, probablemente los casos más relevantes son el *Indofood Internacional Finance v. JP Morgan Chase Bank NA London Branch* [2006] STC 1195 –en materia de intereses–, así como el caso *Prévost Car Inc. v. R*(2008) TCC231, en materia de dividendos.

En el primer caso, la Corte de Apelaciones de Inglaterra tomó un acercamiento considerando la sustancia económica sobre la forma, para negar la aplicación del beneficio contenido en un Tratado al intermediario interpuesto como perceptor del ingreso.

Mientras que en el segundo caso, el Tribunal Fiscal de Canadá se basó en un acercamiento “formalista”, para determinar que el accionista que percibió el dividendo de Canadá era el beneficiario del mismo, por considerarse como el propietario de ese ingreso para efectos legales, sin que estuviera obligado a pagar –a su vez– un dividendo a sus accionistas.

En cuanto a los precedentes emitidos por los Tribunales de nuestro país, encontramos que en materia de beneficios establecidos en el Artículo 11 para intereses, en términos del Convenio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, para Evitar la Doble Imposición e Impedir la Evasión Fiscal en Materia de Impuesto sobre la Renta y Ganancias de Capital, en el Juicio de Nulidad número 100(20)33/97/30328/96, resuelto por la Segunda Sección de la Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación, en sesión del 13 enero de 1998, se señala que:

*...la condición de que el perceptor de los intereses sea el beneficiario efectivo, tiene como propósito evitar que un residente de un tercer Estado goce de los beneficios del Convenio, percibiendo los intereses por conducto de un agente o designatario[sic], residente de uno de los Estados Contratantes.*<sup>12</sup>

En un caso más reciente, sobre regalías, en términos del Artículo 12 del Convenio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de los Países Bajos para Evitar la Doble Imposición e Impedir la Evasión Fiscal en Materia del Impuesto sobre la Renta, en el Juicio Contencioso Administrativo número 24802/06-17-04-3/1125/07-PL-01-09, resuelto por el Pleno de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA), en sesión de 16 de febrero de 2009, analizando cierta doctrina internacional y el precedente citado, el Tribunal menciona lo siguiente en los considerandos de la ejecutoria emitida:

<sup>11</sup> Publicado por la OCDE el 21 de septiembre de 2007

<sup>12</sup> No. de Registro 18,435. Tesis aislada. Segunda Sección de la Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación. 13 de enero de 1998. Rubro: *DOBLE TRIBUTACIÓN. BENEFICIARIO EFECTIVO DE LOS INTERESES*



*De lo anterior se puede concluir que la doctrina internacional ha coincidido en el hecho de que el beneficiario efectivo debe identificarse con el beneficiario económico del pago o rendimiento, con independencia de quién es el titular del activo que lo produce, es decir, debe entenderse por beneficiario efectivo la persona que libremente puede poner los bienes a disposición de terceros, o disponer de las ganancias generadas.*

De esa manera, en los casos resueltos por nuestros Tribunales, no se señala lo que debe entenderse como *beneficiario efectivo*, sino que solamente se analiza la utilización de intermediarios para obtener un beneficio de un Tratado del cual no es residente. Asimismo, se utiliza el concepto de *beneficiario económico* en un contexto en el cual parecería que se trata de un beneficiario, en sentido formal.

### **ACUERDOS ABUSIVOS (CONDUIT ARRANGEMENTS)**

De conformidad con lo señalado en el párrafo 6 del Protocolo, en adición al requisito contenido en los artículos 10, 11 y 12 del Tratado, consistente en que el perceptor del ingreso en cuestión sea el beneficiario efectivo de los mismos, se señala que los beneficios en materia de dividendos, intereses y regalías no serán aplicables cuando éstos sean pagados bajo, o como parte de, un “acuerdo abusivo”.

Para estos efectos, se entiende por “acuerdo abusivo” aquella transacción o serie de transacciones estructuradas de tal manera que un residente del Estado de Residencia que tenga derecho a los beneficios del Tratado, reciba un elemento de ingreso derivado del Estado de Fuente, aunque ese residente pague, directa o indirectamente, todo o una parte sustancial de dicho ingreso (en cualquier momento y de cualquier forma) a otra persona, quien no es un residente de ninguno de los Estados Contratantes.

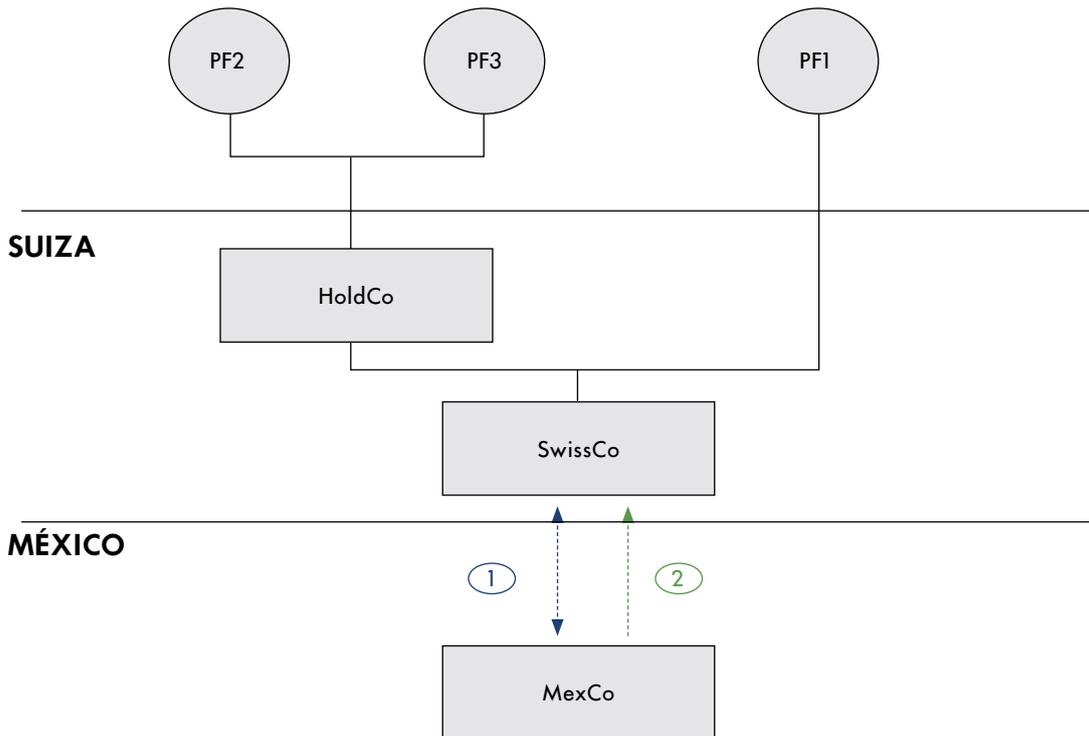
Para entender mejor lo anterior, veamos el siguiente ejemplo. Supongamos que México es el Estado de Fuente, y Suiza, el Estado de Residencia. Asimismo, que una sociedad residente en Suiza, para efectos fiscales (SwissCo), es titular de una patente cuyos derechos otorga a una sociedad residente en México (MexCo) a través de un contrato de licencia.

Así, MexCo se obliga a pagar cierta suma por concepto de regalías, las cuales se encuentran sujetas a retención en México a la tasa de 30%, en términos del artículo 200 de la LISR.

Por su parte, los accionistas de SwissCo son una persona moral residente en Suiza (HoldCo), y una persona física residente en Costa de Marfil (PF1). Además, los accionistas de HoldCo son dos personas físicas residentes, también, en Costa de Marfil (PF2 y PF3).

En el siguiente diagrama se ilustra la estructura descrita en esta sección:

## COSTA DE MARFIL



1. Contrato de licencia
2. Regalías

Entre México y Suiza se encuentra en vigor el Tratado, el cual establece como tasa máxima de retención en materia de regalías un 10% (artículo 12). Asimismo, entre Suiza y Costa de Marfil existe celebrado un Tratado para Evitar la Doble Tributación, el cual otorga beneficios de tasa reducida en materia de dividendos. Sin embargo, entre México y Costa de Marfil no existe celebrado algún Convenio para estos efectos.

Bajo estas circunstancias, México podría rechazar la aplicación de los beneficios del Tratado, a pesar de que SwissCo sea residente en Suiza para efectos fiscales, y pudiera considerarse como "beneficiario efectivo" del ingreso por regalías, según lo explicado en las secciones anteriores (por ejemplo, legalmente tiene derecho a recibir las regalías, es propietario de la patente, no tiene obligación de pagar las regalías a otra persona, reconoce el ingreso por regalías para efectos fiscales y contables en Suiza, etc.).

Lo anterior es así, debido a que el efecto de las dos transacciones –la incorporación de la subsidiaria en Suiza y el contrato de licencia entre SwissCo y MexCo– podría considerarse como un acuerdo abusivo, puesto que el residente en Suiza obtiene un ingreso (regalías) proveniente de fuente de riqueza ubicada en México (pago efectuado por MexCo), que a su vez son pagadas de cualquier forma (dividendos) y en cualquier momento, en parte (después del pago de impuestos corporativos en Suiza) o en su totalidad a un residente de un tercer Estado (Costa de Marfil), ya sea directa (PF1) o indirectamente (PF2 y PF3 a través de HoldCo).

Inclusive, ese ingreso podría recibirse de México en la forma de intereses o regalías<sup>13</sup> y ser pagado a los accionistas de SwissCo, ya sea mediante dividendos, intereses, regalías, reducciones de capital o de cualquier otra forma.

Sin embargo, lo anterior será así siempre y cuando se cumpla con dos requisitos adicionales, a

<sup>13</sup> Excluimos a los "dividendos" del presente ejemplo, debido a que, como señalamos con anterioridad, a la fecha no existe impuesto en México para el perceptor de los dividendos, sin importar el país del que sea residente

saber: el primero consiste en que el destinatario final del ingreso (PF1, PF2 y PF3), de haberlo recibido directamente del Estado de Fuente (México), no tendría derecho a ningún beneficio establecido por algún convenio para evitar la doble tributación (reducción de la tasa de retención de 30% a 10%).

En nuestro ejemplo, por tratarse de residentes en Costa de Marfil, este requisito se cumple, pues entre México y Costa de Marfil, a la fecha, no se ha celebrado Tratado alguno. Ello no ocurriría si PF1, PF2 y PF3 fueran residentes de Suiza o de algún otro país con los que México tiene celebrado un Tratado que establezca una tasa máxima de retención sobre regalías de al menos 10%.

Debido a que los elementos anteriores se actualizan con la simple implementación de la estructura, el segundo requisito exige un elemento subjetivo, el cual consiste en que el propósito principal de la estructura implementada sea obtener los beneficios del Tratado.

De esa manera, con este elemento subjetivo se pretende evitar que operaciones realizadas de buena fe y que tengan razones económicas válidas se consideren como “acuerdos abusivos”.

Es importante enfatizar que el propósito de obtener los beneficios debe demostrarse fehacientemente por las autoridades fiscales del país que pretenda rechazar los beneficios del Tratado (en nuestro ejemplo, México).

Por tanto, ese propósito no debe consistir en la simple afirmación derivada del resultado obtenido por la estructura. En otras palabras, si en nuestro ejemplo, la consecuencia de la reducción de la tasa de retención del 30 al 10% deriva de la utilización de SwissCo como perceptor del ingreso, esto no es razón suficiente para considerar que el propósito de la estructura consistió en obtener los beneficios del Tratado.

Por último, el texto en cuestión señala que las autoridades competentes, bajo el procedimiento amistoso, podrán acordar sobre los casos o circunstancias en donde la estructuración de un acuerdo abusivo tiene como objeto principal obtener los beneficios del Tratado.

### **ESTRUCTURAS PARA EROSIONAR LA BASE GRAVABLE (ARBITRAJE DE TASAS)**

El segundo supuesto que establece el Protocolo, por medio del párrafo 6, está destinado a negar los beneficios del Tratado en estructuras en las cuales una sociedad residente del Estado de Residencia, en la cual personas residentes del Estado

de Fuente mantengan, directa o indirectamente, un interés sustancial en la forma de una participación o de alguna otra forma.

Ajustando el ejemplo utilizado en la sección anterior, esta situación se presentaría si los accionistas de SwissCo, directa (HoldCo y PF1) o indirectamente (PF2 y PF3), fueran residentes en México para efectos fiscales.

En este supuesto, SwissCo sólo podría reclamar la reducción sobre los impuestos que México establece sobre intereses o regalías (no mencionamos dividendos, por el sistema integral de tributación), si estos ingresos están sujetos en Suiza a un impuesto corporativo sin ninguna exención, o sin estar sujeto a una deducción especial, descuento u otra concesión o beneficio que no esté disponible para otros residentes de Suiza.

El propósito de esta disposición es, claro, analizado desde la perspectiva de México, pues pretende evitar que residentes en México establezcan estructuras en Suiza en las que por alguna disposición o circunstancia especial, el impuesto corporativo que pague el vehículo constituido en ese país sea reducido (la tasa bajo la cual MexCo efectúa la deducción de los intereses o regalías es del 30%).

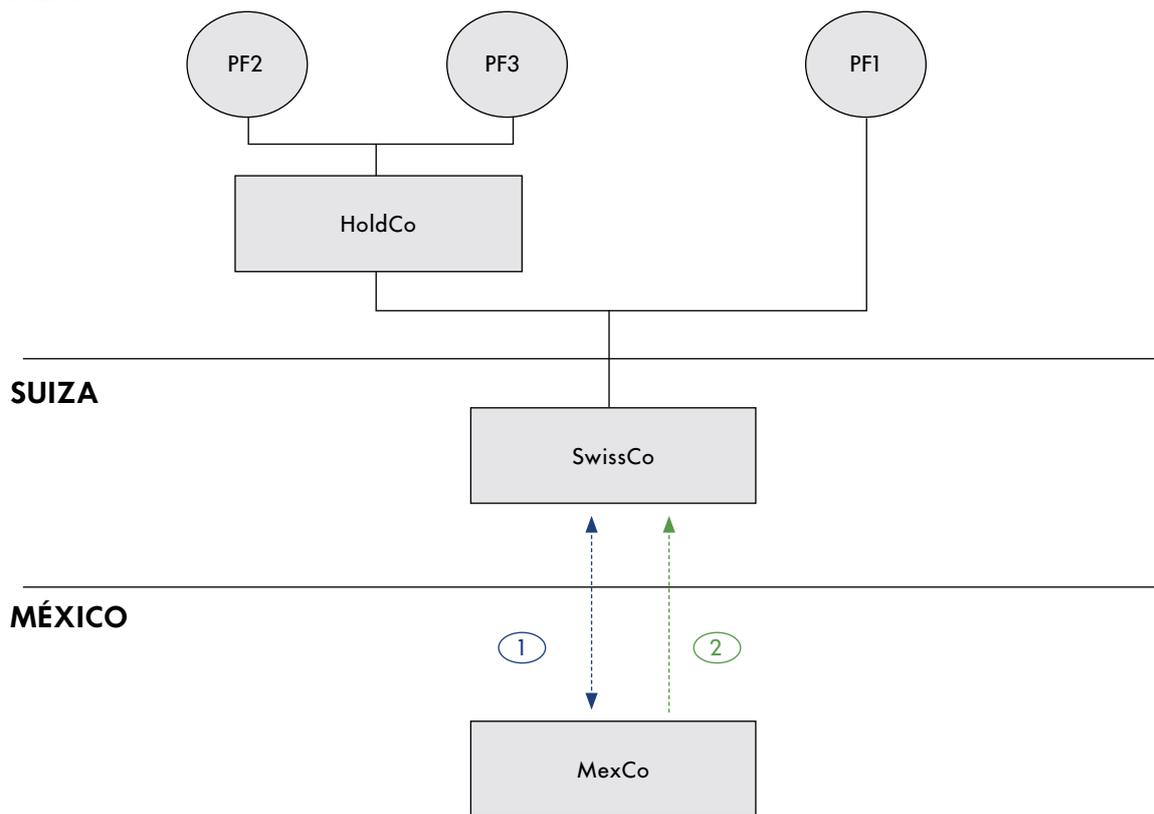
Como ejemplo, podríamos citar alguna exención por tratarse de ingresos provenientes del extranjero o por tratarse de accionistas extranjeros. En este supuesto, el Estado de Fuente no está dispuesto a renunciar (al menos parcialmente) a su potestad tributaria debido a que, al no estar gravado en el Estado de Residencia, no existiría una doble imposición, que es precisamente lo que pretende evitar el Tratado.

Lo anterior, con independencia de la posible aplicación de las disposiciones contenidas en el Título VI (De los regímenes fiscales preferentes y de las empresas multinacionales), en materia de reglas de acumulación anticipada de ingresos sujetos a regímenes fiscales preferentes u obtenidos a través de entidades o figuras jurídicas extranjeras que sean “transparentes fiscales”, así como en materia de precios de transferencia.

Estas disposiciones podrían hacer poco atractiva la implementación de estructuras previstas en este supuesto del párrafo 6 del Protocolo, debido a que, además de la obligación de determinar el monto de las contraprestaciones utilizando valores de mercado y las medidas *antidiferimiento*, podría rechazarse al accionista residente en México el acreditamiento del impuesto pagado en este país, por no tratarse de un impuesto pagado en el extranjero.

En el siguiente diagrama se ilustra la estructura descrita en esta sección:

## MÉXICO



1. Contrato de licencia
2. Regalías

## CONCLUSIONES

A partir del 1 de enero de 2011, en adición al requisito consistente en que el receptor de los ingresos por dividendos, intereses y regalías sea el beneficiario efectivo de los mismos, se introducen disposiciones relevantes en materia de acuerdos abusivos y arbitraje de tasas, con el objeto de limitar los beneficios contenidos en el Tratado.

Esas disposiciones, señaladas en el párrafo 6 del Protocolo, pueden tener implicaciones relevantes en aquellas estructuras en las que el receptor del ingreso tenga accionistas residentes en un tercer Estado o bien, efectúe pagos a residentes en otros Estados.

En el caso de acuerdos abusivos, es importante mencionar que se deberá cumplir con un elemento subjetivo, el cual consiste en que el propósito de la estructura sea el de obtener los beneficios del Tratado.

La tarea anterior no es fácil, debido a que estamos entre la obtención de beneficios a través de Tratados, de los cuales el beneficiario final no es residente (*treaty shopping*), y el rechazo de beneficios del Tratado al receptor de los mismos.

Evidentemente, habrá casos en los cuales a todas luces nos encontremos con estructuras que puedan considerarse como "acuerdos abusivos". Sin embargo, existirán numerosos casos en los que no sea tan claro, sobre todo respecto de la determinación del propósito de la estructura.

Finalmente, en ese sentido, la resolución de las autoridades fiscales, mediante la cual se rechace la aplicación del Tratado argumentando la aplicación de alguna de las disposiciones del Protocolo, deberá estar debidamente fundada y motivada. 🏠