

Intereses que deriven de préstamos no relacionados con los fines del negocio: ¿Dividendos fictos a partir de 2022?



78

Con motivo de la Reforma Fiscal para 2022, hubo importantes modificaciones a la Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR), entre ellas, la adición del último párrafo a la fracción V de artículo 11, donde se establece un nuevo supuesto mediante el cual se dará fictamente el tratamiento fiscal de dividendos a los intereses que deriven de operaciones de financiamiento realizadas entre partes relacionadas, cuando estas carezcan de una razón de negocios. Sin embargo, la importancia del estudio de esa disposición radica sobre todo en definir cuándo se considera que tal operación carece de una razón de negocios, toda vez que es importante determinar si esta se debe circunscribir a lo estipulado por el numeral 5-A del Código Fiscal de la Federación (CFF), o bien, se debe atender a una definición genérica de ese concepto

GARRIDO  LICONA®

L.C. y Lic. José Luis Mejía Soto,
Socio del Área Legal y Fiscal
de Garrido Licona y Asociados



INTRODUCCIÓN

La falta de liquidez de las personas morales residentes en el país deriva en la necesidad de obtener financiamientos, lo cual involucra la adquisición de pasivos con el fin de obtener recursos para el desarrollo de sus actividades o la continuidad de su operación.

Por tal razón, conseguir créditos o financiamientos entre compañías del mismo grupo empresarial es una operación muy común en el día a día, toda vez que ello involucra la obtención de capitales de manera rápida y, en ocasiones, con tasas más competitivas que las que ofrecen las instituciones financieras.

Lo anterior ocasiona la generación de intereses intercompañías, que pueden pagarse a partes relacionadas residentes en México o en el extranjero; no obstante, la autoridad fiscal ha detectado abusos por parte de algunos grupos empresariales, en el sentido de que estos realizan tales operaciones de endeudamiento con la única finalidad de generar deducciones adicionales, o bien, de migrar los capitales a otros países mediante el pago de los intereses correspondientes.

En consecuencia, la LISR se ha visto modificada con el paso del tiempo, para introducir una serie de medidas o normas antielusivas; particularmente, ha puesto diversos candados que limitan la deducibilidad de los intereses.

De acuerdo con el citado artículo 11 de la LISR, a los intereses se les dará el tratamiento fiscal de dividendos, siempre que se actualice alguna de las hipótesis jurídicas establecidas en ese precepto legal.

En este contexto, uno de los candados más recientes que la autoridad fiscal ha incorporado tiene su origen en la Reforma Fiscal para 2022, mediante la cual se adicionó un nuevo supuesto para aquellas operaciones de financiamiento con partes relacionadas que generan el pago de intereses, a los cuales se les dará el tratamiento de dividendos fictos cuando esas operaciones carezcan de razón de negocios.

En consecuencia, es necesario hacer un análisis de las operaciones de financiamiento con partes relacionadas de las cuales deriven intereses y que, además, carezcan de una razón de negocios, toda vez que podrían ser recharacterizadas como dividendos, al actualizar la hipótesis jurídica prevista en el último párrafo de la fracción V del referido numeral 11.

INTERESES RECARACTERIZADOS COMO DIVIDENDOS

Derivado de la reforma comentada, las operaciones de financiamiento entre partes relacionadas

residentes en México o en el extranjero que carezcan de una razón de negocios, serán consideradas como créditos respaldados.

Por tanto, cuando se otorguen préstamos en favor de personas morales o establecimientos permanentes por parte de personas residentes en México o en el extranjero que sean partes relacionadas de la persona que paga el crédito, los intereses que deriven de ese financiamiento se les podría dar fictamente el tratamiento fiscal de dividendos.

Cabe resaltar que el fin que persigue esta norma es establecer una medida antielusiva, para evitar que, mediante esquemas de estrategias financieras o fiscales, se busque un beneficio fiscal; es decir, que a través de la celebración de operaciones de endeudamiento se logre obtener un beneficio mediante la deducción de los intereses. En tal sentido, es importante traer a colación lo referido en la exposición de motivos de esa disposición:

1.2. Créditos respaldados. *La legislación tributaria se encuentra en constante evolución para adaptarse a la realidad económica. Las nuevas tecnologías y la cambiante realidad de los negocios hacen indispensable **mantener actualizado el marco tributario, incluso para contrarrestar las planeaciones que involucran el endeudamiento de los contribuyentes.** Es por ello que se somete a consideración de esa Soberanía adicionar a la fracción V del artículo 11 de la Ley del Impuesto sobre la Renta **un quinto párrafo, para introducir un supuesto adicional que configure la existencia de créditos respaldados.** Siendo ésta una de las primeras normas de control establecidas en el ordenamiento mexicano, **es evidente la necesidad de actualizarla para hacerla útil y eficaz ante nuevas planeaciones que involucran operaciones de financiamiento que erosionan la base tributaria de los contribuyentes.***

(Énfasis añadido.)

Bajo la misma lógica, en agosto de 2011, se dio a conocer una tesis de los Tribunales Colegiados de Circuito, la cual refiere el término “créditos respaldados”, con relación a la normatividad vigente en 2007, a saber:

RENTA. EL TÉRMINO “CRÉDITOS RESPALDADOS” CONTENIDO EN LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 92 DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO (VIGENTE EN EL 2007), TIENE UN PROPÓSITO ANTIELUSIÓN O ANTIABUSO (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 1 DE OCTUBRE DE 2007). El precepto citado prevé que, para efectos del impuesto sobre la renta,¹ **los intereses que provengan de créditos respaldados tendrán el tratamiento fiscal de dividendos.** Ahora, del análisis de las reformas a ese dispositivo legal, hasta su texto vigente en 2007, se observa que el legislador en ningún momento tuvo la intención de encuadrar la definición de “créditos respaldados” en el concepto doctrinario tradicional, consistente en aquellas operaciones en donde existen dos créditos documentados cubriendo una misma operación, sino que **lo amplió a otros supuestos, con el fin de no dejar resquicios donde estrategias financieras y de negocios novedosas buscaran obtener o conseguir fines o resultados análogos, todo ello dentro de un esquema y propósito antiabuso; de ahí que es irrelevante el objeto de la operación que se considera como crédito respaldado, pues lo importante es el efecto de elusión que se intenta controlar.**

(Énfasis añadido.)

80 Bajo las consideraciones anteriores, la adición del último párrafo a la fracción V del artículo 11 de la LISR, en el que se prevé un nuevo supuesto bajo el cual se podrían actualizar como créditos respaldados los préstamos que obtengan los contribuyentes, da lugar a otra limitante más por parte del fisco federal para las operaciones de financiamiento.

Con la finalidad de analizar la reforma en cuestión, a continuación se transcribe:

Artículo 11. *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 actualice alguno de los siguientes supuestos:

...

V. *Los intereses provengan de créditos respaldados, inclusive cuando se otorguen a través de una institución financiera residente en el país o en el extranjero.*

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. También se consideran créditos respaldados aquellas 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 acreditado, en la medida en la que esté garantizado de esta forma. Para estos efectos, se considera que el crédito también está garantizado en los términos de esta fracción, cuando su otorgamiento se condicione a la celebración de uno o varios contratos que otorguen un derecho de opción a favor del 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 acreditado.

...

También tendrán el tratamiento de créditos respaldados aquellas operaciones de financiamiento distintas a las previamente referidas en este artículo de las que deriven intereses a cargo de personas morales o establecimientos permanentes en el país de residentes en el extranjero, cuando dichas operaciones carezcan de una razón de negocios.

(Énfasis añadido.)

Como se puede observar, en el citado artículo se estipula que aquellas operaciones de financiamiento que carezcan de una razón de negocios deberán

¹ ISR

considerarse créditos respaldados y, como consecuencia se les deberá dar el tratamiento de dividendos fictos.

Con base en lo anterior, se podría entender que el tratamiento aludido sería aplicable a todas aquellas operaciones de financiamiento que carezcan de una razón de negocios; no obstante, derivado de una interpretación sistemática, la disposición se debiera interpretar en su conjunto con el primer párrafo del propio artículo 11 de la LISR, debido a que ese párrafo es la hipótesis jurídica que da origen a la norma.

Por lo expuesto, aquellos intereses que provengan de operaciones de financiamiento celebradas exclusivamente con partes relacionadas del contribuyente son los que podrían llegar a ser recharacterizados como créditos respaldados.

ANÁLISIS DEL CONCEPTO “RAZÓN DE NEGOCIOS”

Con la finalidad de definir lo que se debe entender por “razón negocios”, cabe hacerse las siguientes preguntas:

- ¿Es necesario atender a lo dispuesto por el artículo 5-A del CFF? o, en su caso, ¿cuál sería el alcance de esa norma para efectos de determinar cuándo una operación de financiamiento carece de razón de negocios?

Si la respuesta fuera que no es necesario atender a lo establecido por el artículo 5-A del CFF, se estaría en el entendido de que la existencia de la razón de negocios se centra principalmente en que los capitales solicitados en préstamo se utilicen o inviertan para los fines del negocio, tal como lo señala el requisito de deducibilidad de los intereses previsto en el numeral 27, fracción VII, de la LISR; por ende, únicamente en el caso de que no se destinen a los fines del negocio se estaría en el supuesto de recharacterizar los intereses como dividendos fictos, por carecer la operación de una razón de negocios.

En congruencia con lo anterior, no es necesario acudir a la regulación señalada en el artículo 5-A del CFF para efecto de definir lo que debe entenderse como “razón de negocios”, y se podría aplicar un

concepto genérico de esta a luz de la tesis emitida por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA) –actualmente, Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TFJA)–, que a letra menciona lo siguiente:

RAZÓN DE NEGOCIOS. LA AUTORIDAD PUEDE CONSIDERAR SU AUSENCIA COMO UNO DE LOS ELEMENTOS QUE LA LLEVEN A DETERMINAR LA FALTA DE MATERIALIDAD DE UNA OPERACIÓN, CASO EN EL CUAL, LA CARGA PROBATORIA PARA DEMOSTRAR LA EXISTENCIA Y REGULARIDAD DE LA OPERACIÓN, CORRE A CARGO DEL CONTRIBUYENTE. *Legalmente no existe una definición de la expresión “razón de negocios”, sin embargo, en la jerga financiera se entiende como el motivo para realizar un acto, al cual se tiene derecho, relacionado con una ocupación lucrativa y encaminado a obtener una utilidad; es decir, se trata de la razón de existir de cualquier compañía lucrativa que implica buscar ganancias extraordinarias que beneficien al accionista y propicien generación de valor, creación y desarrollo de relaciones de largo plazo con clientes y proveedores. Ahora bien, del contenido de la tesis 1a. XLVII/2009 emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,² puede válidamente concluirse que las razones de negocio, sí son un elemento que puede tomar en cuenta la autoridad fiscal para determinar si una operación es artificiosa y que en cada caso, dependerá de la valoración de la totalidad de elementos que la autoridad considere para soportar sus conclusiones sobre reconocer o no los efectos fiscales de un determinado acto. Por ello, la ausencia de razón de negocios sí puede ser aducida por la autoridad para determinar la inexistencia de una operación, siempre y cuando no sea el único elemento considerado para arribar a tal conclusión; por lo que una vez que se sustentan las razones por las que no se reconocen los efectos fiscales de las operaciones, corre a cargo del contribuyente demostrar la existencia y regularidad de la operación.*

² SCJN

(Tesis de jurisprudencia aprobada por acuerdo G/S1-8/ 2020)

(Énfasis añadido.)

No obstante, si la definición de razón de negocios se circunscribe a los dispuestos en el numeral 5-A del CFF, se estaría a lo siguiente:

Artículo 5-A. Los actos jurídicos que carezcan de una razón de negocios y que generen un beneficio fiscal directo o indirecto, tendrán los efectos fiscales que correspondan a los que se habrían realizado para la obtención del beneficio económico razonablemente esperado por el contribuyente.

...

La autoridad fiscal podrá presumir, salvo prueba en contrario, que no existe una razón de negocios, cuando el beneficio económico cuantificable razonablemente esperado, sea menor al beneficio fiscal. Adicionalmente, la autoridad fiscal podrá presumir, salvo prueba en contrario, que una serie de actos jurídicos carece de razón de negocios, cuando el beneficio económico razonablemente esperado pudiera alcanzarse a través de la realización de un menor número de actos jurídicos y el efecto fiscal de estos hubiera sido más gravoso.

...

Se considera que existe un beneficio económico razonablemente esperado, cuando las operaciones del contribuyente busquen generar ingresos, reducir costos, aumentar el valor de los bienes que sean de su propiedad, mejorar su posicionamiento en el mercado, entre otros casos. Para cuantificar el beneficio económico razonablemente esperado, se considerará la información contemporánea relacionada a la operación objeto de análisis, incluyendo el beneficio económico proyectado, en la medida en que dicha información esté soportada y sea razonable. Para efectos de este artículo, el beneficio fiscal no se considerará como parte del beneficio económico razonablemente esperado.

...

(Énfasis añadido.)

Con base en la norma citada, el término “razón de negocios” se circunscribe a que las operaciones carecen de esta cuando el beneficio económico sea menor al beneficio fiscal, así como en aquellos casos en que se realice una serie de actos jurídicos con la finalidad de obtener un efecto fiscal menos gravoso.

Así las cosas, es dable afirmar que no habría lugar para determinar que los actos carecen de una razón de negocios, puesto que las operaciones de financiamiento anteriormente descritas ya traen consigo una partida no deducible por concepto de interés; por tal razón, no existiría un beneficio fiscal mayor que el económico en términos del artículo 5-A del CFF, en virtud de que no habría una deducción de intereses, al no cumplirse con el requisito de deducibilidad, referido a que los capitales tomados en préstamo hayan sido invertidos en los fines del negocio.

En función del análisis anterior, la carencia de razón de negocios va en un sentido genérico y no necesariamente le resulta aplicable el artículo 5-A del CFF.

INTERESES NO DEDUCIBLES O DIVIDENDOS FICTOS

Un caso en particular son aquellas ocasiones en que los contribuyentes deben pagar dividendos; sin embargo, por falta de flujo de efectivo o por otras causas, requieren obtener recursos a través de préstamos para poder realizar el pago correspondiente.

No obstante, de acuerdo con los precedentes que existen al día de hoy, en conjunto con las disposiciones fiscales vigentes, los intereses que se devenguen por capital tomado en préstamo para efectuar el pago o distribución de dividendos no serán deducibles, en virtud de que ese capital no sería utilizado para los fines del negocio; en este sentido, con el objeto de fortalecer el razonamiento anterior, se cita la siguiente tesis aislada del Poder Judicial de la Federación (PJF):

RENTA, IMPUESTO SOBRE LA. CASO EN EL QUE NO SON DEDUCIBLES EN SU PAGO LOS INTERESES. *Cuando una empresa obtiene préstamos bancarios o de cualquier otra índole, y el dinero producto de los mismos es utilizado para repartir dividendos o utilidades a sus accionistas; los intereses que deben cubrirse por la adquisición de los créditos no representan una deducción autorizada*

por la Ley del Impuesto sobre la Renta, en virtud de que las cantidades recibidas en préstamo no fueron invertidas en un fin estrictamente indispensable para los fines de la actividad empresarial, como lo establece dicha ley en su artículo 24, fracciones I y VIII.

Por consiguiente, los pagos que efectúen los contribuyentes por concepto de intereses a sus partes relacionadas, derivados de los financiamientos o préstamos de referencia, no serán deducibles y deberán considerarse dividendos fictos.

EFFECTOS FISCALES DE OPERACIONES DE FINANCIAMIENTO QUE CAREZCAN DE UNA RAZÓN DE NEGOCIOS

Las implicaciones fiscales que derivarían de re-caracterizar la operación a crédito respaldado sería darle el tratamiento de dividendos fictos a los intereses pagados, atendiendo al caso en específico, si se trata de personas físicas o morales residentes en México, o bien, si se trata de personas residentes en el extranjero, para lo cual se tendría que observar lo siguiente:

Personas físicas y morales residentes en México

Cuando los dividendos distribuidos no provengan de la Cuenta de Utilidad Fiscal Neta (Cufin), se calculará y pagará el ISR conforme a la mecánica establecida en el primer párrafo del artículo 10 de la LISR, por lo que se deberán piramidar los dividendos fictos por el factor de 1.4286, aplicando sobre ese monto la tasa de impuesto correspondiente.

Por otro lado, cuando exista saldo en la Cufin, no se estará obligado al pago del ISR, pero el monto de los dividendos fictos se deberá disminuir del saldo de la Cufin.

Adicionalmente, cuando el pago se realice a personas físicas, se causará la retención del respectivo ISR, la cual deberá efectuar la persona moral que paga los dividendos fictos.

Personas residentes en el extranjero

Por lo que respecta a pagos efectuados a residentes en el extranjero, de igual manera, se deberá atender a que el monto de los dividendos fictos provenga o no del saldo de la Cufin; con base en ello, se aplicará el procedimiento descrito en el apartado anterior.

Un elemento esencial en este tipo de operaciones será la retención que se debe efectuar en materia de dividendos, de conformidad con lo señalado en el artículo 164, fracción I, quinto párrafo, de la LISR.

En este contexto, al haber sido re-caracterizada la operación de referencia, se considera que la retención aplicable a personas residentes en el extranjero se efectuará por la obtención de ingresos por dividendos fictos y no por intereses pagados, lo cual incluso se confirma en el Convenio para Evitar la Doble Imposición celebrado entre México y los Estados Unidos de América.³

Este convenio prevé el supuesto para créditos respaldados en su artículo 11, "Intereses", donde se menciona que los intereses que sean pagados a residentes en los EUA por concepto de créditos respaldados podrán ser sometidos a imposición en México, de conformidad con el Derecho Interno de nuestro país, como se muestra a continuación:

1. *Los intereses procedentes de un Estado Contratante y pagados a un residente del otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en este otro Estado.*

2. **Estos intereses pueden también someterse a imposición en el Estado Contratante del que procedan y de acuerdo con la legislación de este Estado.** Sin embargo, si el beneficiario efectivo de los intereses es residente del otro Estado Contratante, salvo lo dispuesto en el párrafo 3, el impuesto así exigido no puede exceder del:⁴

...

A los efectos del presente párrafo, los intereses pagados por concepto de préstamos respaldados ("back to back") serán sometidos a imposición

³ EUA

⁴ En relación con este párrafo, véase el numeral 10, inciso a), del Protocolo del Convenio para Evitar la Doble Imposición entre México y los Estados Unidos



de conformidad con el Derecho interno del Estado del que provengan los intereses.

...

(Énfasis añadido.)

incluye una participación en el capital, el Estado Contratante podrá tratar dicho pago de conformidad con lo previsto por dicha ley.

84

Es importante tomar en consideración lo estipulado en el numeral 9 del Protocolo del Convenio para Evitar la Doble Imposición entre México y los Estados Unidos, en vigor, mediante el cual se regula el tratamiento parcial o total de dividendo a los pagos por intereses, cuando lo anterior se prevea expresamente en la legislación local correspondiente:

En relación con el párrafo 3 del Artículo 7 (Beneficios Empresariales), párrafo 6 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

CONCLUSIÓN

La incorporación del último párrafo a la fracción V del artículo 11 de la LISR es aplicable únicamente a intereses que deriven de operaciones de préstamo entre partes relacionadas residentes en México o en el extranjero.

El concepto de razón de negocios deberá analizarse a la luz del destino del préstamo, es decir, que se invierta en los fines del negocio, por lo cual no sería aplicable lo dispuesto en el numeral 5-A del CFF, toda vez que, si de origen los intereses no son deducibles, no sería posible que exista un beneficio fiscal mayor al beneficio económico.

Sería importante que la autoridad fiscal emitiera reglas en donde se defina en cuáles casos los préstamos carecen de una razón de negocios o, en su defecto, qué se debe entender por tal concepto. •