

LA APLICACIÓN DE TRATADOS FISCALES EN EL PAGO DE DIVIDENDOS

L.C.P. FEDERICO AGUILAR MILLÁN
Integrante de la Comisión Fiscal del IMCP

DIRECTORIO

C.P.C. Leobardo Brizuela Arce
PRESIDENTE

C.P.C. Leticia Hervert Sáenz
VICEPRESIDENTE GENERAL

C.P.C. Angélica Gómez Castillo
VICEPRESIDENTA DE RELACIONES Y DIFUSIÓN

C.P.C. Ricardo Arellano Godínez
VICEPRESIDENTE FISCAL

C.P.C. José Antonio de Anda Turati
PRESIDENTE DE LA COMISIÓN FISCAL

C.P.C. Antonio C. Gómez Espiñeira
RESPONSABLE DE ESTE BOLETÍN

“LOS COMENTARIOS PROFESIONALES DE ESTE ARTÍCULO SON
RESPONSABILIDAD DEL AUTOR, SU INTERPRETACIÓN SOBRE LAS
DISPOSICIONES FISCALES PUEDE DIFERIR DE LA EMITIDA POR LA
AUTORIDAD FISCAL”

FISCOactualidades



IMCP

ES
MIEMBRO
DE



International
Federation
of Accountants

INTEGRANTES DE LA COMISIÓN FISCAL DEL IMCP

Jesús Alvarado Nieto	Francisco Xavier Hoyos Hernández
Federico Aguilar Millán	Arturo Lomelín Martínez
Gustavo Amezcua Gutiérrez	Enrique A. Manrique Díaz Leal
Ricardo Arellano Godínez	Ernesto Manzano García
Francisco J. Arguello García	Ricardo Javier Mena Rodríguez
Víctor Manuel Cámara Flores	Marco Antonio Mendoza Soto
Marcial A. Cavazos Ortiz	Francisco Moguel Gloria
José Antonio de Anda Turati	Óscar Ortiz Molina
Marcelo de los Santos Anaya	Víctor M. Pérez Ruiz
Javier de los Santos Valero	Pablo Puga Vértiz
José Miguel Erreguerena Albaitero	Mario Jorge Ríos Peñaranda
José Ángel Eseverri Ahuja	Manuel Sainz Orantes
Juan Manuel Franco Gallardo	Luis Ignacio Sánchez Gutiérrez
José Luis Gallegos Barraza	Héctor Villalobos González
Antonio C. Gómez Espiñeira	Francisco Miguel Wilson Loaiza
José Paul Hernández Cota	

LA APLICACIÓN DE TRATADOS FISCALES EN EL PAGO DE DIVIDENDOS

L.C.P. FEDERICO AGUILAR MILLÁN
Integrante de la Comisión Fiscal del IMCP

INTRODUCCIÓN

La nueva Ley del Impuesto Sobre la Renta (LISR) establece a partir de 2014, que cuando se paguen dividendos por personas morales residentes en México a residentes en el extranjero, estarán sujetos al ISR al nivel de los accionistas, por lo que la persona moral que los pague deberá retener y enterar 10% de impuesto sobre la renta.

Es importante mencionar que este nuevo impuesto solo es aplicable tratándose de distribución de utilidades generadas a partir de 2014. Para tal efecto, la persona moral que realizará dicha distribución estará obligado a mantener la Cuenta de Utilidad Fiscal Neta (CUFIN) con las utilidades generadas hasta el 31 de diciembre de 2013 e iniciar otra CUFIN con las generadas a partir del 1 de enero de 2014.¹ Cuando las personas morales no lleven las dos cuentas referidas por separado o cuando estas no identifiquen las utilidades mencionadas, se entenderá que las mismas fueron generadas a partir del año 2014.

Ahora bien, a la fecha existen 54 tratados fiscales (CDI) en vigor,² de los cuales 51 ya son aplicables y contienen tasas reducidas en materia de dividendos que van de 0 a 15%, por lo que en caso de ser menores a 10% que establece la LISR, estas podrán ser aplicables cumpliendo los requisitos establecidos en la ley y en los CDI.

En este documento nos enfocaremos a comentar algunos de los temas relevantes relacionados con la aplicación de tratados en el pago de dividendos, como son:

- Requisitos para la aplicación de las tasas reducidas establecidas en los CDI.
- Cláusula de nación más favorecida.
- Concepto de beneficiario efectivo.
- Cláusula de limitación de beneficios.

1 Parecería que la manera de determinar si la utilidad que se distribuye es generada a partir de 2014, depende de si hay o no saldo de la CUFIN a 2013.

2 Véase anexo A.

- Aplicación de CDI en pagos a vehículos transparentes.
- Ejemplos respecto alguno de los CDI.

Finalmente, en el anexo A, el lector podrá encontrar un resumen de las tasas vigentes de retención aplicables en los CDI en materia de dividendos.

REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA TASA REDUCIDA EN DIVIDENDOS EN LOS CDI

El Art. 4 de la LISR establece que los beneficios de los tratados para evitar la doble tributación solo serán aplicables a los contribuyentes que:

1. Acrediten ser residentes en el país de que se trate.
2. Cumplan con las disposiciones del tratado
3. Cumplan con las demás disposiciones de procedimiento contenidas en la LISR.

Es decir, habrá que cumplir en principio con estos tres requisitos. Respecto al acreditamiento de la residencia, el Art. 6 del Reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta (RLISR) establece dos maneras de acreditarla:

- a) Mediante la certificación de residencia expedida por la autoridad fiscal del país de que se trate (por ejemplo, en EE.UU., es la forma 6166), la cual tendrá vigencia por el año de calendario en que se expida. Por esta razón, cada año habrá que obtener una certificación de residencia para el accionista que quiera beneficiarse de una tasa de retención contemplada en el CDI que sea más favorable que la de 10% contenida en la LISR.
- b) Mediante la certificación de la declaración del último ejercicio del impuesto. En este caso no basta con la simple Declaración de ISR, sino que es indispensable la certificación de que el contribuyente presentó una declaración como residente de ese país.

Ahora bien, la LISR establece, además, que se deberá cumplir con las disposiciones del propio tratado. En materia de dividendos, generalmente encontramos dos requisitos:

- a) Que el receptor del dividendo sea el beneficiario efectivo.
- b) En algunos CDI se deberá cumplir con la cláusula de limitación de beneficios para poder aplicar el CDI de que se trate. Ambos conceptos serán discutidos con mayor detalle más adelante en este documento.

El tercer requisito para aplicar el CDI es que se cumplan con las demás disposiciones de procedimiento contenidas en la propia LISR. En este sentido el Art. 4 hace referencia a la declaración informativa a que se refiere el Art. 32-H del Código Fiscal de la Federación (CFF) o del Dictamen Fiscal a que se refiere el Art. 32-A del CFF.

A pesar de lo anterior, no queda muy claro a qué obligaciones de procedimiento sería necesario cumplir tratándose de dividendos, máxime que ambas informaciones se presentan mucho después de que el dividendo se pagó al extranjero.

Asimismo, hasta 2013 era necesario expedir una constancia de retención por los pagos efectuados que constituyan ingresos de fuente de riqueza ubicada en México, de acuerdo con lo previsto por el Título V de esta Ley y, en su caso, el impuesto retenido al residente en el extranjero. A partir de 2014 esta constancia se deberá expedir mediante un CFDI de egresos con el riesgo de que si no se cumple con dicha obligación³ el gasto podría considerarse no deducible. Si bien esta obligación resulta relevante tratándose de otros pagos al extranjero, por lo que respecta a dividendos, por un lado, no sería el caso pues los dividendos no son deducible. Por el otro, las disposiciones de procedimiento a la que siempre se ha referido la LISR tienen que ver con la presentación de información a las autoridades fiscales o el nombrar representante legal, por lo que emitir comprobantes o constancias no debería considerarse como una disposición de procedimiento.

No obstante lo anterior, tratándose de dividendos por utilidades generadas a partir de 2014 ya se ubicarán en el supuesto de pagos que constituyen ingresos de fuente de riqueza ubicada en México conforme al Título V de la LISR, por lo que habrá de expedirse constancia mediante el CFDI de egresos.⁴

Adicionalmente, a partir de 2014 se adicionó un nuevo párrafo al artículo en comento, que señala lo siguiente:

Artículo 4. Además de lo previsto en el párrafo anterior, tratándose de operaciones entre partes relacionadas, las autoridades fiscales podrán solicitar al contribuyente residente en el extranjero que acredite la existencia de una doble tributación jurídica, a través de una manifestación bajo protesta de decir verdad firmada por su representante legal, en la que expresamente señale que los ingresos sujetos a imposición en México y respecto de los cuales se pretendan aplicar los beneficios del tratado para evitar la doble tributación, también se encuentran gravados en su país de residencia, para lo cual deberá

3 Artículos 76(III) y 27(V) de la LISR.

4 De acuerdo con la regla I.2.7.5.4 de la RMF para 2014 establece que las constancias de retención podrán emitirse de manera anualizada en el mes de enero del año inmediato siguiente a aquél en que se realizó la retención o pago.

indicar las disposiciones jurídicas aplicables, así como aquella documentación que el contribuyente considere necesaria para tales efectos.

Con base en este segundo párrafo, tratándose de operaciones entre partes relacionadas, las autoridades fiscales podrán solicitar el acreditamiento de la doble tributación jurídica.

La primera pregunta que surge al respecto es si este es un requisito para poder aplicar el CDI o se trata de una facultad de la autoridad mediante la cual en ciertos casos podrá negar la aplicación del Convenio. En este sentido y en virtud de lo comentado por las autoridades fiscales en diversos foros, entendemos que más bien es lo segundo. Además, es importante mencionar que en relación con este tema se emitió una regla en la Resolución Miscelánea para 2014 (la regla I.3.1.16) que establece algunas excepciones a la aplicación del acreditamiento de la doble tributación que habrá que tener presente.

A pesar de lo anterior, la segunda pregunta que habría que hacerse es si este requisito es aplicable en el caso de dividendos. En este sentido, somos de la opinión de que no sería aplicable pues si bien un dividendo es claro que se trata de un pago entre partes relacionadas, también es claro que no se trata de una "operación" entre partes relacionadas.

Un dividendo no es más que el pago del rendimiento que los accionistas han decidido distribuirse y no es que vayamos a encontrar comparables de cuál es el porcentaje razonable que deberían distribuirse los accionistas. De la misma manera que las reglas de precios de transferencia no le son aplicables a los pagos de dividendos o a las aportaciones de capital, por no tratarse de operaciones entre partes relacionadas, es que el acreditamiento de la doble tributación jurídica tampoco le resulta aplicable.

CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA (CNMF)

En algunos convenios tributarios celebrados por México, nos vamos a encontrar que no obstante la tasa de impuesto establecida en el CDI para determinados pagos de ISR en la fuente, se ha establecido generalmente vía protocolo, que si con posterioridad a la celebración de dicho convenio, se efectúa un acuerdo con un tercer país que contenga una tasa de impuesto más favorable, dicha tasa sería aplicable al convenio mencionado en primer lugar.

En este sentido, exigen diversos convenios que contemplan esta cláusula de nación más favorecida en temas relativos a regalías, intereses y dividendos. Por lo

que respecta a la materia de dividendos, existen a la fecha cuatro convenios⁵ que contiene esta CNMF:

1. Brasil
2. EE.UU.
3. Nueva Zelandia
4. Perú

Algunos de ellos establecen que si dicho país celebra un acuerdo con un tercer país por el que se establezca una tasa de retención más reducida, la tasa se aplicará de manera inmediata al convenio con México; en el caso de EE.UU., se establece que a petición México se buscará celebrar un protocolo modificadorio para incorporar ese beneficio al convenio con México.

A la fecha de este documento, solo el CDI con Nueva Zelandia en materia de dividendos ha sido modificado⁶ por virtud del convenio celebrado entre Australia y Nueva Zelandia, por lo que la tasa de retención de 15% podrá ser reducida a 0 o 5%, si el beneficiario efectivo del dividendo es propietario de 80%⁷ o de 10%, respectivamente.

CONCEPTO DE BENEFICIARIO EFECTIVO

El concepto de "beneficiario efectivo" lo vamos a encontrar en todos los convenios celebrados por México, en lo que respecta a los artículos relativos a dividendos (Art. 10), intereses (Art. 11) y regalías (Art. 12). Este concepto fue introducido en el Modelo Convenio de la OCDE como uno de los primeros intentos para asegurarse de que el beneficio establecido en el convenio para este tipo de pagos realmente se aplicará al receptor del ingreso cuando, adicionalmente, fuera también el beneficiario económico, tratando de evitar lo que se conoce en el argot internacional como *Treaty shopping* o el uso de vehículos intermedios para beneficiarse de los convenios de tributación.

Mucho se ha escrito en esta materia, pero en esencia se refiere a que el receptor del ingreso no tenga una obligación contractual o legal mediante la cual buena parte del ingreso se utilice para cumplir obligaciones con un tercero que de

5 Ver anexo B.

6 Efectivo a partir del 1 de mayo de 2010. Véase documento emitido por la autoridad fiscal vía el portal del SAT en sección de Normatividad.

7 Además de haber poseído las acciones en dicho porcentaje en al menos 12 meses anteriores al dividendo y la sociedad beneficiaria del ingreso es una sociedad cuya clase principal de acciones cotiza en un mercado de valores reconocido.

haberse efectuado el pago directamente al tercero no pudiera beneficiarse del CDI por no ser residente del país en cuestión.

CLÁUSULA DE LIMITACIÓN DE BENEFICIOS

La cláusula de limitación de beneficios es un concepto mucho más avanzado que tiene como propósito el mismo que el concepto de beneficiario efectivo, es decir evitar el *Treaty shopping*, pero extensivo a cualquier tipo de ingreso. Esta cláusula la encontramos en muchos convenios que México ha celebrado y puede ser tan sencilla como en el caso del Reino Unido o tan sofisticada como el CDI con EE.UU.

La realidad es que en la mayoría de los convenios que México ha celebrado y/o re-negociado, recientemente, encontramos que este es un tema que siempre está presente.

Para tratar de entender cómo funciona esta cláusula veamos en ejemplo de Art. 17 del convenio con EE.UU., y puntualizando su aplicación en el pago de dividendos. En este sentido el artículo establece lo siguiente:

Artículo 17. 1. Una persona que sea residente de un Estado Contratante y que obtenga rentas procedentes del otro Estado Contratante tiene derecho, conforme al presente Convenio, a los beneficios fiscales en este otro Estado Contratante sólo cuando dicha persona:

- a) sea una persona física;
- b) sea un Estado Contratante, una de sus subdivisiones políticas o una de sus entidades locales;
- c) realice actividades empresariales en el primer Estado (distintas a la realización o manejo de inversiones, salvo que estas actividades sean de banca o de seguros realizadas por bancos o compañías de seguros) y las rentas obtenidas del otro Estado Contratante se obtengan en relación con dichas actividades empresariales o sean accesorias a estas actividades;
- d) Sea:
 - (i) una sociedad cuya clase principal de acciones se negocie sustancial y regularmente en un mercado de valores reconocido situado en cualquiera de los Estados;
 - (ii) una sociedad que sea totalmente propiedad, directa o indirectamente, de un residente de este Estado Contratante cuya clase

principal de acciones se negocie sustancial y regularmente en un mercado de valores reconocido situado en cualquiera de los Estados; o

(iii) una sociedad que sea

A) totalmente propiedad, directa o indirectamente, de residentes de cualquier país que sea parte del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (TLC) cuya clase principal de acciones se negocie sustancial y regularmente en un mercado de valores reconocido; y

B) totalmente propiedad en más del 50 por ciento, directa o indirectamente, de residentes de cualquier Estado Contratante cuya clase principal de acciones se negocie sustancial o regularmente en un mercado de valores reconocido situado en dicho Estado;

e) una entidad con fines no lucrativos (incluidos los fondos de pensiones o fundaciones privadas) que, en virtud de dicha condición, esté generalmente exenta del impuesto sobre la renta en el Estado Contratante en el que resida, siempre que más de la mitad de los beneficiarios, miembros o participantes, de dicha organización, si los hubiere, tengan derecho a los beneficios del presente Convenio de conformidad con el presente Artículo;

f) una persona que satisfaga las siguientes condiciones

(i) más del 50 por ciento de la participación en los beneficios de dicha persona (o en el caso de una sociedad, más del 50 por ciento del número de cada clase de sus acciones) sea propiedad, directa o indirectamente, de personas con derecho a los beneficios del presente Convenio conforme a los incisos a), b), d) o e); y

(ii) menos del 50 por ciento de las rentas brutas de dicha persona se utilice, directa o indirectamente, para cumplir obligaciones (incluyendo obligaciones por concepto de intereses o regalías) con personas que no tengan derecho a los beneficios del presente Convenio conforme a los incisos a), b), d), o e); o

g) una persona que solicite los beneficios conforme al Artículo 10 (Dividendos), 11 (Intereses), 11-A (Impuestos sobre Sucursales) o 12 (Regalías) que satisfaga las siguientes condiciones:

(i) más del 30 por ciento de la participación en los beneficios de dicha persona (o en el caso de una sociedad, más del 30 por ciento del número de cada clase de sus acciones) sea propiedad, directa o indirectamente, de personas que sean residentes de un Estado

Contratante y que tengan derecho a los beneficios del presente Convenio conforme a los incisos a), b), d) o e);

(ii) más del 60 por ciento de la participación en los beneficios de dicha persona (o en el caso de una sociedad, más del 60 por ciento del número de cada clase de sus acciones) sea propiedad, directa o indirectamente, de personas que sean residentes de un país que sea parte del TLC; y

(iii)

A) menos del 70 por ciento de las rentas brutas de dicha persona se utilice, directa o indirectamente, para cumplir obligaciones (incluyendo obligaciones por concepto de intereses o regalías) con personas que no tengan derecho a los beneficios del presente Convenio conforme a los incisos a), b), d) o e); y

B) menos del 40 por ciento de las rentas brutas de dicha persona se utilice, directa o indirectamente, para cumplir obligaciones (incluyendo obligaciones por concepto de intereses o regalías) con personas que no tengan derecho a los beneficios del presente Convenio conforme a los incisos a), b), d), o e), ni sean residentes de un país que sea parte del TLC.

Un residente de un país que sea parte del TLC sólo se considera que tiene una participación en los beneficios (o acciones) conforme al subinciso (ii) del inciso g), cuando este país tenga un convenio amplio en materia de impuestos sobre la renta con el Estado Contratante del cual proceden las rentas, y siempre que el dividendo, el beneficio o renta sujeta al impuesto sobre sucursales o el pago de intereses o regalías, respecto del cual se solicitan los beneficios del presente Convenio, estuviera sujeto a una tasa de impuesto, conforme a dicho convenio amplio, que no sea menos favorable que la tasa de impuesto aplicable a dicho residente conforme a los Artículos 10 (Dividendos), 11 (Intereses), 11-A (Impuestos sobre Sucursales) o 12 (Regalías) del presente Convenio.

2. Sin embargo, una persona que no tenga derecho a los beneficios del presente Convenio conforme a las disposiciones del párrafo 1 podrá demostrar a las autoridades competentes del Estado del que proceden las rentas su derecho a los beneficios del Convenio. Para tal efecto, uno de los factores que las autoridades competentes tomarán en consideración será el hecho de que el establecimiento, constitución, adquisición y mantenimiento de dicha persona y la realización de sus actividades no ha tenido como uno de sus principales propósitos el obtener algún beneficio conforme a este Convenio.

Como podrá apreciarse, este es un artículo bastante complejo, no obstante trataremos de comentarlo de una manera sencilla para que pueda irse entendiendo. En efecto, este artículo se enfoca en el perceptor del ingreso y establece que para tener derecho a los beneficios del CDI; por ejemplo, en materia de dividendos procedentes de México y pagados a un residente de EE.UU., es necesario que el perceptor (hay que leerlo de arriba hacia abajo) sea:

- Una persona física. Si este fuera el caso, hasta aquí terminaríamos y ya no sería necesario seguir leyendo, sino continuaríamos y sería necesario que el residente fuera:
 - El propio Estado Contratante, una de sus subdivisiones políticas o una de sus entidades locales.
 - Una persona moral que realice actividades empresariales en EE.UU., y las rentas obtenidas de México se obtengan en relación con dichas actividades empresariales o sean accesorias a estas actividades. En este caso, por ejemplo, si la PM de los EE.UU., se dedica a la fabricación de *widjets* y la PM mexicana que paga los dividendos se dedica a la comercialización de dichos *widjets*, entonces estaríamos en la situación descrita por el inciso c), pero, por ejemplo, si la PM residente de EE.UU., es una controladora pura o los ingresos que genera la PM mexicana nada tiene que ver con los ingresos generados por las actividades de la PM de EE.UU., entonces no estaríamos en la hipótesis del inciso c) y tendríamos que seguir leyendo el Art. 17.

En este sentido, si no nos ubicamos en los incisos a) al g), llegaríamos al inciso f), mediante el cual deberíamos de cumplir con dos pruebas llamadas:

1. Prueba de propiedad.
2. Prueba de erosión.

En la primera prueba se establece que más de 50% de la participación en los beneficios de dicha persona (en nuestro ejemplo más de 50% de la tenencia accionaria de la PM residente de EE.UU.), sea propiedad, directa o indirectamente, de personas con derecho a los beneficios del presente Convenio conforme a los incisos a), b), d) o e) del Art. 17. En este sentido, si atrás de la PM residente de EE.UU., ubicamos directa o indirectamente, por ejemplo, a una persona física residente de los EE.UU., con una tenencia accionaria de 50% y a otra persona física residente de Canadá con 50% restante, entonces no cumpliríamos con la prueba de propiedad (porque se necesita más de 50%) y tendríamos que pasar a analizar el siguiente inciso.

Suponiendo que la PF residente de los EE.UU., tiene 60% y la PF residente de Canadá tiene 40%, entonces se cumple la prueba de propiedad y pasaríamos a analizar si se cumple la prueba de erosión. En esta última prueba de este inciso f), se requiere que

menos de 50 % de las rentas brutas de dicha persona se utilice, directa o indirectamente, para cumplir obligaciones (incluyendo obligaciones por concepto de intereses o regalías) con personas que no tengan derecho a los beneficios del presente Convenio conforme a los incisos a), b), d), o e). Por ejemplo, supongamos que de 100% de los ingresos brutos, la PM residente de los EE.UU., utiliza 50% para pagar intereses y regalías a un banco japonés y a una empresa residente de Irlanda, respectivamente. Entonces, no se cumpliría con la prueba de erosión (pues tiene que ser menos de 50%)

Por último, de no caer en los incisos a) al f) del párrafo 1, llegaríamos al inciso g), que establece también dos pruebas, una de propiedad y otra de erosión, pero mucho más complejas que la que acabamos de comentar. Asimismo, este inciso solo se aplica para rentas contempladas en el Art. 10 (Dividendos), 11 (Intereses), 11-A (Impuestos sobre Sucursales) o 12 (Regalías). Para concluir con nuestro ejemplo, imaginemos que atrás de la PM residente de EE.UU., tenemos a una PF residente de EE.UU., con una tenencia accionaria de 50% y a una PF residente de Canadá con el 50% restante, y supongamos que pretendemos aplicar la tasa de 0% en materia de dividendos. En este sentido, tampoco se cumpliría con la prueba de propiedad, ya que si bien se da la primera parte de la prueba que establece que más de 30% sea propiedad directa o indirectamente de PF residentes de EE.UU., no se cumple con la segunda parte de la prueba de propiedad, pues aunque el 50% restante es propiedad de un residente de Canadá, que en principio es parte del TLC, para que proceda en materia de dividendos se necesitaría que el CDI que tiene ese país con México también tuviéramos una tasa de 0% en dividendos. No obstante, si lo que pretendemos aplicar es la tasa de 5%, entonces sí se cumple con la prueba de propiedad, pues el CDI de México con Canadá en esta tasa no es menos favorable que la establecida en el CDI con EE.UU.

Por último, en relación con este tema de limitación de beneficios contemplado en el Art. 17 del CDI con EE.UU., en caso de no tener derecho a los beneficios del convenio conforme al párrafo 1, existe la posibilidad de seguir aplicando los beneficios si se cumple con lo establecido en el párrafo 2; es decir, probar a las autoridades fiscales del país de la fuente que se tiene derecho a los beneficios y que no hay abuso en la aplicación del convenio.

APLICACIÓN DE LOS CDI EN PAGO DE DIVIDENDOS A VEHÍCULOS TRANSPARENTES

El tema de la aplicación de los CDI en pago de dividendos a vehículos transparentes es también un tema complejo, pues aunque la regla general en el caso de México sería de que no es posible aplicar el convenio, ya que la entidad transparente desde la perspectiva fiscal no es contribuyente de impuesto del país en cuestión, existen varias

excepciones a esta regla, además, México se ha apartado de la posición de los comentarios al Modelo Convenio de la OCDE en el tema de transparencia.⁸

En este sentido, si tomamos por ejemplo el convenio con los EE.UU. tenemos que de acuerdo con el párrafo 2(b) del protocolo de dicho convenio y el acuerdo amistoso celebrado entre México y aquel país,⁹ si el pago se efectúa a una sociedad de responsabilidad limitada (LLC) podrá aplicar el convenio en la medida y en la proporción que las rentas recibidas por dicha sociedad sean gravadas en EE.UU., ya sea en manos de la propia LLC o de sus socios o accionistas. De tal manera que, por ejemplo, si los dueños de la LLC fueran personas físicas residentes de EE.UU., en 50% y personas físicas residentes de Canadá en el otro 50%, entonces podríamos aplicar el convenio con EE.UU., en 50%. Ahora bien, la pregunta sería ¿y por el 50% restante podemos aplicar el convenio con Canadá? La respuesta sería que no, ya que si bien, la posición del Comité Fiscal de la OCDE, de acuerdo con los comentarios a dicho modelo, es que debería de dársele la transparencia fiscal total y aplicar el convenio con Canadá, la posición de México es que solo en la medida que la persona que está atrás del vehículo transparente sea un residente del país del vehículo, México considerará que el convenio en cuestión es aplicable. Es decir, México solo le da la transparencia parcial.

EJEMPLOS EN LA APLICACIÓN DE LOS CDI

Ahora vamos a ver un par de ejemplos de la aplicación de los CDI en materia de dividendos.

A. EJEMPLO DEL CDI CON HOLANDA

Si una sociedad residente en México es poseída a 50% por una sociedad residente de Holanda y a 50% por una persona física residente también de Holanda, ¿cuál sería la tasa de retención por el pago de dividendos por utilidades generadas a partir de 2014, si tanto la sociedad como la persona física residentes de Holanda son los beneficiarios efectivos del ingreso?

En este caso, de acuerdo con lo establecido en el Art. 164 de la LISR, las personas morales que distribuyan los dividendos estarán obligadas a retener el impuesto aplicando la tasa de 10%. Es decir, de acuerdo con la ley, en ambos casos la tasa de retención sería de 10%.

8 Véase la observación realizada por México al Art. 4 (residencia) de los comentarios al Modelo Convenio de la OCDE.

9 Acuerdo amistoso celebrado entre México y EE.UU. de fecha 22 de diciembre de 2005.

No obstante, de acuerdo con lo señalado en el Art. 10 del CDI entre México y Holanda, tenemos que:

Artículo 10. (2). Sin embargo, estos dividendos pueden también someterse a imposición en el Estado en que resida la sociedad que pague los dividendos y según la legislación de este Estado, pero si el perceptor de los dividendos es el beneficiario efectivo, el impuesto así exigido no podrá exceder del:

- a) 5 por ciento del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad que detente directamente o indirectamente al menos el 10 por ciento del capital de la sociedad que paga los dividendos;
- b) 15 por ciento del importe bruto de los dividendos en todos los demás casos.

De acuerdo con lo anterior, la sociedad residente en Holanda tendría derecho a la tasa de 5% y la persona física residente de Holanda tendría derecho a la tasa de 15%, por lo que hasta este momento la retención sería de 5% para la sociedad y de 10% (por ser más favorable la tasa de la LISR) para la persona física.

A pesar de lo anterior, de acuerdo con el párrafo X del Protocolo del CDI tenemos que:

Protocolo (X). No obstante las disposiciones del inciso a) del párrafo 2 del Artículo 10, mientras que, de conformidad con las disposiciones de la Ley del Impuesto a las Sociedades de los Países Bajos y las futuras modificaciones a la misma, una sociedad residente de los Países Bajos no estará sujeta al impuesto a las sociedades de los Países Bajos respecto de los dividendos que reciba la sociedad de una sociedad residente de México, los dividendos a que se refiere dicho inciso sólo pueden someterse a imposición en el Estado en que el perceptor de dichos dividendos sea residente.

De acuerdo con lo anterior y debido a que bajo la legislación de la Ley del Impuesto a las Sociedades de Holanda, los dividendos que reciba de una sociedad de México no están sujetos a impuesto (bajo lo que se conoce como participación exenta o *Participation Exemption*) entonces tenemos que en este caso la potestad tributaria solo la tiene el país de residencia (Holanda) y no el país de la fuente (México), por lo que entonces la tasa de retención aplicable sería de 0% o, más bien de acuerdo con el CDI México no tendría potestad tributaria para gravar el ingreso por dividendos por lo que no habría retención alguna.

En conclusión, y tomando en cuenta que en este caso no se aplica lo establecido en el párrafo 2 del Art. 4 de la LISR y, que por lo tanto, no es necesario acreditar la doble tributación jurídica (que por cierto no la hay), no habría retención para el dividendo que se pague a la sociedad residente de Holanda (obviamente, cumpliendo con los requisitos señalados en la sección II anterior) y para el dividendo pagado a la persona

física residente de Holanda, la retención sería de 10% (en este caso ya no es necesario acreditar residencia, pues estamos aplicando directamente la LISR)

B. EJEMPLO DEL CDI CON EE.UU.

Si una sociedad residente en México es 100% poseída por una sociedad residente de EE.UU., que es una controladora pura, y a su vez es poseída en 60% por una persona física residente de EE.UU., y en 40% por una persona física residente de Canadá. Asimismo, la sociedad residente de EE.UU., adquirió la tenencia de la sociedad mexicana el 1 de octubre de 1998, ¿cuál sería la tasa de retención por el pago de dividendos por utilidades generadas a partir de 2014 si la sociedad residente de los EE.UU., es la beneficiaria efectiva del ingreso?

Así como en el caso anterior, de acuerdo con lo establecido en el Art. 164 de la LISR, las personas morales que distribuyan los dividendos estarán obligadas a retener el impuesto aplicando la tasa de 10%. Es decir, de acuerdo con la ley, en este caso también la tasa de retención sería de 10%.

Sin embargo, de acuerdo con lo señalado en el Art. 10, párrafo 2 del CDI entre México y EE.UU., tenemos que:

Artículo 10(2). Sin embargo, dichos dividendos también pueden someterse a imposición en el Estado Contratante en que resida la sociedad que pague los dividendos, de conformidad con la legislación de este Estado, pero si el beneficiario efectivo de los dividendos es un residente del otro Estado Contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del:

- a) 5 por ciento del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad propietaria directamente de al menos el 10 por ciento de las acciones con derecho a voto de la sociedad que paga los dividendos, y
- b) 10 por ciento del importe bruto de los dividendos en los demás casos.

Este párrafo no afectará la imposición de la sociedad respecto de los beneficios con cargo a los que se paguen los dividendos.

De acuerdo con lo anterior, en primera instancia, debido a que en nuestro ejemplo el beneficiario efectivo es una sociedad propietaria directa de más de 10% del capital de la sociedad que paga los dividendos, el impuesto en la fuente no debe exceder de 5%. Sin embargo, para tener derecho a los beneficios del convenio no basta con acreditar la residencia fiscal en EE.UU., sino que, además, deberá cumplirse con las disposiciones del CDI que, por un lado es el requisito de que el perceptor del ingreso sea el beneficiario efectivo y adicionalmente con el Art. 17 (cláusula de limitación de beneficios) a la que nos referimos en el punto V de este documento. En este sentido, de

acuerdo con dicho artículo tenemos derecho a aplicar los beneficios del CDI, de acuerdo con el Art. 17 1. g), ya que se cumple con la prueba de propiedad porque atrás de la sociedad residente de EE.UU., hay un propietario persona física residente de dicho país.

Ahora bien, si continuamos el análisis del Art. 10 del CDI en comento, tenemos que el párrafo 3 dispone lo siguiente:

Artículo 10 (3). No obstante las disposiciones del párrafo 2, los dividendos no estarán sujetos a imposición en el Estado Contratante en que resida la sociedad que paga los dividendos si el beneficiario efectivo es un residente del otro Estado Contratante y es:

a) una sociedad que ha sido propietaria de acciones que representan 80 por ciento o más de las acciones con derecho a voto de la sociedad que paga los dividendos por un periodo de 12 meses que termine en la fecha en que se decretan los dividendos y que:

i) con anterioridad al 1o. de octubre de 1998, haya sido propietaria, directa o indirectamente, de acciones que representen 80 por ciento o más de las acciones con derecho a voto de la sociedad que paga los dividendos; o

ii) tenga derecho a los beneficios del Convenio de conformidad con los subincisos (i) o (ii) del inciso d) del párrafo 1 del Artículo 17 (Limitación de Beneficios); o

iii) tenga derecho a los beneficios del Convenio en relación con los dividendos a que se hace referencia en el inciso g) del párrafo 1 del Artículo 17; o

iv) haya obtenido una resolución administrativa emitida por la autoridad competente de conformidad con el párrafo 2 del Artículo 17 en relación con este párrafo; o

b) un fideicomiso, sociedad u otra organización constituida y operada con el único fin de administrar u otorgar beneficios al amparo de uno o más planes establecidos para otorgar pensiones, haberes de retiro y jubilaciones u otros beneficios a los empleados y que su ingreso esté generalmente exento de impuestos en el Estado Contratante del que es residente, siempre que dichos dividendos no se obtengan de la realización de actividades empresariales, directa o indirectamente, por dicho fideicomiso, sociedad u organización.

De acuerdo con lo anterior, tenemos que el beneficiario efectivo es una sociedad que es residente de EE.UU., y que es una sociedad que ha sido propietaria de más de 80% de las acciones con derecho a voto de la sociedad mexicana que paga los dividendos por más de 12 meses. No obstante, no es propietaria de dichas acciones con anterioridad al 1 de octubre de 1998 ni tiene derecho a los beneficios del convenio conforme al Art. 17,

1), d), i) o ii) por no ser una subsidiaria de una sociedad o la sociedad misma, cuya clase principal de acciones cotice en un mercado de valores ni de México ni de EE.UU. Asimismo, no es una sociedad que tenga derecho a los beneficios del convenio conforme al Art. 17, 1) g), pues si bien cumple con la prueba de propiedad al tener más de 30% de sus acciones poseídas por una persona física residente de EE.UU., no cumple con la otra parte de la prueba de propiedad, ya que sus acciones no son poseídas en más de 60% por residentes del TLC; pues como ya comentamos anteriormente, si bien el residente de Canadá es parte del TLC para cumplir con esta disposición sería necesario que Canadá tuviera un CDI con México que no fuera menos favorable, y ya que en dicho convenio la tasa menor es de 5%, ya que esta tasa es menos favorable que la de 0% que tenemos con EE.UU.

En conclusión, la tasa de retención para el dividendo que se pague a la sociedad residente de EE.UU. (cumpliendo con los requisitos señalados en la sección II anterior) sería de 5% (y no podríamos aplicar la tasa de 0% por no estar en el supuesto del párrafo 3 del Art. 10).

CONCLUSIÓN

La LISR establece que los dividendos pagados a residentes en el extranjero por utilidades generadas a partir de 2014 estarán sujetos a una retención de 10%; sin embargo, si el beneficiario efectivo del dividendo es residente de un país con tratado fiscal ya aplicable y dicho convenio contempla una tasa de retención más favorable que la de 10%, dicha tasa de retención podrá ser aplicable de origen para la sociedad que paga los dividendos, cumpliendo los requisitos señalados, esto es:

1. Que se acredite la residencia fiscal por parte del residente extranjero.
2. Que se cumpla con las disposiciones del tratado.
3. Que se cumpla con las disposiciones de procedimiento establecidas en la LISR.

Asimismo, si bien no ha sido objeto de este análisis, pero no por eso deja de ser un tema que necesita mayor claridad y, por ende, certeza jurídica, es el relativo a cómo se determinará en la práctica si un dividendo o utilidad distribuible es generado a partir de 2014; ya que si bien se ha establecido mediante disposición transitoria que para estos efectos la persona moral que realizará la distribución estará obligado a mantener la CUFIN con las utilidades generadas hasta el 31 de diciembre de 2013 e iniciar otra CUFIN con las utilidades generadas a partir del 1 de enero de 2014, no queda claro qué pasa cuando las utilidades contables son superiores a las fiscales o, inclusive, cuando las fiscales son superiores a las contables, por lo que sería recomendable que las autoridades fiscales o legislativas aclararan este tema.

ANEXO A

TRATADOS FISCALES: DIVIDENDOS

TASAS APLICABLES

	País	TASA ISR (%)	COMENTARIOS
1	Alemania	5/15	La tasa baja se aplica si el beneficiario es propietario de 10% o más
2	Australia	0/15	La tasa baja se aplica si el beneficiario es propietario de 10% o más
3	Austria	5/10	La tasa baja se aplica si el beneficiario es propietario de 10% o más
4	Bahréin	-	El CDI no limita el gravamen en la fuente
5	Barbados	5/10	La tasa baja se aplica si el beneficiario es propietario de 10% o más
6	Bélgica	5/15	La tasa baja se aplica si el beneficiario es propietario de 25% o más
7	Brasil	10/15	La tasa baja se aplica si el beneficiario es propietario de 20% o más. CNMF
8	Canadá	5/15	La tasa baja se aplica si el beneficiario es propietario de 10% o más
9	Chile	5/10	La tasa baja se aplica si el beneficiario es propietario de 20% o más
10	China	5	
11	Colombia	0	Se grava solo en el país de residencia de perceptor
12	Corea (Sur)	0/15	La tasa baja se aplica si el beneficiario es propietario de 10% o más
13	Dinamarca	0/15	La tasa baja se aplica si el beneficiario es propietario de 25% o más
14	Ecuador	5	
15	EE.UU.	0/5/10	La tasa de 5% aplica si el beneficiario es propietario de 10% o más. La de 0% si el beneficiario efectivo es una sociedad propietaria de 80% o más y se cumplen otros requisitos o es un fondo de pensiones. CNMF
16	Emiratos Árabes	0	Se grava solo en el país de residencia de perceptor
17	España	5/15	La tasa baja se aplica si el beneficiario es propietario de 25% o más
18	Estonia	0	Se grava solo en el país de residencia de perceptor
19	Finlandia	0	Se grava solo en el país de residencia de perceptor
20	Francia	0/5	La tasa baja se aplica si el beneficiario efectivo y la de 5% si es una sociedad residente propietaria y más de 50% de dicha sociedad es poseída por terceros países
21	Grecia	10	

	País	TASA ISR (%)	COMENTARIOS
22	Holanda	0/5/15	La tasa de 5% aplica si el beneficiario es propietario de 10% o más. La de 0% en lugar de 5%, mientras bajo la ley fiscal holandesa no se graven los dividendos del extranjero
23	Hong Kong	0	Se grava solo en el país de residencia del perceptor
24	Hungría	5/15	La tasa baja se aplica si el beneficiario es propietario de 10% o más
25	India	10	
26	Indonesia	10	
27	Irlanda	5/10	La tasa baja se aplica si el beneficiario es propietario de 10% o más
28	Islandia	5/15	La tasa baja se aplica si el beneficiario es propietario de 10% o más
29	Israel	5/10	La tasa baja se aplica si el beneficiario es propietario de 10% o más
30	Italia	15	
31	Japón	0/5/15	La tasa baja se aplica si el beneficiario es propietario de 10% o más
32	Kuwait	0	Se grava solo en el país de residencia de perceptor
33	Letonia	5/10	La tasa baja se aplica si el beneficiario es propietario de 10% o más
34	Lituania	0/15	La tasa baja se aplica si el beneficiario es propietario de 10% o más
35	Luxemburgo	8/15	La tasa baja se aplica si el beneficiario es propietario de 10% o más
36	Malta	0	Se grava solo en el país de residencia de perceptor
37	Noruega	0/15	La tasa baja se aplica si el beneficiario es propietario de 25% o más
38	Nueva Zelandia	0/5/15	Por CNMF y en virtud de CDI entre Australia y NZ, la tasa de 0% aplica cuando el beneficiario efectivo es una sociedad propietaria de 80% o más y se cumplan otros requisitos. La tasa de 5% también por CNMF y mismo CDI aplica cuando el beneficiario efectivo es una sociedad propietaria de 10% o más.
39	Panamá	5/7.5	La tasa baja se aplica si el beneficiario es propietario de 25% o más
40	Perú	10/15	La tasa baja se aplica si el beneficiario es propietario de 10% o más. CNMF
41	Polonia	5/15	La tasa baja se aplica si el beneficiario es propietario de 25% o más
42	Portugal	10	
43	Qatar	0	Se grava solo en el país de residencia del perceptor
44	Reino Unido	0/15	La tasa baja se aplica si el beneficiario es propietario de 10% o más
45	Rep. Checa	10	

	País	TASA ISR (%)	COMENTARIOS
46	Rep. Eslovaca	0	Se grava solo en el país de residencia del perceptor
47	Rumania	10	
48	Rusia	10	
49	Singapur	0	Se grava solo en el país de residencia del perceptor
50	Sudáfrica	5/10	La tasa baja se aplica si el beneficiario es propietario de 10% o más
51	Suecia	0/5/15	La tasa de 5% aplica si el beneficiario es propietario de 10% o más. La de 0% si el beneficiario efectivo es una sociedad que es propietaria de 25% o más
52	Suiza	0/15	La tasa baja se aplica si el beneficiario es una sociedad propietaria de 10% o más o un fondo de pensión
53	Ucrania	5/15	La tasa baja se aplica si el beneficiario es propietario de 25% o más
54	Uruguay	5	
	Si CDI	10	Utilidades generadas a partir de 2014

Fuente: EY, Worldwide Corporate Tax Guide 2014

ANEXO B

TRATADOS FISCALES: DIVIDENDOS

CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA: CNMF

País	TASA ISR (%)	TASA POR CNMF
Brasil	10/15	De acuerdo con el párrafo 5 del Protocolo, en caso de que Brasil acuerde con cualquier otro país con posterioridad a la firma del CDI, tasas inferiores (incluidas exenciones) a las establecidas en el artículo 10, dichas tasas serán aplicables para efectos del Convenio, en los mismos términos, en el momento en que las mismas entren en vigor.
EE.UU.	0/5/10	De acuerdo con el último párrafo del artículo 10 del CDI, modificado mediante el Segundo Protocolo Modificadorio de dicho convenio, si los EE.UU. acuerdan en algún tratado con otro país una disposición similar a la establecida en el párrafo 3 del Artículo 10 del Convenio, pero con condiciones más benéficas que las establecidas en dicho párrafo, los Estados Contratantes deberán, a solicitud de México, consultarse mutuamente con el objeto de concluir un protocolo adicional que incorpore disposiciones similares en el párrafo 3 del Artículo 10 para reestablecer el equilibrio de los beneficios otorgados en virtud del Convenio.
Nueva Zelandia	0/5/15	De acuerdo con el párrafo 9 del Protocolo, si en algún Acuerdo de doble tributación posterior con cualquier otro Estado, Nueva Zelandia limita su imposición en la fuente sobre dividendos a una tasa menor del 15 por ciento, entonces dicha tasa menor, como se especifica en ese Acuerdo de doble tributación, aplicará a los dividendos provenientes de México y cuyo

País	TASA ISR (%)	TASA POR CNMF
		beneficiario efectivo sea un residente de Nueva Zelandia y a los dividendos provenientes de Nueva Zelandia y cuyo beneficiario efectivo sea un residente de México bajo las mismas condiciones como si dicha tasa menor hubiera sido especificada en el párrafo 2 del Artículo 10 del Acuerdo. Nueva Zelandia informará a México sobre dicha tasa menor a través de una nota diplomática. La tasa menor será aplicable a partir de la fecha establecida en el Acuerdo con el otro Estado y comunicada en la nota diplomática. Cualquier modificación a la tasa del párrafo 2 del Artículo 10 del Acuerdo conforme a este párrafo, no se considerará como una modificación formal al Acuerdo.
Perú	10/15	De acuerdo con el párrafo 4 del Protocolo, si en cualquier acuerdo o convenio celebrado entre Perú y un tercer Estado que entre en vigencia en una fecha posterior a la fecha de entrada en vigencia del presente Convenio se limite el gravamen en el Perú sobre los dividendos a una tasa menor que aquella prevista en los artículos 10 de este Convenio, tal tasa inferior deberá aplicarse automáticamente sobre los dividendos procedentes del Perú y cuyo beneficiario efectivo sea un residente de México y sobre los dividendos procedentes de México y cuyo beneficiario efectivo sea un residente del Perú, bajo las mismas condiciones como si tal tasa inferior hubiera sido especificada en aquel artículo. La autoridad competente del Perú deberá informar a la autoridad competente de México sin retraso que se han reunido las condiciones para la aplicación de este párrafo.

