

El criterio normativo 64/ISR/N relativo a intereses pagados a residentes en el extranjero, por parte de SOFOMES y entidades similares: ¿Respeta el principio de aplicación estricta de las leyes fiscales?

102

 NATERA

Lic. Patricia López Padilla,
Asociada de Natera
Consultores, S.C.



El artículo 5 del Código Fiscal de la Federación (CFF) prescribe que las normas que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones, son de aplicación estricta; por tanto, prohíbe otras, tales como la interpretación analógica, la mayoría de razón y la interpretación extensiva, cuando se trate de desentrañar el sentido de este tipo de disposiciones. En ese sentido, el criterio normativo que se comenta irá más allá, pues pretende aplicar a todos los intereses percibidos por un beneficiario efectivo, la restricción de la tasa reducida que sólo es aplicable para los intereses provenientes de títulos de crédito

INTRODUCCIÓN

El pasado 16 de mayo, se publicó en el DOF el criterio normativo 64/ISR/N relativo a la retención en la aplicación de la tasa de retención reducida, sobre los intereses pagados a residentes en el extranjero, por parte de Sociedades Financieras de Objeto Múltiple (SOFOMES) y entidades similares, cuyo contenido está directamente vinculado con lo dispuesto por el artículo 166 de la Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR).

El contenido de este nuevo criterio normativo del Servicio de Administración Tributaria (SAT) ha generado malestar entre ciertos contribuyentes, pues a su juicio, contraviene lo dispuesto por el artículo 166 de la LISR, respecto a la aplicación de la tasa reducida del 4.9% sobre algunos intereses.

Por tanto, el objetivo del presente artículo será descubrir si en realidad existen elementos para sostener que el criterio normativo que nos ocupa, rebasa los límites contemplados por el numeral 166 de la LISR.

LO QUE SEÑALA EL ARTÍCULO 166 DE LA LISR

El dispositivo 166 de la LISR, en la parte que nos interesa (que en realidad es el primer párrafo, el séptimo párrafo, fracción II, y el décimo primer párrafo), establece lo siguiente:

Artículo 166. *Tratándose de ingresos por intereses se considerará que la fuente de riqueza se encuentra en territorio nacional cuando en el país se coloque o se invierta el capital, o cuando los intereses se paguen por un residente en el país o un residente en el extranjero con establecimiento permanente en el país.*

...

El impuesto se pagará mediante retención que se efectuará por la persona que realice los pagos y se calculará aplicando a los intereses que obtenga el contribuyente, sin deducción alguna, la tasa que en cada caso se menciona a continuación:

...

II. *4.9% en los siguientes casos:*

a) *A los intereses pagados a residentes en el extranjero provenientes de títulos de crédito colocados entre el gran público inversionista a que se refiere el*

artículo 8 de esta Ley, así como la ganancia proveniente de su enajenación, los percibidos de certificados, aceptaciones, títulos de crédito, préstamos u otros créditos a cargo de instituciones de crédito, sociedades financieras de objeto múltiple que para los efectos de esta Ley formen parte del sistema financiero o de organizaciones auxiliares de crédito, así como los colocados a través de bancos o casas de bolsa en un país con el que México tenga en vigor un tratado para evitar la doble imposición, siempre que por los documentos en los que conste la operación de financiamiento correspondiente se haya presentado la notificación que se señala en el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley del Mercado de Valores, ante la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, de conformidad con lo establecido en dicha Ley y se cumplan con los requisitos de información que se establezcan en las reglas de carácter general que al efecto expida el Servicio de Administración Tributaria. En el caso de que no se cumpla con los requisitos antes señalados, la tasa aplicable será del 10%.

b) *A los intereses pagados a entidades de financiamiento residentes en el extranjero en las que el Gobierno Federal, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, o el Banco Central, participe en su capital social, siempre que sean las beneficiarias efectivas de los mismos y cumplan con lo establecido en las reglas de carácter general que al efecto expida el Servicio de Administración Tributaria.*

...

Las tasas previstas en las fracciones I y II de este artículo, no serán aplicables si los beneficiarios efectivos, ya sea directa o indirectamente, en forma individual o conjuntamente con personas relacionadas, perciben más del 5% de los intereses derivados de los títulos de que se trate y son:

1. *Accionistas de más del 10% de las acciones con derecho a voto del emisor, directa o indirectamente, en forma individual o conjuntamente con personas relacionadas, o*

2. *Personas morales que en más del 20% de sus acciones son propiedad del emisor, directa o indirectamente, en forma individual o conjuntamente con personas relacionadas.*

...

Del artículo transcrito se desprende lo siguiente:

1. Se aplicará la tasa de retención del 4.9% a los intereses pagados a residentes en el extranjero, provenientes de títulos de crédito colocados entre el gran público inversionista, así como a la ganancia proveniente de su enajenación.

2. Que –de igual manera– se aplicará la tasa de retención del 4.9% a los rendimientos percibidos de certificados, aceptaciones, títulos de crédito, préstamos u otros créditos a cargo de instituciones de crédito, SOFOMES que formen parte del sistema financiero o de organizaciones auxiliares de crédito, así como los colocados a través de bancos o casas de bolsa en un país con el que México tenga en vigor un Tratado para evitar la doble imposición.

3. Para que opere el beneficio de la aplicación de la tasa reducida al 4.9%, es necesario haber presentado la notificación correspondiente a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) respecto a los documentos en los que conste la operación de financiamiento correspondiente, y se cumpla con los requisitos de información que se establezcan en las reglas de carácter general que al efecto expida el SAT.

4. Que las tasas reducidas del 10 y del 4.9%, no serán aplicables si los beneficiarios efectivos, ya sea directa o indirectamente, en forma individual o conjuntamente con personas relacionadas, perciben más del 5% de los intereses derivados de los títulos de que se trate, y además sean:

a) Accionistas de más del 10% de las acciones con derecho a voto del emisor, directa o indirectamente, en forma individual o conjuntamente con personas relacionadas,

b) Personas morales que más del 20% de sus acciones sean propiedad del emisor, directa o indirectamente, en forma individual o conjuntamente con personas relacionadas.

LO QUE SEÑALA EL CRITERIO NORMATIVO 64/ISR/N

Una vez precisado lo que establece el artículo 166 de la LISR y, concretamente, la forma en cómo opera la aplicación de la tasa de retención reducida al 4.9%, en seguida transcribiré el criterio normativo

que ha generado malestar entre algunos sectores de contribuyentes:

Intereses pagados a residentes en el extranjero por sociedades financieras de objeto múltiple en operaciones entre personas relacionadas, que deriven de préstamos u otros créditos.

El artículo 166, primer párrafo de la Ley del ISR señala que tratándose de ingresos por intereses se considerará que la fuente de riqueza se encuentra en territorio nacional cuando en el país se coloque o se invierta el capital, o cuando los intereses se paguen por un residente en el país o un residente en el extranjero con establecimiento permanente en el país. El séptimo párrafo, fracción II, inciso a) del artículo referido dispone que el impuesto se pagará mediante retención que se efectuará por la persona que realice los pagos y se calculará aplicando a los intereses que obtenga el contribuyente, sin deducción alguna, la tasa del 4.9%, entre otros casos, tratándose de los intereses pagados a residentes en el extranjero provenientes de títulos de crédito colocados entre el gran público inversionista a que se refiere el artículo 8 de la Ley del ISR, así como la ganancia proveniente de su enajenación, los percibidos de certificados, aceptaciones, títulos de crédito, préstamos u otros créditos a cargo de instituciones de crédito, sociedades financieras de objeto múltiple que para efectos de esa Ley formen parte del sistema financiero o de organizaciones auxiliares de crédito.

El décimo primer párrafo del artículo 166 aludido establece que las tasas previstas en las fracciones I y II del mismo, no serán aplicables si los beneficiarios efectivos, ya sea directa o indirectamente, en forma individual o conjuntamente con personas relacionadas, perciben más del 5% de los intereses derivados de los títulos de que se trate y son accionistas de más del 10% de las acciones con derecho a voto del emisor, directa o indirectamente, en forma individual o conjuntamente con personas relacionadas, o personas morales que en más del 20% de sus acciones son propiedad del emisor, directa o indirectamente, en forma individual o conjuntamente con personas relacionadas.

De la interpretación armónica a los referidos preceptos, se advierte que la limitante en la aplicación

de la tasa del 4.9% al referirse a los intereses derivados de los títulos de que se trate, no se circunscribe exclusivamente a los intereses pagados a personas relacionadas que deriven de títulos de crédito, sino que también resulta aplicable a los percibidos de certificados, aceptaciones, préstamos u otros créditos, a cargo de sociedades financieras de objeto múltiple que para efectos de la Ley del ISR formen parte del sistema financiero, entre otras entidades, dado que no existe una distinción objetiva en el artículo 166, décimo primer párrafo de la Ley del ISR para otorgar un tratamiento distinto a dichos supuestos.

Si se considera lo dispuesto en el criterio normativo ya transcrito, se puede afirmar que existen dos posturas fundamentales en relación con la interpretación del artículo 166 de la LISR, a saber:

1. La relativa a que la limitante o excluyente de la aplicación de la tasa del 4.9% **se verifica únicamente, tratándose de intereses derivados de títulos**; es decir, únicamente cuando los beneficiarios efectivos perciben más del 5% de los intereses provenientes de títulos –en forma separada o conjunta con personas relacionadas–, siendo, además, accionistas de más del 10% de las acciones con derecho a voto del emisor –directa o indirectamente, en forma individual o conjuntamente con personas relacionadas–; o bien, cuando los beneficiarios efectivos de intereses derivados de títulos de crédito perciben más del 5% de los intereses de dichos títulos, y además constituyen personas morales que en más del 20% de sus acciones son propiedad del emisor.

2. La postura que sostiene que la restricción en la aplicación de la tasa reducida del 4.9%, no sólo se refiere a intereses provenientes de títulos, sino que también resulta aplicable a los percibidos de certificados, préstamos u otros créditos a cargo de SOFOMES, entre otras entidades. Es precisamente esta postura, la adoptada por la autoridad en el criterio normativo 64/ISR/N.

En el caso en estudio, se está ante un claro conflicto de interpretación. En este sentido, para determinar si el criterio normativo *transgrede* o no, el contenido

del artículo 166 de la LISR, al ir más allá de lo establecido por dicho precepto, es menester precisar, en principio, el alcance del párrafo décimo primero de ese numeral.

INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 166, DÉCIMO PRIMER PÁRRAFO DE LA LISR

De la lectura del numeral citado, se desprende que dicho precepto legal contempla tanto cargas como excepciones y/o beneficios en materia tributaria.

En efecto, el precepto legal que nos ocupa establece cargas, porque contempla las tasas de retención que deben aplicarse sobre los intereses pagados a residentes en el extranjero; y beneficios y excepciones, tal como lo es, la posibilidad de aplicar una tasa reducida de retención¹ en ciertos escenarios específicos.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta una cuestión fundamental, a saber: que el artículo 5 del CFF prescribe que las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones, son de **aplicación estricta**; quedando prohibidas la interpretación analógica, la mayoría de razón y la interpretación extensiva, cuando se trate de desentrañar el sentido de este tipo de normas.

Ahora bien, de la lectura del artículo 166, párrafo décimo primero de la LISR, se desprende que la tasa del 4.9%, no será aplicable si el beneficiario efectivo percibe más del 5% de los intereses derivados de los títulos de que se trate y si, además, es: **(i)** accionista de más del 10% de las acciones con derecho a voto del emisor, o bien, **(ii)** una persona moral cuyas acciones en más del 20%, son propiedad del emisor.

En este sentido –y en atención al principio de aplicación estricta de las normas fiscales previsto en el artículo 5 del CFF–, la restricción de la aplicación de la tasa del 4.9%, a que hace referencia el décimo primer párrafo del artículo 166 de la LISR, operará siempre que, como premisa toral, el beneficiario efectivo (residente en el extranjero) perciba más del 5% de los **intereses** provenientes de los **títulos de las emisoras residentes en México**.

¹ En comparación con la tasa genérica del 35% (prevista en la fracción V), o con las tasas del 21, 15 y 10% (fracciones IV, III y I, respectivamente)

En tal virtud, la restricción de la aplicación de la tasa del 4.9% exige, en primer lugar, que el beneficiario efectivo reciba más del 5% de los intereses de los títulos emitidos por la emisora.

Lo anterior implica que si el beneficiario efectivo no recibe *intereses* provenientes de *títulos*, **no operará la restricción del párrafo décimo primero del artículo 166 de la LISR.**

Ahora bien, el método de interpretación que admite el numeral 166 citado (la interpretación o aplicación estricta) sí permite el desentrañar el sentido de los vocablos “intereses” y “títulos”, de manera armónica y sistemática, mas no integrar el precepto normativo con supuestos o conceptos no establecidos por el legislador.

1. La interpretación del término “intereses”, no presenta mayor problema, pues el propio artículo 166 de la LISR, establece lo que se debe entender por ese concepto.

2. Sin embargo, tal como se ha mencionado con antelación, no basta que el residente en el extranjero –beneficiario efectivo– perciba intereses para que opere la restricción; sino que, además, es *conditio sine qua non*, que dichos intereses provengan de *títulos*.

A diferencia de lo que sucede con el término “intereses”, el vocablo “títulos” no encuentra definición en la LISR. Por ello, es menester acudir a la definición que confiere la ley de la materia al concepto “títulos”.²

En términos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC), se consideran “títulos de crédito” los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal en ellos consignado, quedando descartados los boletos, contraseñas, fichas u otros documentos que no estén destinados a circular y sirvan exclusivamente para identificar a quien tiene

derecho a exigir la prestación que en ellos se consigna.³ En este sentido, no será un título de crédito un documento que carezca de literalidad y circulación.

Por su parte, es la Ley de Instituciones de Crédito (LIC), la que nos da la pauta para determinar de manera concreta, en qué casos estamos en presencia de un título de crédito; por ejemplo: los certificados de depósito,⁴ los bonos bancarios y sus cupones,⁵ y las obligaciones bancarias y sus cupones⁶ son considerados como *títulos de crédito*.

¿EL CRITERIO NORMATIVO 64/ISR/N VA MÁS ALLÁ DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 166 DE LA LISR?

Tal como lo mencioné con antelación, el criterio normativo 64/ISR/N irá más allá de lo dispuesto por el artículo 166 de la LISR, entre otros casos, cuando pretenda incluir en la restricción de la aplicación de la tasa del 4.9%, los rendimientos o intereses que no provengan de títulos.

Ahora bien, del criterio en cuestión se desprende que, a juicio de las autoridades fiscales, la limitante en la aplicación del 4.9% no sólo se constriñe a intereses derivados de títulos, sino que también resulta aplicable a los percibidos de certificados, aceptaciones, préstamos u otros créditos, a cargo de SOFOMES, entre otras entidades.

Al respecto, se debe manifestar lo siguiente:

1. La afirmación relativa a que la limitante en la aplicación de la tasa del 4.9% no sólo se circunscribe a intereses derivados de títulos, **sí constituye una clara transgresión a lo dispuesto por el artículo 166 de la LISR y una clara contravención al principio de interpretación y aplicación estricta de normas tributarias que establecen cargas y excepciones, consagrado en el artículo 5 del CFF.**

² El criterio CXIV/2013 dictado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), bajo el rubro: **VALOR AGREGADO. EL ARTÍCULO 1o.-A, FRACCIÓN III, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA NI EL MANDATO DE APLICACIÓN ESTRICTA DE LAS LEYES FISCALES.** Es diáfano en señalar que *la interpretación armónica y sistemática de las leyes fiscales, implica que para lograr su mejor entendimiento y otorgar certeza y seguridad jurídica en su aplicación, sea válido remitirse –ya sea por disposición expresa o no– a conceptos establecidos en la misma ley interpretada o en otras relacionadas con ella, cuando no exista precepto específico que lo prohíba.*

(Énfasis añadido.)

³ Artículos 5 y 6 de la LGTOC

⁴ Artículo 62 de la LIC

⁵ Artículo 63 de la LIC

⁶ Artículo 64 de la LIC

Es así, pues la carga fiscal consistente en restringir la aplicación de la tasa de retención reducida al 4.9%, exige como premisa fundamental que el beneficiario reciba en más del 5%, **intereses** provenientes de **títulos**.

De esta manera, si el legislador hubiese querido incluir a cualquier rendimiento pagado por la emisora, así lo habría dispuesto, en lugar de acotar o precisar, que la restricción operaría sólo respecto a intereses provenientes de títulos.

Hay un Principio General de Derecho que reza: “Donde el legislador no distingue, no se debe distinguir”; sin embargo, *si el legislador distingue o precisa, debemos estarnos a esa distinción o precisión*.

Por otra parte, no sirve como pretexto para efectuar esta integración normativa, el hecho de que las autoridades fiscales afirmen que están realizando una interpretación *armónica*. Es así, porque la interpretación armónica presupone la interpretación conjunta de los dispositivos legales de un determinado ordenamiento, mas nunca la posibilidad de omitir considerar una precisión o distinción efectuada por el legislador.

2. Ahora bien, por lo que respecta a la intención de la autoridad fiscal de restringir la aplicación de la tasa de retención del 4.9% a los intereses provenientes de certificados, debo mencionar que sí es procedente; y no debido a la supuesta interpretación armónica por ella realizada, sino porque ciertos certificados sí constituyen títulos de crédito, tal como lo dispone el artículo 62 de la LIC.

En este sentido, no es la interpretación de la autoridad, sino la naturaleza del documento del que provienen los intereses (me refiero a “certificado”, que es un título de crédito) la que determina la restricción en la aplicación de la tasa reducida (siempre que el beneficiario efectivo de los intereses perciba más del 5% de éstos y sea accionista de más del 10% de las acciones con derecho a voto de la emisora, o sea poseída en más del 20% de sus acciones, por la sociedad emisora).

3. Finalmente, por lo que se refiere a la intención de la autoridad fiscal de restringir la aplicación de la tasa de retención del 4.9% a los intereses provenientes del otorgamiento de préstamos por parte de

SOFOMES o de otras entidades, debo aclarar que no resulta aplicable la restricción de la tasa reducida, toda vez que, en dicho caso, los rendimientos no estarían derivándose de un título (salvo que el préstamo de que se trate, esté documentado en un pagaré, claro está).

En tal virtud, de acuerdo a una correcta interpretación del artículo 166 de la LISR, sólo aplicará la restricción en la aplicación de la tasa reducida del 4.9%, cuando se trate de intereses provenientes de títulos de crédito.

Y es que el extender esa restricción a todos los intereses percibidos por el beneficiario efectivo, sin importar su procedencia, sin dudas implica una transgresión al contenido del artículo 166, y una vulneración al principio de aplicación estricta de leyes fiscales.

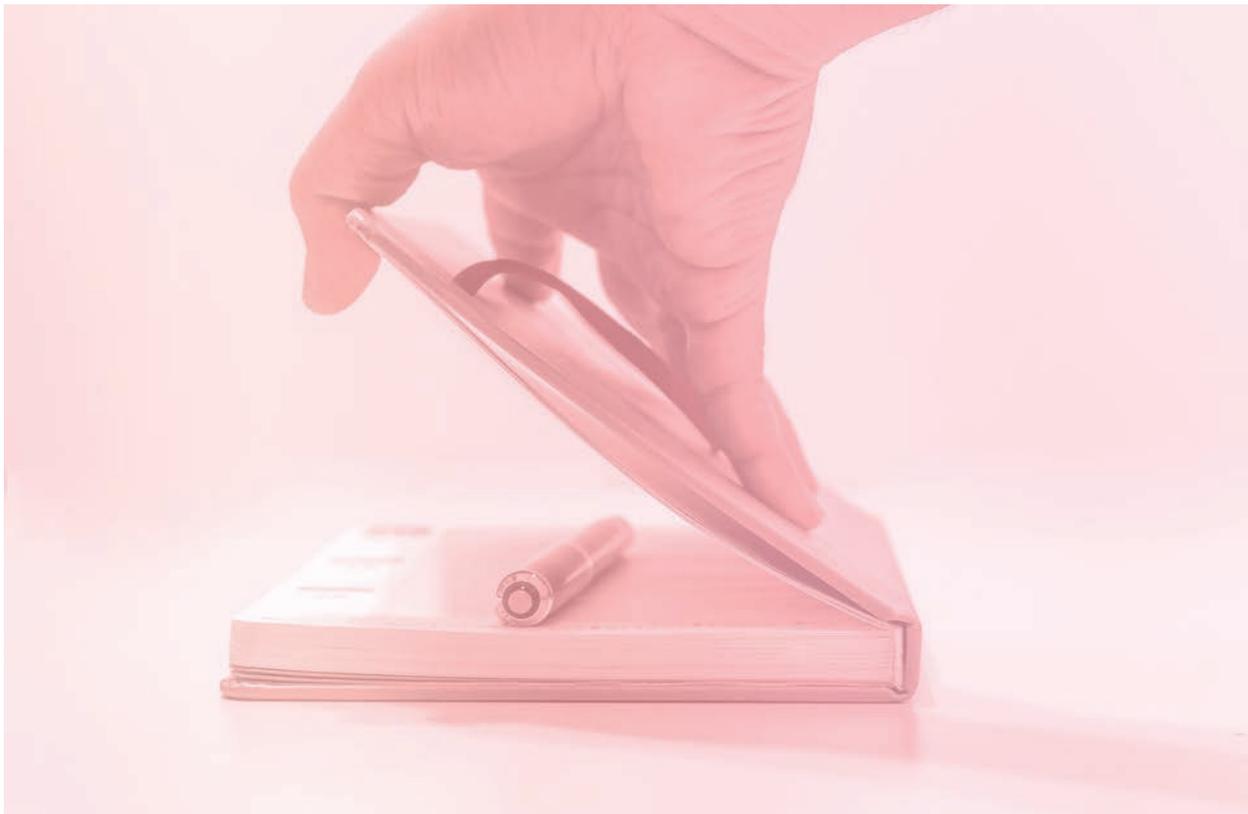
CONCLUSIONES

1. El criterio normativo 64/ISR/N transgrede el principio de interpretación y aplicación estricta consagrado en el artículo 5 del CFF. Es así, pues las normas fiscales que establezcan cargas a los particulares, no admiten ni la interpretación analógica, ni la interpretación extensiva, ni mucho menos, la integración de la norma, por parte de las autoridades fiscales.

2. Lo que hace la autoridad fiscal al emitir el criterio normativo que nos ocupa, es una interpretación extensiva la cual pretende aplicar una misma consecuencia de derecho, a una hipótesis normativa distinta. En efecto, pretende aplicar a todos los intereses percibidos por un beneficiario efectivo (con independencia de si los mismos provienen de títulos de crédito o no), la restricción de la tasa reducida que sólo es aplicable para los intereses provenientes de títulos de crédito.

Así, esta interpretación extensiva propicia que a través del criterio normativo que nos ocupa, las autoridades fiscales realicen una ampliación de la restricción de la tasa reducida, y una consecuente integración del artículo 166 de la LISR.

3. Si el legislador hubiese querido restringir la aplicación de la tasa reducida a la percepción de cualquier tipo de intereses con independencia de su procedencia (es decir, de títulos de crédito o de la



simple celebración de operaciones de crédito consignadas en documentos que no constituyen títulos de crédito), no habría hecho la especificación contenida en la última parte del décimo primer párrafo del artículo 166 de la LISR, relativa a que los intereses deben provenir de los *títulos de que se trate*.

108

4. Ahora bien, si actualmente, el ánimo del legislador fuese el evitar financiamientos desmedidos y la obtención de rendimientos y beneficios económicos desbordados por parte de residentes en el extranjero, que sean personas relacionadas de los emisores de rendimientos, éste debe, en su caso, proceder a reformar el artículo 166 de la LISR, para señalar que todo beneficiario efectivo que perciba más del 5% de intereses por parte del emisor, y a su vez sea persona relacionada de éste, quedará excluido de la aplicación de la tasa reducida del 4.9%, eliminando la precisión relativa a que los intereses deben provenir de títulos de crédito.

En efecto, debe ser **la voluntad del legislador** quien, en su caso, modifique la hipótesis normativa

de restricción de la aplicación de la tasa reducida, **mas no la autoridad fiscal a través de criterios o reglas**. Esto es así, debido a la observancia a los principios de reserva de ley, legalidad y seguridad jurídica, que deben prevalecer en materia tributaria.

5. Finalmente, hay que considerar que si bien los criterios normativos dictados por las autoridades fiscales no constituyen disposiciones cuya observancia vincule a los contribuyentes, también lo es que éstos representan la interpretación que hacen las autoridades fiscales respecto a un determinado precepto legal, y que ese criterio sí resulta vinculante para los funcionarios fiscales, por lo que aplicarán la norma bajo tal criterio, generando una controversia con los contribuyentes.

Lo anterior –en otras palabras– implica que aun cuando el criterio 64/ISR/N no resulta obligatorio para los contribuyentes, su emisión deja en una clara contingencia a todos aquellos contribuyentes que decidan no observar ni compartir dicho criterio. •