



XXV Congreso Latinoamericano de Fideicomiso



Nuevas Reglas Fiscales del Fideicomiso

Octubre de 2016

Nicolás Malumián

Nuevas reglas de juego fiscales para los fideicomisos

- Se aplica tanto a fideicomiso de actividad comercial como de fines públicos o de planificación patrimonial
 1. Necesidad de sustancia
 - Sustancia sobre la forma (*substance over form*)
 - Realidad económica
 - Equivalencia económica
 - Visión conjunta de los pasos formales (*step transaction doctrine*)
 2. Necesidad de razones de negocios
 - Importancia de los considerandos y los documentos auxiliares
 3. Pago de la “porción razonable” (fair share) de impuestos
 - Perfecta correlación entre tendencia fiscales y reglas antilavado (KYC)

Correlación entre tendencias fiscales y obligaciones regulatorias de los fideicomisos

Tendencia fiscal	Obligación regulatoria
Sustancia y razones de negocios	Combate de operaciones sin sentido económico
Transparencia fiscal en su doble aspecto: a) intercambio de información y b) publicidad de lo pagado en cada jurisdicción	Conozca a su cliente (KYC) / Conocer el Beneficiario final (UBO)
Fair share de impuestos	¿Protección del daño reputacional? Evasión fiscal es delito precedente de lavado de activos

Necesidad de sustancia

- Fallo *Cadbury Schweppes* (2006) de la Corte Suprema Europea.
- Para que una sociedad pueda aprovechar beneficios fiscales debe:
 - Tener un grado razonable de presencia física (oficinas, equipos y empleados)
 - Debe haber actividad y los empleados deben estar capacitados para realizarla
 - Debe agregar un valor razonable al grupo
 - Esto apunta contra sociedades y fideicomisos que hagan trading o sean holdings sin sustancia
- Perfecta correlación entre necesidad de sustancia en lo fiscal y capacidad operativa desde la prevención del lavado
 - Se debe poder mostrar que el fideicomiso tiene capacidad real de generar valor por las sumas que recibe y que no es una mera pantalla para blanquear activos

Necesidad de sustancia

- Fallo Molinos de la Cam. Cont. Adm. Fed Sala I (19/05/2016) (Apelado ante CSJN)
 - El “Treaty Shopping” consiste en:
 - La utilización de un tratado por parte de un sujeto que no estaría comprendido en su ámbito de aplicación subjetiva,
 - mediante la inserción de un intermediario sin ningún propósito comercial, o
 - la realización de transacciones internacionales entre sujetos vinculados motivadas exclusivamente por una ventaja fiscal
- Memorando 64/2009 de la Dirección Nacional de Impuestos en el cual se sostuvo la inaplicabilidad de los beneficios del tratado con Austria (hoy derogado)

Necesidad de sustancia

- China
 - La Circular 601 (27 de octubre de 2009) de China determinó que NO se aplicarán las reducciones de alícuotas de retención de los convenios si los receptores de los pagos no tiene suficiente “sustancia operacional.”
 - Esta norma ya se aplicó en la práctica
- Rusia
 - Decisión Rusa de desestimar una sociedad en Chipre sin sustancia (*Russian Federal Ural Disctric* del 30 de junio de 2011)

Localización por dirección efectiva y no por aspectos formales

- Fallo Trustees of Garron Family Trust v The Queen (10 de Septiembre de 2009 – Corte Fiscal de Canadá)
 - Dos *trusts* formados en Barbados con una sociedad fiduciaria en Barbados
 - Canadá tiene un convenio para evitar la doble imposición con Barbados que le daba ventajas fiscales
 - Los Convenios para evitar la doble imposición firmados por Canadá prevén el tratamiento de los trusts
 - El fisco canadiense sostuvo y la corte fiscal convalidó, que no bastaba con el fiduciario estuviera en Barbados si sólo respondía a las instrucciones dadas por los beneficiarios en Canadá
 - El fideicomiso se localiza en el lugar de dirección efectiva

Fair share!

- Este año la Comisión Europea consideró que Irlanda concedió beneficios fiscales indebidos a Apple por 13 billones (*press release* del 30 de agosto de 2016)
- En el mismo sentido ha estado investigado a Luxemburgo, Bélgica y Holanda por Fiat, Starbucks, Amazon y Mc Donald's
- No se admiten los acuerdos fiscales particulares
- Se debe informar las estructuras para reducir impuestos!
- Parecería que la tendencia es:
 - Es legal pero no es ético/legítimo/no tiene licencia social

Comentarios finales

- Sustancia
 - Prueba de capacidad operativa para prevención de lavado de activos y de sustancia operacional para impuestos
- Razones de negocios ajenas al ahorro fiscal
 - Expuestas en considerandos y documentos auxiliares tales como actas de directorio
- Evasión fiscal es delito precedente de delito de lavado de activos
- Cambió la tarea en materia fiscal de la reducción de impuestos al tratamiento fiscal explicable
 - ¿Se puede hacer *tax planning*?
 - ¿El negocio soporta el *de risking*?