

COLADE 2018  
[www.colade2018.com](http://www.colade2018.com)

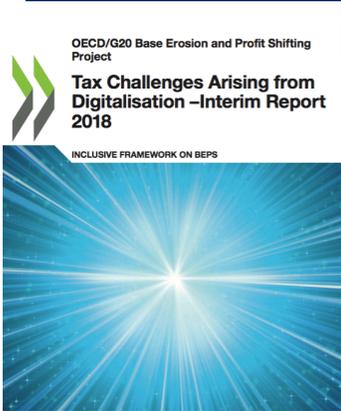
# BASE EROSION AND PROFITS SHIFTING (BEPS): SU IMPACTO EN BANCA

*Por Michael Zavaleta Alvarez*

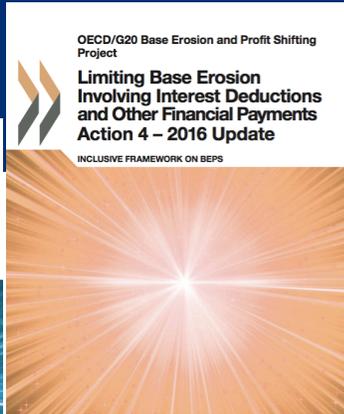
Socio de ZavaRod. Doctor en Derecho e International Tax Master por UCLM – España. MBA UNIR –España. Profesor de Tributación en España, Brasil, Chile, Perú y de Entes Público-Tributarios (OECD/BEPS Networking y Fiscos) y Privados de América y Europa

[michael.zavaleta@zavarod.com](mailto:michael.zavaleta@zavarod.com) / [www.zavarod.com](http://www.zavarod.com)

FEDERACIÓN LATINOAMERICANA DE BANCOS (FELABAN) – SHERATON HOTEL PANAMÁ, 2018



OECD



OECD



OECD



OECD  
BETTER POLICIES FOR BETTER LIVES

ZAVAROD®

# Tax Planning Risks with BEPS: Whistlerblowing, Mobbing, Bulling OnLine and Reputational Risk

[https://www.ecpol.econ.uni-muenchen.de/downloads/banks-tax-havens\\_debt\\_may17.pdf](https://www.ecpol.econ.uni-muenchen.de/downloads/banks-tax-havens_debt_may17.pdf)

<http://www.latimes.com/business/la-fi-pass-through-taxes-20180810-story.html>

<https://youtu.be/PvoiGrpeEuE>

The screenshot shows a news article from EL PAÍS under the 'ECONOMÍA' section. The headline is 'Google, Apple y Microsoft pagan impuestos mínimos fuera de EE UU'. The sub-headline reads 'La firma de Steve Jobs es la que menos tributa, con un 2,5% del beneficio'. The author is Miguel Jiménez, dated Madrid - 30 ENE 2012. The article text states that Google, Apple, and Microsoft are among the most popular companies in the world, with products used globally, and that they pay minimal taxes outside the US. A photo of the Microsoft European Operations Centre in Dublin is included. At the bottom, it mentions that Google registered its annual report for 2011 with the SEC.

The screenshot shows the title page of a PDF document. The title is 'Avoiding Taxes: Banks' Use of Internal Debt\*'. The author is Franz Reiter, from the University of Munich. The date is May 2017, and it is a preliminary version. The abstract discusses how banks use internal debt to shift profits to lower-taxed affiliates, based on regulatory data from German multinational banks. It notes that banks use debt shifting more aggressively than non-financial multinationals. The abstract concludes that in the sample, mainly low-taxed bank affiliates hold conduit debt. The keywords are Profit Shifting, Internal Debt, Multinational Banks, and Taxation.

ZAVAROD®

Michael Zavaleta Álvarez ©

# BEPS

- *Base Erosion and Profit Shifting* (Erosión de la Base Imponible y Relocación de Utilidades) consiste en desplazar ganancias o beneficios obtenidos en una jurisdicción tributaria de alta tributación a otra donde exista un tratamiento más beneficioso, con la finalidad de reducir la carga tributaria global (menor TEI), a través de maniobras que, sin ser necesariamente ilegales, permiten reducir la carga impositiva, mediante el traslado de sus ganancias hacia jurisdicciones donde son objeto de un trato fiscal más favorable.
- BEPS busca garantizar que las grandes empresas tributen en aquellos países en los que efectivamente realizan sus actividades.
- Por lo que se propicia la transparencia y el intercambio de información automática entre las Administraciones Tributarias de los diferentes países.
- BEPS busca combatir la pérdida del 10% (USD 240,000 MM) de la recaudación mundial por Impuesto a la Ganancias.
- Legítima con rango de “soft-law” y “hard-law” el criterio del “substance over form” para identificar la intención económica o fiscal.



**PLAN DE ACCIÓN CONTRA LA  
EROSIÓN DE LA BASE IMPONIBLE Y  
EL TRASLADO DE BENEFICIOS**

# BEPS – ACTION PLAN: 15 MEDIDAS

## COHERENCIA

- Instrumentos y Entidades Híbridas (A.2)
- Limitar deducción de intereses (A.4)
- CFC rules (transparencia fiscal internacional) (A.3)
- Prácticas fiscales agresivas (A.5)

## SUSTANCIA

- Prevenir el abuso de tratados para evitar la doble imposición (A.6)
- Prevenir la elusión artificial de Establecimiento Permanente (A.7)
- Precios de Transferencia: intangibles (A.8)
- Precios de Transferencia: riesgos y capital (A.9)
- Precios de Transferencia: operaciones inusuales y de alto riesgo (A.10)

## TRANSPARENCIA

- Metodología y análisis de información BEPS (A.11)
- Divulgación de Tax Planning agresivo (A.12)
- Revisión de Documentación de Precios de Transferencia (A.13)
- Medidas efectivas para resolver conflictos (14)

Economía Digital (1)

Tratado Multilateral (15)

## BEPS ACTION PLAN – RESUMEN

Item	Acción	Descripción
(1)	<b>Abordar los desafíos de la Economía Digital</b>	<p>Identificar las principales dificultades que la economía digital plantea para la aplicación de las actuales normas fiscales internacionales y desarrollar opciones detalladas para hacer frente a estas dificultades, tomando un enfoque integral y considerando Tributación Directa e Indirecta.</p> <p><b>Resultados esperados:</b> Reporte de identificación de problemática y las posibles acciones.</p>
(2)	<b>Neutralizar los efectos de acuerdos híbridos</b>	<p>Desarrollar cláusulas de los Modelos de CDIs y recomendaciones para el diseño de legislación interna para neutralizar el efecto (por ejemplo, la doble no imposición, doble deducción, diferimiento de largo plazo) de los instrumentos híbridos y entidades híbridas.</p> <p><b>Resultados esperados:</b> Revisar <b>Modelo OCDE</b> y hacer recomendaciones sobre el diseño de <b>legislación interna</b>.</p>
(3)	<b>Fortalecer reglas CFC</b>	<p>Desarrollar recomendaciones referidas al diseño de normas CFC.</p> <p><b>Resultados esperados:</b> Recomendaciones a <b>legislación interna</b>.</p>
(4)	<b>Limitar la erosión de la base imponible vía deducciones de intereses y otros pagos financieros similares</b>	<p>Desarrollar recomendaciones sobre las mejores prácticas para el diseño de normas para prevenir la erosión de base a través de la utilización de los gastos por intereses, por ejemplo a través del uso de financiamiento de partes relacionadas o terceros para lograr deducciones de intereses excesivos o para financiar la producción de ingresos exentos o diferidos y otros pagos financieros que son económicamente equivalentes a los pagos de intereses.</p> <p><b>Resultados esperados:</b> (i) Recomendaciones referidas a diseño de <b>legislación interna</b>; (ii) Cambios a <b>TP Guidelines</b>.</p>

## BEPS ACTION PLAN – RESUMEN (CONTINÚA)

Item	Acción	Descripción
(5)	<b>Contrarrestar las prácticas fiscales agresivas de manera más eficaz, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia</b>	<p>Renovar el trabajo sobre las prácticas fiscales agresivas con una prioridad en la mejora de la transparencia, que incluye el intercambio obligatorio y espontáneo de tax rulings otorgando regímenes de tributación preferenciales, y requiriendo “actividad sustancial” para cualquier régimen preferencial</p> <p><b>Resultados esperados:</b> (i) finalizar la revisión de los regímenes de los países miembros; (ii) establecer la estrategia para ampliar la participación de los miembros de fuera de la OCDE; (iii) revisar los criterios existentes para el otorgamiento de regímenes preferenciales.</p>
(6)	<b>Prevenir el uso abusivo de tratados para evitar doble tributación</b>	<p>Desarrollar cláusulas de Modelo de CDIs y diseño de legislación interna para evitar el otorgamiento de los beneficios del tratado en circunstancias inapropiadas.</p> <p><b>Resultados esperados:</b> Cambios en el <b>Modelo OECD</b> y recomendaciones relativas a <b>legislación interna</b>.</p>
(7)	<b>Prevenir la elusión “artificial” del status de “establecimiento permanente”</b>	<p>Desarrollar cambios en la definición de establecimiento permanente (EP) para evitar la elusión artificial de la condición de EP en relación con BEPS, incluyendo el uso de figuras de <i>commissionaire</i> (agentes) y excepciones a EP.</p> <p><b>Resultados esperados:</b> Cambios al <b>Modelo OECD</b>.</p>
(8)	<b>Asegurar que los precios de transferencia son consistentes con la creación de valor / intangibles</b>	<p>Desarrollar normas para prevenir BEPS mediante la relocación de intangibles entre los miembros del grupo, incluyendo: la adopción de una definición más amplia y clara de los intangibles, asegurando que los beneficios asociados a la transferencia de bienes intangibles se asocian con la creación de valor, el desarrollo de normas especiales para los intangibles difíciles de valorizar y la actualizando TP Guidelines sobre acuerdos de reparto de costos.</p> <p><b>Resultados esperados:</b> Los cambios en los <b>TP Guidelines</b> y <b>Modelo OECD</b>.</p>

## BEPS ACTION PLAN – RESUMEN (CONTINÚA)

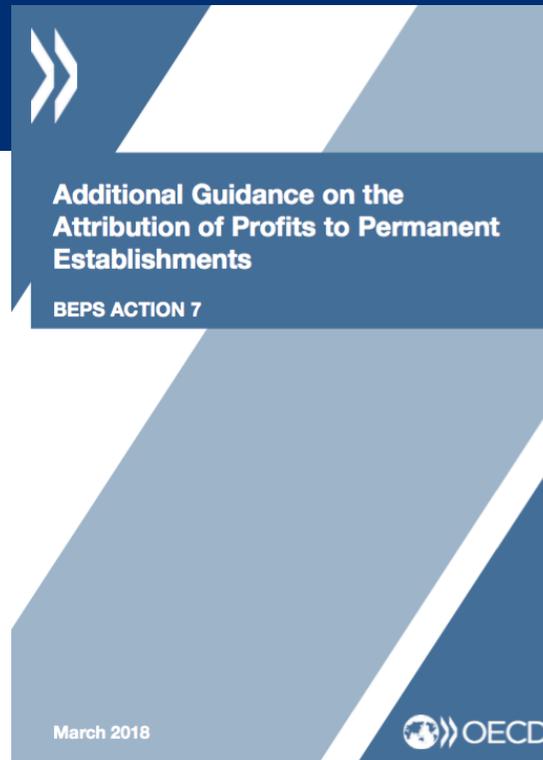
Item	Action	Description
(9)	<b>Asegurar que los precios de transferencia son consistentes con la creación de valor / riesgos y capital</b>	<p>Desarrollar normas para prevenir BEPS mediante la transferencia de riesgos o la asignación de capital excesivo, entre los miembros del grupo, incluyendo la adopción de normas para evitar retornos inapropiados a entidades vinculadas únicamente sobre la base de la provisión de capital o la asunción de riesgos contractuales.</p> <p><b>Resultados esperados:</b> Cambios a <b>TP Guidelines</b> y posiblemente <b>Modelo OECD</b>.</p>
(10)	<b>Asegurar que los precios de transferencia son consistentes con la creación de valor / otras operaciones inusuales y de alto riesgo</b>	<p>Desarrollar normas para prevenir BEPS derivadas de transacciones que no se harían, o que ocurriría sólo muy raramente entre terceros, incluyendo la adopción de reglas de recalificación, aplicación de métodos especiales de precios de transferencia (profit split) en el contexto de las cadenas de valor globales, y la protección contra la erosión de base imponible mediante pagos como “management fees” y “head office expenses”.</p> <p><b>Resultados esperados:</b> Cambios a <b>TP Guidelines</b> y posiblemente a <b>Modelo OECD</b>.</p>
(11)	<b>Establecer metodologías para recolectar y analizar data sobre BEPS y las acciones para combatirlo.</b>	<p>Desarrollar recomendaciones sobre los indicadores del impacto económico de BEPS y garantizar que las herramientas están disponibles para medir la eficacia de las medidas para hacer frente a BEPS.</p> <p><b>Resultados esperados:</b> Recomendaciones sobre los datos que deben recogerse y metodologías analíticas.</p>

## BEPS ACTION PLAN – RESUMEN (CONTINÚA)

Item	Action	Description
(12)	<b>Requerir a los contribuyentes divulgar sus estrategias de Planificación Fiscal Agresiva</b>	<p>Desarrollar recomendaciones sobre el diseño de normas de divulgación obligatoria de estructuras y transacciones agresivas o abusivas, teniendo en cuenta los costes administrativos de las administraciones tributarias y las empresas y sobre la base de experiencias de países que cuentan con este tipo de normas.</p> <p><b>Resultados esperados:</b> Recomendaciones a <b>la legislación interna</b> para revelación de estrategias agresivas de planificación tributaria.</p>
(13)	<b>Re-examinar los requerimientos de documentación de precios de transferencia</b>	<p>Desarrollar normas relativas a la documentación de precios de transferencia para mejorar la transparencia, incluyendo el requisito de que las entidades multinacionales proporcionen a todos "los Estados pertinentes" toda la información sobre la asignación de ganancias, la actividad económica y los impuestos pagados entre los países de acuerdo con un modelo común.</p> <p><b>Resultados esperados:</b> Cambios a <b>TP Guidelines</b> y recomendaciones para el diseño de la legislación interna.</p>
(14)	<b>Hacer más eficientes los mecanismos de solución de conflictos</b>	<p>Desarrollar soluciones para hacer frente a los obstáculos que impiden la solución de controversias relacionadas con los tratados en virtud de los procedimientos de acuerdo mutuo (MAP), entre ellos la ausencia de cláusulas de arbitraje y la imposibilidad de acceder a MAP.</p> <p><b>Resultados esperados:</b> Cambios a <b>Modelo OECD</b>.</p>
(15)	<b>Desarrollar un tratado multilateral</b>	<p>Analizar los aspectos de Derecho Internacional Público relacionados con el desarrollo de un instrumento multilateral para permitir que los Estados que lo deseen adopten las medidas del Action Plan de BEPS y enmienden los tratados bilaterales existentes.</p> <p><b>Resultados esperados:</b> (i) informar sobre cuestiones de derecho y tributación internacional pertinentes; (ii) desarrollar un <b>instrumento multilateral</b>.</p>

# BEPS ACTION PLAN 7: PERMANENT STABLISHMENTS

Por Michael Zavaleta, Socio de Tax & Legal ZavaRod



# *“Artificial avoidance of Permanent Establishments”*

Actualmente, los Establecimientos Permanentes de (i) un “no residente” en un país de la fuente; y/o (ii) de un “residente en el extranjero donde no reside (fuente off shore) tienen un amplio impacto en muchas estructuras de empresas multinacionales, por lo que, la OCDE planteo el BEPS Plan Action 7 con la siguiente lógica:

1. Incluir al caso de comisionista (agentes independientes) y estrategias similares.
2. Establecer una variedad de cuestiones relativas a las exenciones específicas de actividad, incluido actividades "preparatorias o auxiliares" y la capacidad de las empresas para fragmentar las actividades.
3. Reglas para contrarrestar la división de los contratos.
4. Propuestas específicas para el sector de EP.
5. Cuestiones de atribución de beneficios de EP.

## BASE JURISDICCIONAL DEL IMPUESTO A LA RENTA EN AMÉRICA LATINA

PAÍS	SISTEMA MUNDIAL	SISTEMA DE FUENTE
Argentina	Si	
Bolivia	Para las personas físicas	para las personas jurídicas
Brasil	Si	
Chile	Si	
Colombia	Si	
Costa Rica		Si
Ecuador	Si	
El Salvador	solo para rentas del capital	Si
Guatemala		Si
Honduras	Si	
México	Si	
Nicaragua		Si
Panamá	Mundial para dividendos	Si
Perú	Si	
República Dominicana	Mundial para rentas del capital	Si
Paraguay		Si (solo aplica para personas jurídicas)
Uruguay	Mundial para ganancias de capital en personas	Si
Venezuela	Si	

# Sustancia económica de las sociedades holding

- La entidad holding no debe ser entendida como un ente vacío carente de sustancia y motivación económica, todo lo contrario, es necesario que dicha sociedad desarrolle alguna actividad.
- En ese sentido, debe acreditarse que existe una sustancia y realidad económico empresarial, se concluye en que se trata de un simple intercambio de participaciones dentro del Grupo, con la única finalidad de generar los gastos financieros en las entidades españolas del Grupo.
- Debe pretenderse que las operaciones de las sociedades holding tengan una sustancia económica adicional y diferente al solo beneficio económico alcanzado mediante alguna reducción impositiva

# BEPS PLAN ACTION 1 : ECONOMÍA DIGITAL EN BANCA

Por Michael Zavaleta Alvarez, Socio de Tax & Legal ZavaRod



OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting  
Project

**Tax Challenges Arising from  
Digitalisation –Interim Report  
2018**

INCLUSIVE FRAMEWORK ON BEPS



## ¿Cómo afecta la evolución tecnológico-digital en los e-medios de pago en la economía?

Actualmente en diversos países estamos viviendo en los últimos años una revolución exponencial de los servicios y bienes ofertados digitalmente, lo cual implica una evolución económica y tributaria, por ejemplo, entre otros:

- **Criptocurrencies** (Bitcoin, Ethereum, LiteCoin, Petro, etc) and Financial & Banking App reemplaza la necesidad de llevar dinero físico y es un mecanismo especulativo y/o de ahorro para inversionistas.
- **Blockchains System** reemplaza los costosos sistemas de seguridad que cada individuo o compañía debe incurrir (Discos Duros con Antivirus actualizables, con Anti-Malwares, etc) y muchas empresas que vendía Mega Sistemas informáticos de Seguridad están migrando de modelo.
- **SmartContracts** son los nuevos contratos digitales que vienen creciendo a la par de los productos que se generan en los BlockChain y en los Criptocurrencies
- **E-Tokens** están reemplazando los tokens físicos de los Bancos y Financieras para transacciones de cuentas bancarias, siendo que muchas veces vienen por Celulares SmartPhones basados en Blockchain y SmartContracts, así como huellas digitales o algoritmos de reconocimiento facial en algunas MacBooks, IMac y Iphones.
- **E-Xchange E-Money:** Existe una oferta creciente de casas de intercambio de monedas a nivel digital en todo el mundo.

# Tax Planning Banking Risks with BEPS: Whitlerblowing, Mobbing, Bulling OnLine and Reputational Risk

[https://www.abc.es/economia/abci-neobancos-puente-para-sacar-dinero-fuera-espana-sin-millonario-201804210256\\_noticia.html](https://www.abc.es/economia/abci-neobancos-puente-para-sacar-dinero-fuera-espana-sin-millonario-201804210256_noticia.html)

[https://www.abc.es/economia/abci-neobancos-puente-para-sacar-dinero-fuera-espana-sin-millonario-201804210256\\_noticia.html](https://www.abc.es/economia/abci-neobancos-puente-para-sacar-dinero-fuera-espana-sin-millonario-201804210256_noticia.html)

ABC **ECONOMÍA**  [Inicio sesión](#) | [Registro](#)

## Los neobancos, el puente para sacar el dinero fuera de España sin ser millonario

- Actualmente, unas cinco entidades «fintech» permiten a los españoles abrir una cuenta corriente en el extranjero sin salir de la frontera



ZAVAROD®

Michael Zavaleta Álvarez ©

## ¿Cómo afecta la evolución tecnológico-digital en la economía de servicios, intercambio de bienes y Telecoms, etc?

- **Wiks** (Diseñadores de web) & **Photograpies Professional Apps** quitan trabajo a los community-manager y fotógrafos físicos clásicos.
- **Video&Call Apps** (Facetime, Skype, Whatsapp) compite con Movistar, Entel, AmericaMovil, Claro en forma más rápido y barata, sobre todo por su opción de llamadas múltiples con varias empresas y personas.
- **E-Radios OnLine** (TuneIn) elimina el rating y publicidad de radios en banda con cables
- Insurance, Stocks, Bonds, Financial Assets in Capital OnLine Market with Brokers online reduce costos transaccionales y se hacen más rápidos
- **Apps Home Decorative** (HomeDeco) reemplaza a los arquitectos y diseñadores de interiores que utilizan mucho las Tiendas Retail (WallMart, Ripley, Falabella, Corte Ingles)
- **App AirBNB** ofrece Departamentos, Flats y Casas más baratas que Hoteles.
- **Deliveries Apps** (Foods, Goods, Services) son preferidos a los restaurantes físicos porque reduce costos de movilidad, tráfico y son más baratos para oficinistas y en casa los domingos.
- **Taxis Apps** (Uber, Easy taxi, TaxiBeat) reduce precio de taxis a nivel global y genera huelgas de taxistas inclusive pidiendo al Gobierno se eliminen en dichos países (p.e: España) e inclusive en los millenials ya no compran autos porque prefieren andar en E-taxis ahorrándose el costo de compra, mantenimiento y chofer.

## ¿Cómo afecta la evolución tecnológico-digital en la economía de E-Robtos, Redes, E-Maps, Clouds, E-Books, etc?

- **Social Networks** (Facebook e Instagram) hicieron quebrar los fabricantes de Impresiones y albumes fotograficas; Linkedin Jobs reemplaza a los Periodicos que ofrecen trabajos y empresas tercerizadoras.
- **E-Search Engings** (Google, Yahoo y Wkipedia) destruyeron a los productores de enciclopedias
- **E-Business** o Comercio Electrónico (Alibaba, AliExpress, E-Bay, Amazon) genera mayores ventas y a menos costo transaccional.
- **ChatBots OnLine** (SIRI de Apple, IBM Watson) eliminan trabajos en call-centers para preguntas básicas en muchos rubros: <http://www.grupomccl.com/blog8.html>
- **E-Social Media** (Youtube) ha reducido las visitas a TV, al Cine y a empresas que vendían videos en general.
- **Maps OnLine** (Waze y Google Maps) reemplazaron a los mapas físicos cuando uno viaja por el mundo.
- **E-Scanners and PhotoCam** (CamScanner) sustituye a las maquinas escaneadoras.
- **E-Books** (Amazon Kindle, Sony Readers, Kobo Readers y los Smartphone con su Books-Readers incorporados) reducen ventas de libros físicos y librerías físicas.
- **Cloud Computing** (Google Drive, OneDrive, Icloud, Dropbox) reducen ventas de USB y de Discos Duros.

## BLOCKCHAIN, CRIPTOCURRENCIAS SMARTCONTRACTS & LEGAL

- El Comité Latinoamericano de Derecho Financiero (COLADE) de la Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN) celebrado en Abril/2017 concluyó:
- “Acordar el uso generalizado y aplicable, con sus correspondientes algoritmos de validación del Blockchain, valiéndose de esta nueva tecnología para efectuar transacciones de forma segura sin necesidad de que intervengan terceros y que se establezcan derechos y obligaciones a través de los denominados “SmartContracts”, cuyos modelos son tarea del Comité, lo cual presenta desafíos importantes para los abogados de los bancos, como son el crear valor en la redacción de los SmartContracts, ante este fenómeno tecnológico y disruptivo de desintermediación compuesto por protocolos o cadenas de bloques que muchas de las veces escapan nuestra comprensión, porque tienen potencialidad infinita y por ende aplicación ilimitada e impensada, como es llegar a la esencia misma del dinero y poner en tela de duda el concepto de poder liberatorio atado a la soberanía de los Estados, como al parecer está sucediendo con las criptomonedas.”
- La tecnología blockchain está cambiando y revolucionando el mundo que conocemos y tendrá una aplicación casi doméstica y cotidiana en nuestra vida diaria y en el “*Internet of everything*”, por lo que aspectos más relevantes y relacionados con la transaccionalidad a la que estamos expuestos los seres humanos, indudablemente girarán en torno a estas bases de datos descentralizadas que permitan su interacción en forma confiable, en un mundo que estará gobernado por la economía digital y que precisamente para regular estas relaciones surgirán los denominados contratos inteligentes por su capacidad de auto ejecutarse en cumplimiento o resolución de los mismos, y, los abogados debemos estar preparados para este nuevo desafío.

## ChatBot - TAX PROBLEMS

← → ↻ ⓘ Not Secure | www.grupomccl.com/blog8.html  
Click to go back, hold to see history

### TAX THE CHATROBOTS EN LATAM?

Por Michael Zavaleta Alvarez

APEF > Blog > Inversión > TAX THE CHATROBOTS EN LATAM?



El genio creador de Microsoft(1) ha sugerido crear un “tributo a los robots” que hipotética o fácticamente quiten empleo a seres humanos, con el fin de que con dichos tributos se puedan redistribuir a los que pierden sus empleos.

Este tributo es válido constitucionalmente y eficiente económicamente en países con poco I+D+i y que necesita tecnología como los de LATAM?

# BLOCKCHAIN, CRIPTOCURRENCIAS, SMARTCONTRACTS & TAX PROBLEMS

Hoy en día nacen exponencialmente más empresas digitales y algunos pocos países empiezan a adecuar sus normas tributarias a fin de costumizarlas a los nuevos negocios digitales.

- **OECD/Tax Committe:** Ha desarrollado una serie de lineamientos y recomendaciones sobre el comercio electrónico, con el fin de proteger al consumidor y promover mejores procesos por parte de estas nuevas plataformas. Su propuesta es regularizar este tipo de actividad, gravando impuestos y aplicando tratamiento tributario a escenarios donde anteriormente no estaba contemplado ninguna disposición tributaria.
- **BEPS Perspective & Action Plan 1:** La BEPS Action Plan 1 se intitula “Digital Economy”.
- **Europa:** Esta buscando que las grandes empresas digitales tributen en los países que realmente generan ganancias y no solo donde tienen su sede central.
- **Latinoamérica:** Pocos países han empezado a regular (Chile, México, Colombia y Argentina), pero la mayoría no, por lo que no existe una regulación tipificada.
- **USA:** Esta en una tendencia distinta a la de OECD/BEPS con su reducción de Income Tax y por el Foreign Tax Income Source, con el fin de propiciar que muchos clusters o hubs se localicen en USA.
- **Canada:** A pesar de ser miembro BEPS/OECD su enfoque y regulación será alinearse a USA AntiBEPS.
- La mayoría de Países LATAM (Colombia, Chile, Mexico, Perú y Brasil) están buscando alinear sus políticas, leyes y principios de economía digital a los de la OCDE; otros (Venezuela, Bolivia, Ecuador) están en línea neutra por ahora. Tarde o temprano todos los fiscos y detentadores de *Tax Power* se preguntarán cómo afrontar, por cuanto cada vez son más las empresas que ofrecen servicios a través de una plataforma digital en nuestros países de LATAM.

# Comparative Taxation in New Technologies

¿Qué está ocurriendo en la economía digital global, en el mundo y fiscalidad comparada con relación a los avances tecnológicos?

- En USA?
- En UK?
- En Alemania?
- En Japón?
- En China?
- En LATAM/OECD countries - México, Chile y Colombia?
- En Canadá?
- En Rusia?
- En Brasil y otros LATAM Countries?
- ¿Estará América Latina preparada para la regulación tributaria de empresas digitales?

## IMPLEMENTACIÓN DE REGULACIÓN TRIBUTARIA EN LATAM

- Hasta el momento solo se han tenido grandes discusiones relacionadas con el tratamiento tributario de este tipo de empresas en toda LATAM, sin embargo, no hay una posición concreta o situación donde el caso haya funcionado de forma exitosa. Al ser empresas que nacen de las nuevas tecnologías, toda legislación y casuística es reciente y se encuentra en constante evolución.
- A raíz de estas situaciones, es probable que continúen proponiéndose nuevas regulaciones y pronto se logre su implementación.
- La más reciente actualización respecto a regulación de empresas digitales en Perú, fue dada por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) que está impulsando un proyecto de ley para la regulación de casas de cambio digital.
- Uno de los problemas más grandes en la tributación es la falta de certeza. Ante la indefinición se tiene que optar por una u otra posición, y finalmente se presentan escenarios donde el ente regulador, no está necesariamente de acuerdo con la empresa. Por ello, a pesar que la normativa podría sonar como algo que perjudicaría a la empresa o al consumidor final - que probablemente asumiría costos por el aumento de impuestos-empezar a definir de forma tributaria este tipo de servicios sería positivo para el gobierno, las empresas y los consumidores, ya que se evitaría la incertidumbre y se aclararían dudas que siempre terminan generando mayores costos.

## VENTAJAS O DESVENTAJAS

- En ese aspecto, también es importante que se establezca una regulación clara de impuestos a las empresas de servicios que no tienen una base en el país de la fuente. Por ejemplo, en Chile se regulan las plataformas de televisión digital como Netflix donde se cargan los impuestos a la tarjeta de crédito o débito, algo que no sucede en la mayoría de países de LATAM (Perú, Ecuador, Bolivia, etc).
- Por otro lado, así como en otros países se está regulando a las empresas digitales, también hay países como Argentina donde no solo se ejecuta una reglamentación, sino que existen leyes que les permiten a empresas como las fintech tener regímenes especiales.
- Eventualmente, esto podría considerarse un modelo atractivo para probar en nuestro país ya que generaría oportunidades para el ingreso y constitución de nuevas empresas, Viéndolo desde ese aspecto, la regulación tributaria podría pasar a ser una oportunidad para el país y las empresas.

## BEPS PLAN ACTION 1 – GENERAL RULE : PE

- ¿Cuáles son los efectos tributarios de la "economía digital" en el suministro directo de bienes o servicios digitales?
- Vale decir, casos en que el software o los contenidos en formato digital se entregan a contribuyentes (empresas o consumidores finales) a través de medios digitales . Esto incluye descargas de software o libros electrónicos por única vez, así como otros contenidos digitalizados como música, videoclips y documentos. Un desarrollo reciente es la "computación en la nube", el almacenamiento y el acceso de datos y programas a través de Internet, proporcionando las condiciones para la entrega de recursos informáticos a pedido.
- Es un desafío para las autoridades tributarias del estado donde residen los clientes, gravar los ingresos derivados de los proveedores de tales bienes o servicios digitalizados. Como se reconoce en los trabajos de la OCDE sobre la Acción 1 del Proyecto BEPS, este nuevo fenómeno desafía la efectividad y validez de las normas actuales de tributación internacional.
- Las normas actuales se basan en la regla de *Permanent Establishment (PE)* para los ingresos comerciales activos y la retención de impuestos para los ingresos de inversiones pasivas. La economía digital no solo desafía la administración del sistema actual, ya que las autoridades tributarias enfrentan dificultades cada vez mayores para detectar y monitorear las transacciones imponibles, sino también las mismas normas. Incluso si las autoridades tributarias toman plena conciencia de una transacción imponible particular, la reforma digital de la transacción puede estar por debajo del umbral PE. Según la regla actual, un PE requiere una actividad humana o al menos alguna forma de presencia física en el país de origen; esto no siempre es necesario para las transacciones digitales.

# Taxation of Cloud computing

- El **cloud computing** no implica una compra o descarga en particular del software o de los contenidos digitales, porque el cliente tiene acceso continuo. **Ventajas del Cloud Computing:** (i) Es escalable: con un costo bastante accesible, una pyme puede comprar una licencia, mientras que una multinacional, comprará 500 licencias. Y las dos compartirán los mismos servicios; (ii) Dejamos de depender de nuestro puesto físico de trabajo. Al tener los datos en el servidor, cualquier ordenador, smartphone o cyber café se convierten en nuestra oficina. (iii) Se ahorra en equipamiento, pues ya no tendremos que preocuparnos de nuestros equipos (si están o no obsoletos) y cuándo cambiarlos. De ello se encargará la empresa proveedora. (iv) Ahorramos también en eficiencia en caídas y backups, pues las empresas proveedoras se encuentran realmente equipadas para hacer frente a posibles contingencias. (v) Implementación rápida de software ya probado por miles de usuarios en el planeta. (vi) Gran capacidad de personalizar las aplicaciones y su aspecto. (vii) Actualizaciones automáticas que surgen de la experiencia y uso de millones de usuarios y sus requerimientos. **Desventajas:** (i) Dependemos de nuestro proveedor, de que tenga una buena política y preserve los datos, aunque pueden hacerse backups periódicos al disco duro de nuestra ordenador. (ii) ¡Si se nos corta internet, estaremos en apuros! Esta es una clara desventaja, pero podremos salvar este problema si contamos con dispositivos que nos ofrezcan una vía alternativa de conexión, como por ejemplo una conexión wifi. (iii) También existe la posibilidad de trabajar offline. (iv) Vulnerabilidad de la privacidad de nuestros datos, aunque si nos ponemos a pensar, ésta ya existe cuando usamos gmail, yahoo, etc. El acceso con contraseñas y sectores de seguridad con protocolo https, disminuyen el peligro.
- Este término a menudo se subcategoriza utilizando la expresión "XaaS", un acrónimo de "X como servicio", como se señala en el Informe final 2015 de BEPS Action1, según el cual esta expresión "refiere {s} a la transformación de tendencias del software productos de bienes a servicios." Las subcategorías comunes bajo este término XaaS son, "SaaS" o "Software como servicio", y "PaaS" o "Plataforma como servicio", donde los operadores de la nube les brindan a sus clientes acceso a los servidores para que los clientes puedan usar de, ya sea software o aplicación informática, o plataformas informáticas o herramientas de programación, respectivamente, para sus propios fines, comerciales o personales. De la misma manera, los recursos informáticos físicos o virtuales se proporcionan a los clientes en el tipo "IaaS" o "Infraestructura como servicio".

# Taxation of Cloud computing

- Todas esas transacciones se entienden en gran medida como provisiones de servicios, lo que resulta en ingresos comerciales, mientras que IaaS es, más específicamente, a veces vista como dentro del alcance del arrendamiento de equipo, vista que se ha expresado por Canadá, India, México y los Estados Unidos (en los informes del IFA Seoul Congress 2018). Cuando una tarifa por el servicio (incluido el servicio de alquiler) constituye una categoría separada de ingresos a ser tratada de una manera diferente a los ingresos comerciales ordinarios, se aplicarán estas reglas separadas.
- Ninguna administración fiscal nacional ha establecido o emitido ninguna directriz interpretativa clara y concreta sobre la tributación de los ingresos derivados de la computación en la nube. Como resultado, las reglas y teorías tradicionales sobre la tributación internacional de los servicios aún regulan la tributación de la computación en la nube. Debido a que la computación en la nube es un fenómeno muy reciente y ninguna jurisdicción tiene leyes domésticas que atiendan este nuevo tipo de transacciones, la aplicación de la "vieja" ley, actualmente en vigor, puede potencialmente llevar a una serie de problemas difíciles para determinar el carácter y fuente del ingreso relevante. En particular, cuando se trata de la aplicación de un tratado, se reduce, en su mayor parte, a la cuestión familiar de la tributación del servicio, y la retención raramente se considera relevante. **(BEPS Acción 1: Informe final 2015, párrafo. 80).**

# Taxation of Cloud computing

La dificultad de la caracterización del ingreso en relación con los tres tipos de computación en la nube es bien conocida (pero sin pautas claras) en el nuevo Informe de la OCDE 2018 (supra nota 35) en el párr. 356. Sin embargo, este entendimiento general está sujeto a dos excepciones notables:

1. La primera excepción se refiere a la posición básica de la OCDE sobre transacciones que involucran software. Si se puede extender a la computación en la nube, pueden surgir ingresos por regalías, siempre que el usuario obtenga los derechos para copiar o modificar el software o contenido digital al que tenga acceso (aunque las nociones de copia para su uso en este contexto, que subyacen a la ley de derechos de autor, pueden o no tener tanto significado para la retención de la jurisdicción fiscal en el contexto contemporáneo de la computación en la nube);
2. La segunda excepción es cuando las transacciones de IaaS se consideran como arrendamiento de equipo, y el derecho interno y de tratados de esa jurisdicción caracteriza los ingresos de dicho arrendamiento como regalías. De cualquier manera, se podría aplicar un impuesto de retención, lo que ampliaría el alcance de los impuestos de origen y protegería simultáneamente la base tributaria nacional.

# TAXI APPS

- Utilizar TaxiApp es muy sencillo, simplemente tienes que entrar en GooglePlay o en AppStore y descargarla. Una vez dentro de la aplicación se muestra un mapa con tu ubicación y solamente tienes que clicar en “Pedir”. En ese mismo momento el taxi más próximo a ti irá a recogerte. En todo momento tendrás una gran sensación de inmediatez y eficiencia. Esto es gracias a la utilización de las nuevas tecnologías de GPS y GPRS. Con algunos Apps puedes ver en todo momento en tu móvil el recorrido que realizará el taxi, así como conocer la ubicación de los taxis antes de que vayan a recogerte.
- Uber, Taxi Beat e Easy Taxi no son empresas de transporte. No tienen una flota de taxis ni de autos particulares, pues solo son aplicaciones de celular que une a un pasajero con un conductor, es decir, interconecta a una persona con un vehículo libre y a un usuario que necesita trasladarse a un determinado lugar. Algunas de estas empresas han optado por quitar la palabra "taxi" de sus nombres: Easy Taxi ahora es Easy, Taxibeat es Beat.
- Uber fue la que dio el primer golpe a nivel global. Un cambio importante en el mercado ha sido que la competencia se ha ido adecuando a las necesidades de los clientes peruanos: hoy casi todas aceptan el pago en efectivo. Asimismo, hay algunas que tienen la opción de trasladar -sin costo adicional- a mascotas.
- Por ejemplo, en Perú mueve USD 100 MM anuales con un millón de viajes cada mes y representa el 10% del total market share.
- Las expectativas para el corto y mediano plazo se resumen en dos escenarios: su mayor presencia en el interior de los países de LATAM, ya que comenzaron en las capitales o grandes ciudades.

# TAXATION OF TAXI APPS?

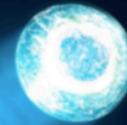
- Los choferes de apps que circulan en las ciudades de LATAM no pueden ser fácilmente fiscalizados porque cumplen una figura de “conductor privado” y sus vehículos, de los que son propietarios, no están identificados como taxis. “Uber no nos exige nada a los conductores porque no soy taxista, sino conductor privado”, dice un conductor de esta app. Aunque digan que no son taxistas, en la práctica es un servicio de transporte que debe ser regulado. Mientras no lo sea, sería un servicio de transporte informal. ¿Los taxis por app “no son formales, pero dan un servicio que se necesita por la seguridad que garantizan”?
- Los conductores de las apps de taxi legalmente no son trabajadores de la empresa, sino únicamente usuarios que utilizan la aplicación para conseguir pasajeros. Eso quiere decir que no figuran en la planilla de empleados de las compañías. Luego de su inscripción, según estas apps, pasan por un filtro para recién ser llamados ‘usuarios conductores’. Todo ello explica por qué hay conductores que trabajan con más de dos aplicaciones a la vez.
- Los Taxistas reclaman que estas empresas de APPS (domiciliadas en el exterior en su mayoría) no cumplen con ciertas formalidades (No emiten comprobantes de pago, no tienen cuentas bancarizadas o no cumplen regulaciones locales de los países donde se realiza el taxi) y requisitos que los taxistas particulares sí están obligados a cumplir, siendo que el problema se agrava si el gestor o management del App Taxi se encuentra domiciliado en un “*Tax Haven*” donde se realizan los taxis y donde se mueven los taxis y pagar los usuarios, toda vez que en estos paraísos fiscales la regulación es más laxa.
- Si se auna el hecho que si no se usa una tarjeta de crédito, débito o criptocurrency entonces se usará el “cash”, lo cual podría originar problemas de desconocimiento del gasto del IR por la desbancarización y/o que se activen normas PLAFT, empero, para el “recolector”, pero no para el APP Entity Off Shore.

# BEPS Y “PARAÍOS FISCALES”

Por Michael Zavaleta, Socio de Tax & Legal ZavaRod



Model Mandatory  
Disclosure Rules  
for CRS Avoidance  
Arrangements and  
Opaque Offshore  
Structures



## CONTRADICCIONES DE PAÍSES MIEMBROS DE LA OECD Y EFECTOS DE POLÍTICA TRUMP EN LA ERA POST-BEPS

- ¿No es contradictorio que la mayoría de “Tax Havens” sean de países miembros de la OECD? ¿Será por ello que no se han desmantelado? ¿Liberia y Marshall Islands no son concesiones privadas de capitales de USA? ¿BVI no pertenecen a UK? ¿Antillas Holandesas no es de Netherlands? Etc.
- Tax Justice Network e Oxfam-Intermón y el Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación (ICIJ, por sus siglas en inglés) confirman el auge material y fáctico de los paraísos fiscales, el secreto bancario y la opacidad en el intercambio de información financiera y tributaria vs el discurso formal de los dueños de los países paraísos fiscales y sus informes formales – ¿contradicción entre materialidad y formalidad?
- En el 2016, el *Tax Committee* del Parlamento Europeo emitió un informe donde concluye que EE.UU. es el más grande «paraíso fiscal»
- Dicho Comité de UE expone sus repercusiones, siendo que con la Reforma de Trump para el 2017/18 (“0” IR de Fuente Extranjera) y Reducción de Tasa IR Corporativo de 35% al 20% muchas inversiones del Mundo y LATAM tenderían a migrar a USA. En este mes de Octubre se ha logrado el nuevo acuerdo entre USA, México y Canadá después de 15 meses de conversaciones formales las partes se han logrado 1,100 páginas. En concreto: (i) la columna vertebral TLCAN original se mantiene vivo e intacto.
- ¿Demás países de OECD que harán frente a Política Trump – Post BEPS? América Latina?

## Los Paraísos Fiscales: Definición OECD – BEPS ACTION PLAN 12

Todo aquel país, con baja o nula fiscalidad, que cuenta con secreto bancario y tributario, falta de control de cambios en mayor o menor medida, no gravabilidad en los pagos a beneficiarios al exterior mediante retenciones en la fuente y que ha desarrollado en todos los casos, como medio para llevar a cabo la radicación en su territorio de entidades o sujetos del exterior, una gran flexibilidad para la constitución, desenvolvimiento y administración de sociedades locales; los cuales se usan como lugar para que los no residentes escapen de la fiscalidad de los países donde son residentes, siendo relacionados usualmente con un sistema financiero que privilegia el secreto bancario, así como tipos societarios que salvaguardan la confidencialidad de sus reales propietarios o beneficiarios. Tradicionales paraísos fiscales son Bahamas, Bermudas, las Islas Caimán, las Islas Vírgenes Británicas, entre otros.

Los regímenes fiscales perjudiciales son tratamientos tributarios nocivos inmersos en una jurisdicción que no califica como paraíso fiscal y que, en general, mantiene un nivel de imposición regular o alta. Estos regímenes ofrecen tasas efectivas bajas o nulas a no residentes o a actividades efectuadas por no residentes, lo que supone una ausencia de comunicación entre el régimen general doméstico y el especial para no residentes (**ring fencing**). Algunos regímenes perjudiciales han sido alojados en Suiza o Luxemburgo.

# “Harmful Tax Competition Report” OECD (1998)

Las características (principales y auxiliares) de los paraísos fiscales están reflejadas en el informe de la OECD sobre “competencia fiscal perniciosa” (*Harmful Tax Competition*) de 1998, las cuales deben concurrir de manera simultánea para que un Estado, jurisdicción o territorio sea considerado como un paraíso fiscal (OECD, 1998, 22).

Las **características principales** son:

- 1) un nivel de tributación bajo o nulo,
- 2) falta de transparencia, especialmente en la aplicación del sistema fiscal,
- 3) falta de intercambio efectivo de información, y
- 4) inexistencia de actividad económica sustancial en su jurisdicción.

Las **características auxiliares** para identificar a las jurisdicciones constitutivas de paraísos fiscales: (i) definiciones artificiales de base imponible; (ii) falta de aplicación de los criterios sobre precios de transferencia elaborados por la OECD; (iii) existencia de exención a las rentas de fuente extranjera; (iv) la posibilidad de negociación, con las autoridades fiscales, de las condiciones de imposición o *rulings*, y (v) la fama internacional reluciente de la jurisdicción como paraíso fiscal o la existencia de autopublicidad (*reputation test*).

# BEPS/OECD (2015 al 2018)

Para la OECD a efectos que un país no sea considerado “paraíso fiscal” exige como mínimo, lo siguiente:

1. El desarrollo de actividad económica sustancial en dichos territorios, argumentando la potestad tributaria de cada Estado.
2. Suscripción de (i) mínimo 12 acuerdos de intercambio efectivo de información con otros Estados o territorios dependientes, luego, (ii) exigió la firma de Tratados Multilaterales de Intercambio de Información Global – los llamados Common Standard Report o GATCA

¿ Por qué eliminar los Tax Havens?

Porque se estima que debido a los paraísos fiscales, los países en desarrollo dejan de percibir impuestos por unos USD 50,000 millones anuales (FMI 2011, 39); que por estos territorios circula la mitad del comercio mundial (unos siete billones de dólares) de los sectores financieros y entre 600.000 y 1,5 billones de dólares de dinero negro (Vallejo Chamorro, 2007, 149), y que del patrimonio financiero de las familias, el 8% a escala mundial y el 12% en la Unión Europea está guardado en los paraísos fiscales (Zucman, 2014, 11). Así mismo, se calcula que hubo una recuperación por parte de 20 países, de 14 mil millones de euros provenientes de más de 100.000 contribuyentes que poseían en el extranjero bienes no declarados (Gurría en Foro Global sobre transparencia e intercambio fiscal, 2011).

## Derecho internacional tributario y paraísos fiscales: BEPS/OECD perspective

- Aplicando legislación internacional, comunitaria o CDI's se puede reducir la carga fiscal de origen y/o destino: (i) escenario normal – si se vende commodities directo desde Perú a India se paga IR de la ganancia; o (ii) escenario anómalo – si se vende a través de un paraíso fiscal y/o con CDI inclusive, se puede pagar 0% ó 15% en fuente (usando país conducto) y luego 5% o menos en el paraíso fiscal de destino.
- Estos países, islas o enclaves geográficos que, mediante regímenes jurídicos opacos y reglamentaciones fiscales muy laxas, ofrecen exenciones y beneficios atractivos para el capital y la actividad financiera de no residentes.
- La expresión de “paraíso fiscal”, se utiliza para identificar aquellos territorios que establecen ventajas fiscales con la finalidad de atraer divisa extranjera y favorecer la economía nacional.
- Algunas *“empresas multinacionales terminan por aprovechar este contexto para reestructurar sus actividades fragmentándolas hacia el interior del grupo económico y hacia el interior de cada entidad, de manera tal de dejar porciones cada vez menores de beneficios de cada entidad, erosionando así la base imponible y desviando los beneficios hacia jurisdicciones que les resultan más convenientes en el marco de su estrategia global, abusando de los criterios de residencia por sobre fuente, a través de jurisdicciones que actúan como conductos (países bajos, Suiza, Mauricio), guaridas fiscales (Islas Caiman, Bermuda) y jurisdicciones con regímenes preferenciales de impuestos (Irlanda, Luxemburgo).”* GRONDONA, Veronica: “Tópicos relevantes para la reunión regional sobre el proyecto BEPS en América Latina y el Caribe”. Ex Gerente PwC Argentina. En: The BEPS Monitoring Group, 2015.
- Surge así la iniciativa BEPS Plan Action donde se recomienda implementación de: (i) el Sexto Método de Transfer Pricing, y (ii) se busca generalizar el CFC

# Características en la Doctrina Internacional

Desde la doctrina también es posible apreciar algunas características atribuibles a los paraísos fiscales, entre ellas:

1. Bajos o nulos impuestos para no residentes;
2. Existencia del secreto bancario y comercial establecido mediante la ley;
3. Legislación financiera y comercial atractiva;
4. Deficiencias en la supervisión y control bancario;
5. Carencia de informaciones y estadísticas completas sobre las operaciones financieras;
6. Inexistencia de control de cambios y libertad total de movimiento de capitales;
7. Regulación y control administrativos escasos;
8. Sistema jurídico flexible y con frecuencia diferente para residentes y no residentes;
9. Volumen de operaciones financieras de no residentes, en moneda no local, desproporcionado con relación a la economía local, y presencia de estabilidad política y económica

MARULANDA, Hugo y HEREDIA, Liliana: “Paraísos fiscales”. En: Revista de Derecho Fiscal, Colombia, 2016

# Efectos perniciosos que generan los paraísos fiscales

**Los paraísos fiscales fomentan la evasión  
de impuestos**

**Los paraísos fiscales generan pobreza  
en los países en desarrollo**

**Los paraísos fiscales son refugio para  
el blanqueo de capitales y la financiación  
del terrorismo**

**OJO:** No necesariamente un Paraíso Fiscal fomenta evasión o lavado de activos, sino que también puede ser una herramienta de competencia inter-países como atractivo de inversión para el empresario.

## Países con tributación ordinaria y países con nula o baja tributación

- “La cuestión de la residencia versus fuente no puede ser evitada. (...) tratar de reforzar la tributación en base al principio de la residencia, para evitar el problema (...) de las empresas que trasladan sus casas matrices al extranjero a través de la reactivación de normas sobre “Controlled Foreign Corporations” (CFC) no puede proporcionar un método racional de grabar las empresas que se están haciendo cada vez más transnacionales; la economía globalizada de hoy exige un enfoque más global del problema.” (GRONDONA – 2015).
- “Respecto de las deducciones en concepto de préstamos intragrupo: la realidad es que los grupos económicos centralizan hoy sus funciones de “tesorería” en entidades localizadas en jurisdicciones específicas; y se abusa de los préstamos para la erosión de la base imponible y el desvío de ganancias, cuando los mismos pagos en concepto de préstamos deberían ser considerados, por su naturaleza como transferencias de capital. Es por estos motivos que de ser aplicado el “financiamiento islámico” hacia el interior de grupos transnacionales resultaría en una mayor erosión de la base imponible y desvío de las ganancias”. (GRONDONA – 2015)

# Países con con nula o baja tributación

1.-Existen paraísos fiscales que dan preferencia a la presencia de personas naturales siendo atraídas por:

Andorra

Campione

Mónaco

2.- Paraísos fiscales que acogen a las personas jurídicas:

Jersey

Liechtenstein

Nauru

3.- Paraísos fiscales denominados mixtos:

Bahamas

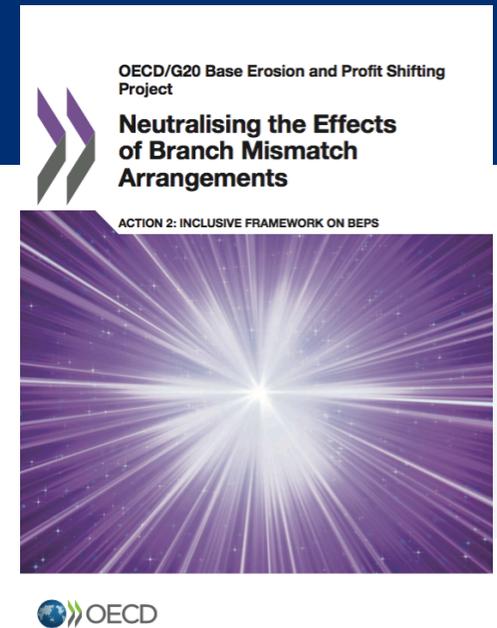
Islas Caimán

# Cláusulas Específicas Antielusivas sobre Anti-Paraísos

- Operaciones y gastos con paraísos fiscales – solo deducen gastos financieros, seguros, canal de panamá
- Transfer Pricing
- Subcapitalización para vinculados o no vinculados si se usa paraísos
- Instrumentos Financieros Derivados – “no tax hedge”
- Controlled Foreign Corporated (CFC) o Transparencia Fiscal Internacional (TFI) – “tax accrual”
- Enajenación indirecta de acciones – “holdings tax haven”
- Fideicomisos – income tax deferral entre vinculados y tax haven

# BEPS PLAN ACTION 2 : INSTRUMENTOS FINANCIEROS HÍBRIDOS

Por Michael Zavaleta, Socio Tax & Legal ZavaRod



## Financial Accounting Standards Board issued Statement of Financial Accounting Standards (FASB) N° 133, “Accounting for Derivative Instruments and Hedging Activities”

- *Paragraph 12 of Statement 133 requires that an embedded derivative instrument be separated from the host contract and accounted for as a derivative instrument pursuant to the Statement if certain criteria are met unless a fair value election is made pursuant to Statement 155. (Note that Statement 155 was issued in February 2006 and allows for a fair value election for hybrid financial instruments that otherwise would require bifurcation. Hybrid financial instruments that are elected to be accounted for in their entirety at fair value cannot be used as a hedging instrument in a Statement 133 hedging relationship.) The embedded derivative provisions of Statement 133 do not provide explicit guidance regarding hybrid instruments that contain more than one embedded derivative feature and how such embedded features should be accounted for. Certain of the example hybrid instruments presented in Section 2 of Appendix B of Statement 133, “Examples Illustrating Application of the Clearly-and-Closely-Related Criterion to Derivative Instruments Embedded in Hybrid Instruments,” contain more than one embedded derivative feature (refer to Examples 15 and 16 regarding range floaters and ratchet floaters, respectively), but none of those multiple embedded derivatives require separate accounting.*

# Definiciones IFRS 9 y NIC 39

- **NIC 39: 10.-** Un derivado implícito es un componente de un instrumento financiero híbrido (combinado) que también incluye un contrato principal no derivado (denominado en lo sucesivo anfitrión), cuyo efecto es que algunos de los flujos de efectivo del instrumento combinado varían de forma similar al derivado, considerado de forma independiente... Un derivado implícito provoca que algunos de los flujos de efectivo de un contrato (o todos ellos) se modifiquen de acuerdo con una tasa de interés especificada, el precio de un instrumento financiero, el de una materia prima cotizada, una tasa de cambio, un índice de precios o de tasas de interés, una calificación o un índice de carácter crediticio, o en función de otra variable, que en el caso de no ser financiera no sea específica para una de las partes del contrato.
- **IFRS 9: 4.3.1.-** Un derivado implícito es un componente de un contrato híbrido, en el que también se incluye un contrato anfitrión que no es un derivado, con el efecto de que algunos de los flujos de efectivo del instrumento combinado varíen de forma similar a un derivado sin anfitrión. Un derivado implícito provoca que algunos o todos los flujos de efectivo que de otra manera serían requeridos por el contrato se modifiquen de acuerdo con una tasa de interés especificada, el precio de un instrumento financiero, el de una materia prima cotizada, una tasa de cambio de moneda extranjera, un índice de precios o de tasas de interés, una calificación u otro índice de carácter crediticio, o en función de otra variable...
- **NIC 32: 11,(...) (b), (ii):** A este efecto, los derechos, opciones o certificados de opciones para compra de acciones (warrants) para adquirir una cantidad fija de los instrumentos de patrimonio propio de la entidad por un importe fijo de cualquier moneda son instrumentos de patrimonio si la entidad ofrece los derechos, opciones o certificados de opciones para compra de acciones (warrants) de forma proporcional a todos los propietarios existentes de la misma clase de sus instrumentos de patrimonio no derivados propios

# Fuentes de Financiamiento

1. Capital,

2. Deuda,

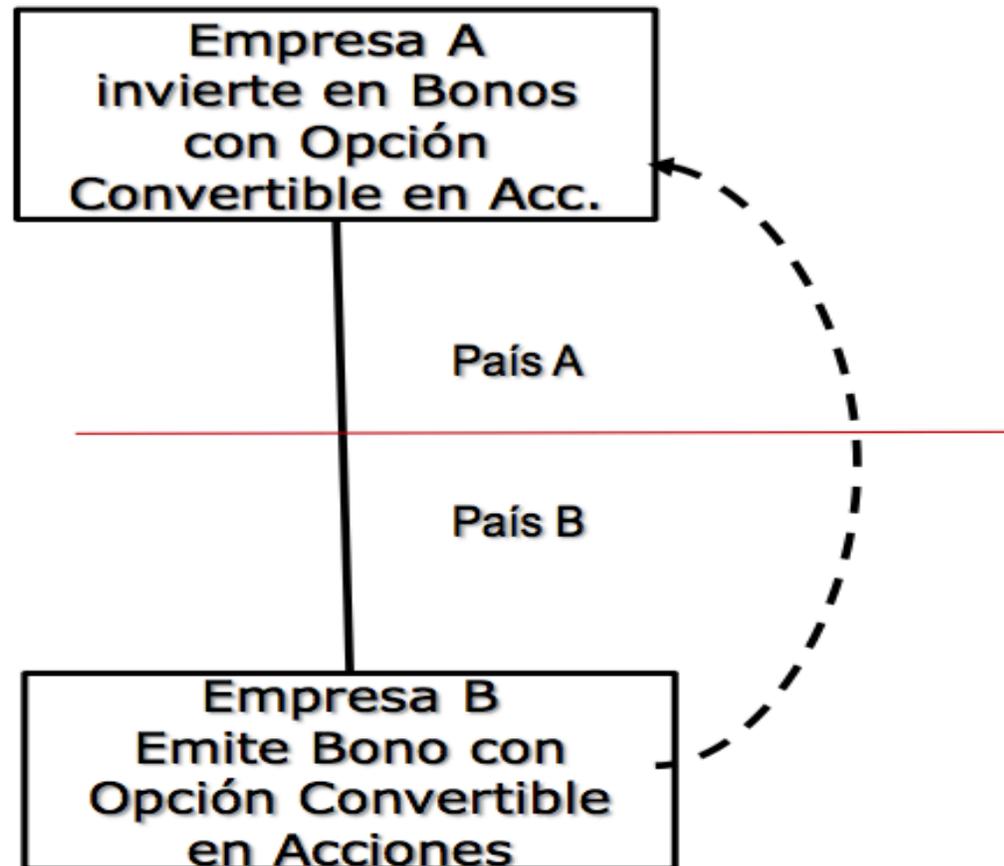
3. **Deuda/Capital (Híbridos):** (i) las acciones preferentes u obligaciones convertibles o deuda a largo plazo; (ii) Profit participation loans; (iii) Préstamos a largo plazo o perpetuos; (iv) Préstamos convertibles o warrant loans. En USA y RU consideran estos instrumentos como parte del capital propio para efectos impositivos, con lo cual los dividendos preferentes se pagan con el beneficio después de impuestos, y no serían gasto deducible.

4. **Opciones:** La opción más simple es el derecho preferente de suscripción que da a su poseedor el derecho de comprar una acción a un precio establecido en una fecha determinada. Cuando la opción está referida a acciones del propio emisor, se considera instrumentos de patrimonio.

# Clases de Híbridos

1. Instrumentos de deuda cuyos intereses se determinan en función de la evolución de la empresa prestataria (utilidades, volumen de negocio, etc).
2. Instrumentos de deuda subordinados, caracterizados por la participación del acreedor en el riesgo empresarial, aun cuando no sean socios.
3. Instrumentos de deuda convertibles en acciones a un tipo de cupón fijo, dependiendo de su caracterización pueden tener diferentes manifestaciones.

# Clases de Híbridos



## Intereses

*Ingreso*



*Gasto/dividendo*

## Opción

*Gasto/Costo/Ganancia*



*Gasto/Ingreso/dividendo*

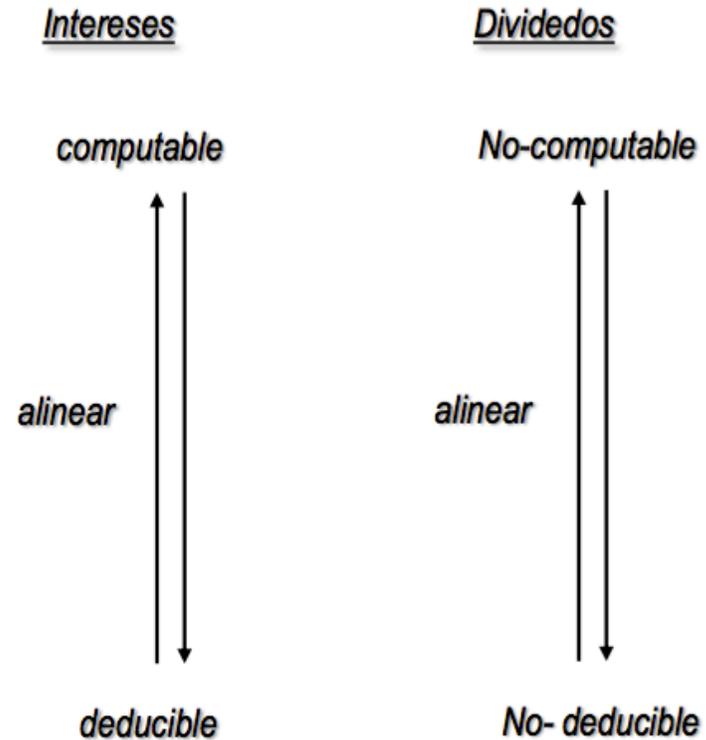
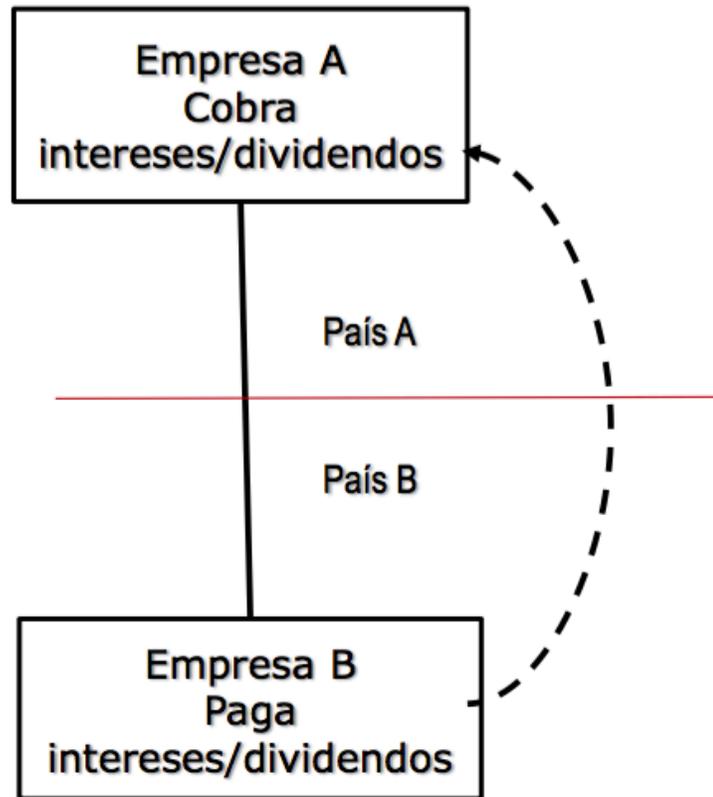
# Clases de Híbridos

4. Acciones preferentes, las cuales otorgan a su tenedor la condición de accionista del emisor sin derecho de voto, quedando determinada la remuneración periódicamente pactada y el reembolso del nominal en su caso.
5. Valores emitidos por subsidiarias incorporadas con el objeto de aislar a dicha entidad de los riesgos financieros del grupo.
6. Instrumentos híbridos de deuda perpetua o a muy largo plazo.

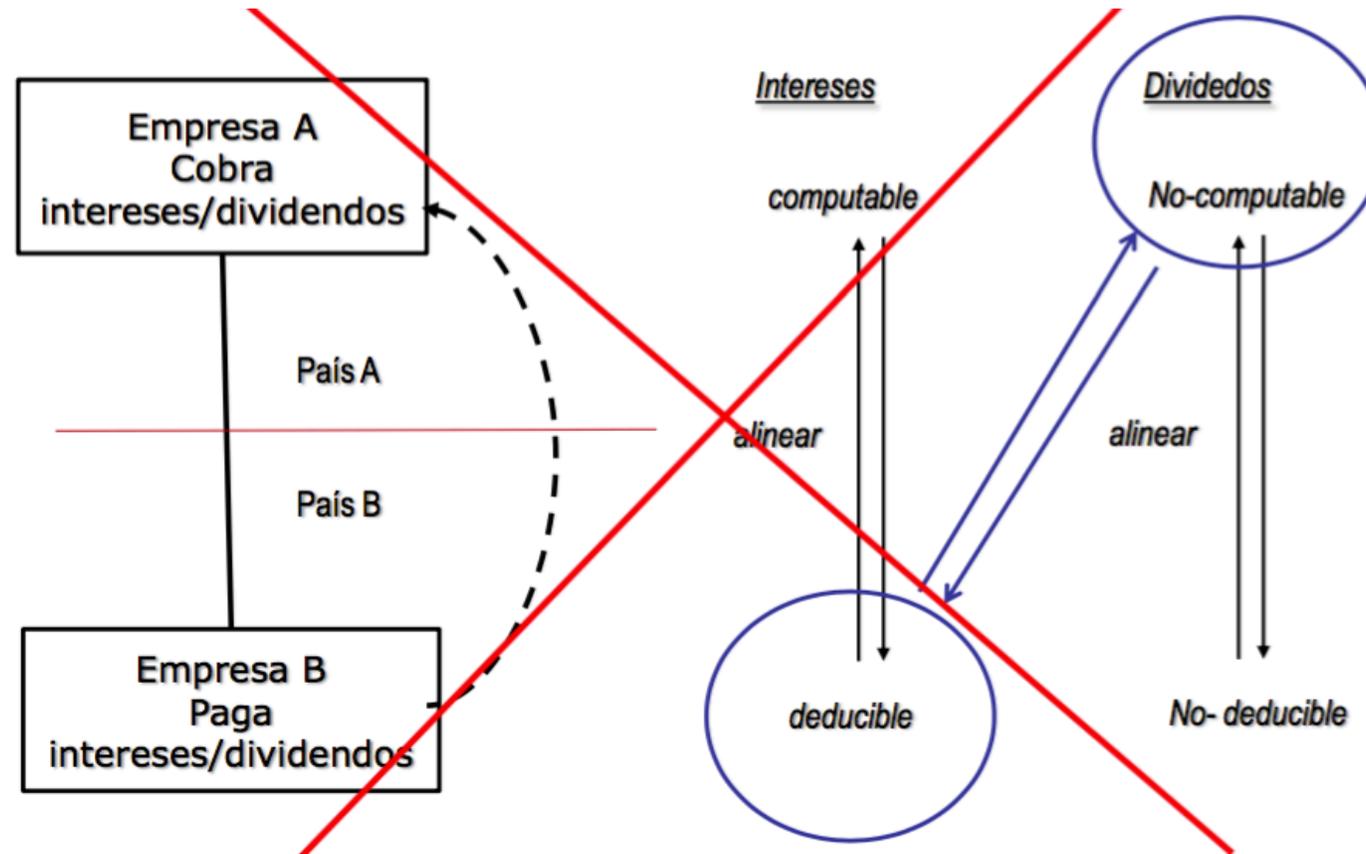
# BEPS ACTION PLAN 2: HYBRIDS MISMATCH ARRANGEMENTS

- **Cambios al MCDI de la OCDE** para asegurarse que los instrumentos y entidades híbridas (así como las entidades con doble residencia) no se utilicen para obtener indebidamente los beneficios de los tratados;
- **Disposiciones en el derecho interno** que impidan la exención o el no reconocimiento de los pagos que son deducibles por el pagador;
- **Disposiciones en el derecho interno** que nieguen la deducción por un pago que quien recibe no deba incluirlo en su renta; (siempre que no está sujeta a la imposición según normas CFC o similares)
- **Disposiciones en el derecho interno** que nieguen una deducción por un pago que también sea deducible en otra jurisdicción; y
- Orientación sobre cláusulas de coordinación o de resolución de conflictos si hay más de un país que pretenda aplicar esas normas a una transacción o estructura.

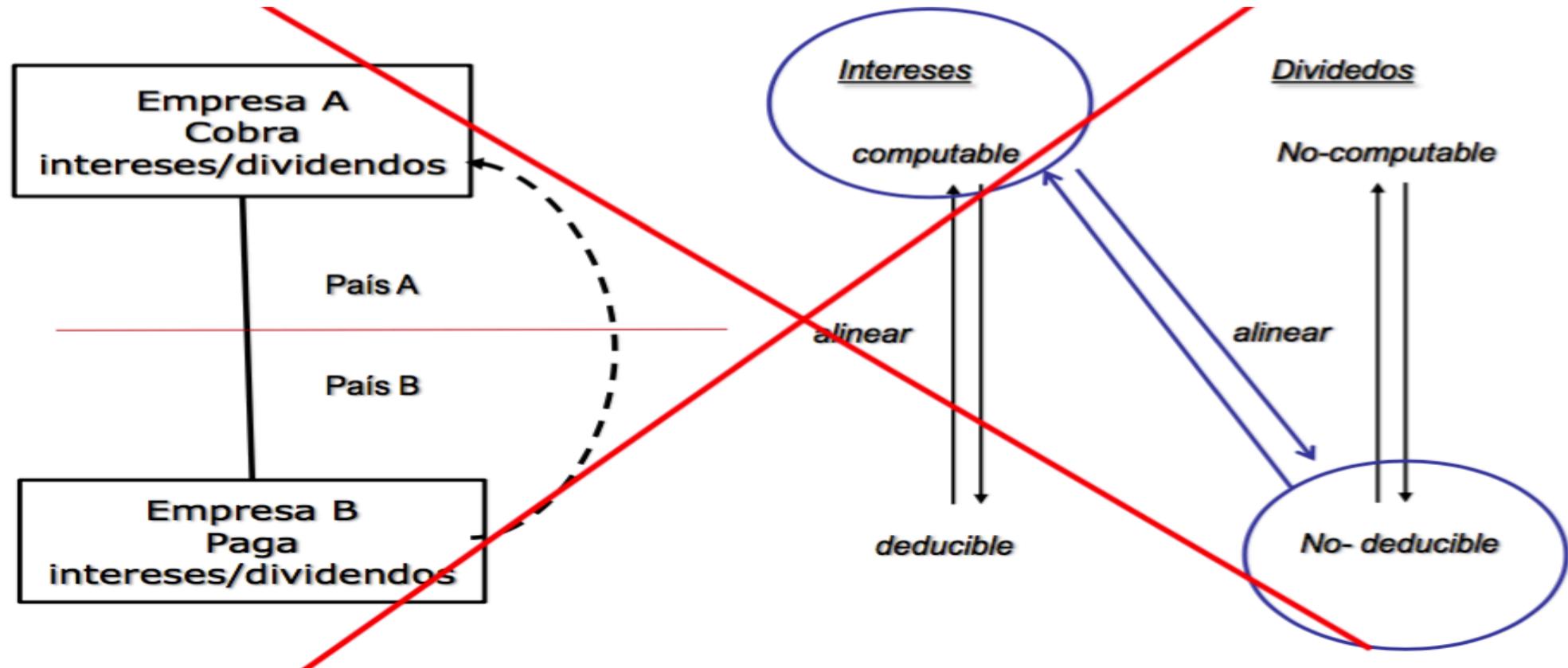
# BEPS ACTION PLAN 2: HYBRIDS MISMATCH ARRANGE



# BEPS ACTION PLAN 2: HYBRIDS MISMATCH ARRANGEMENTS



# BEPS ACTION PLAN 2: HYBRIDS MISMATCH ARRANGEMENTS



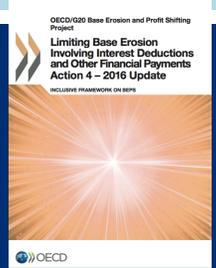
# Mecanismos para limitar la deducción de intereses

1. **Regla de subcapitalización (thin capitalization rule):** Solo se deduce 3:1 vinculados o no.
2. **Earning stripping rule:** Limitan la posibilidad de deducción de intereses de deuda del propio grupo o garantizada por vinculados no-residentes u otras personas exoneradas de impuestos
3. **Arm's length principles**
4. **Notional Interest Deduction:** Mecanismo para equiparar el costo/deducción fiscal entre operaciones de deuda y capital.

## Uso de Híbridos - Earnings Stripping (Usando deducciones por intereses)

- Cuando tienen renta positiva en la compañía latinoamericana de inversionistas países ricos
- Deducción impositiva por intereses pagados a la deuda
- Pero no retención de impuesto (por tratado o exención)
- Limitaciones de deducción deben ser consideradas
  - limitación de deuda a capital (thin cap rules).
  - intereses menos del 50% de EBITDA – es interesante financieramente
- Tratados (menos retención) vs. deuda de portafolio (no aplica retención)
- Deuda de portafolio
  - No de un banco
  - En forma registrada
  - No de un accionista que tiene % del voto

# BEPS ACTION PLAN 4: INTEREST DEDUCTIONS



Limitar la erosión de la base mediante deducciones de intereses y otros pagos financieros:

*Desarrollar recomendaciones sobre las mejores prácticas en el **diseño de normas** para prevenir la erosión de la base mediante el uso de gastos por intereses, por ejemplo mediante el uso de deuda de partes relacionadas y de terceros para lograr **excesivas deducciones de interés** o para financiar la producción de ingresos exentos o diferidos y otros pagos financieros que son económicamente equivalentes a pagos de intereses. También se desarrollará una guía sobre **precios de transferencia** con respecto al monto de las transacciones financieras vinculadas, incluyendo garantías y resultados financieros, derivados (incluyendo derivados internos utilizados en transacciones bancarias internas) y otros mecanismos cautivos y de seguros. El trabajo será coordinado con el trabajo sobre híbridos y las normas CFC.*

# BEPS ACTION PLAN 4: INTEREST DEDUCTIONS

## Limite EBITDA:

*Deducción de gastos por intereses como % del EBITDA (Thin cap rule)*

*Antecedentes:*

Under the German rules, the deductibility of interest is limited if both (i) the debt:equity ratio of a German entity exceeds the debt:equity ratio of the worldwide affiliated group; and (ii) the German interest expense exceeds 30% of EBITDA. The thin cap rules are applied on a group-wide basis if the German group files a consolidated return.

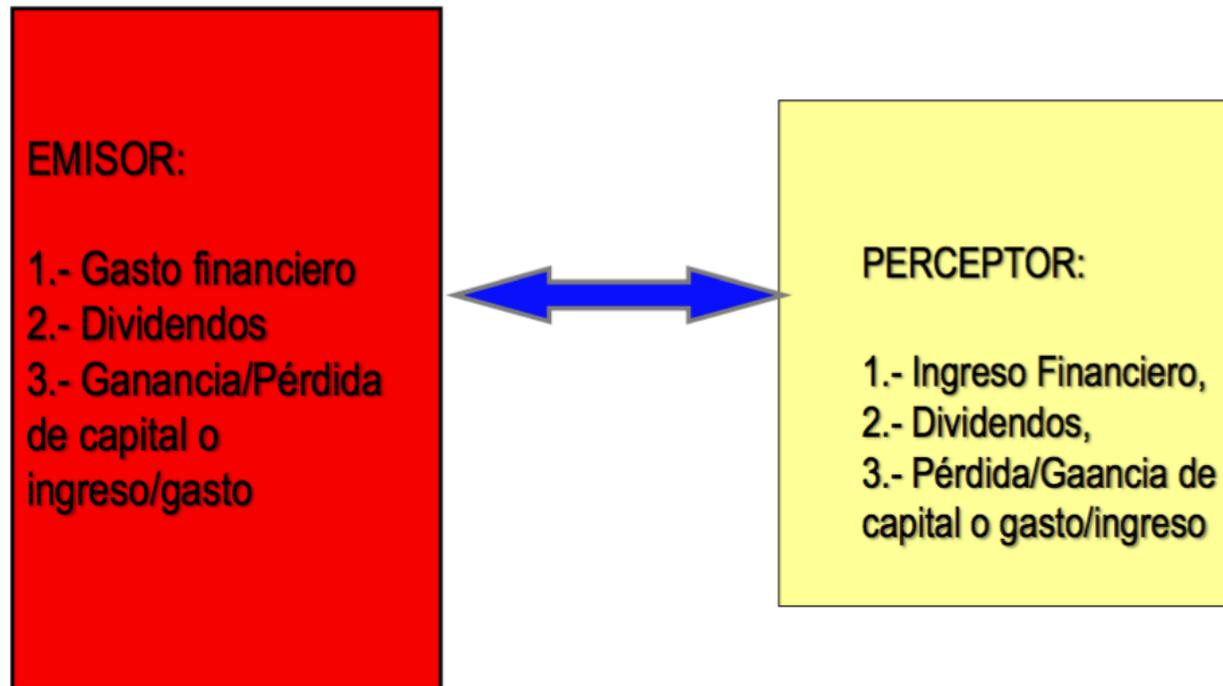
# DIVIDENDOS E INTERESES EN MCOECD Y CAN

- **OECD Dividendos:** El término “dividendos”, en el sentido de este artículo, significa las rentas de las acciones, de las acciones o bonos de disfrute, de las participaciones mineras, de las partes de fundador u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como las rentas de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones por la legislación del Estado de residencia de la sociedad que hace la distribución.
- **OECD Intereses:** El término “intereses”, en el sentido de este artículo, significa las rentas de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantía hipotecaria o cláusula de participación en los beneficios del deudor, y en particular las rentas de valores públicos y las rentas de bonos y obligaciones, incluidas las primas y premios unidos a esos títulos. Las penalizaciones por mora en el pago no se consideran intereses a efectos del presente artículo.
- **CAN: Dividendos: ¿? CAN Intereses:** rendimientos de cualquier naturaleza, incluidos los rendimientos financieros de créditos, depósitos y captaciones realizados por entidades financieras privadas, con o sin garantía hipotecaria, o cláusula de participación en los beneficios del deudor, y especialmente, las rentas provenientes de fondos públicos (títulos emitidos por entidades del Estado) y bonos u obligaciones, incluidas las primas y premios relacionados con esos títulos. Las penalizaciones por mora en el pago atrasado no se considerarán intereses a efecto del presente articulado. En ambos casos CAN solamente se tributa en fuente.
- **US Model:** Income from shares or other rights, not being debt-claims, participating in profits, as well as income that is subject to the same taxation treatment as income from shares under the laws of the State of the State of which the payer is a resident.

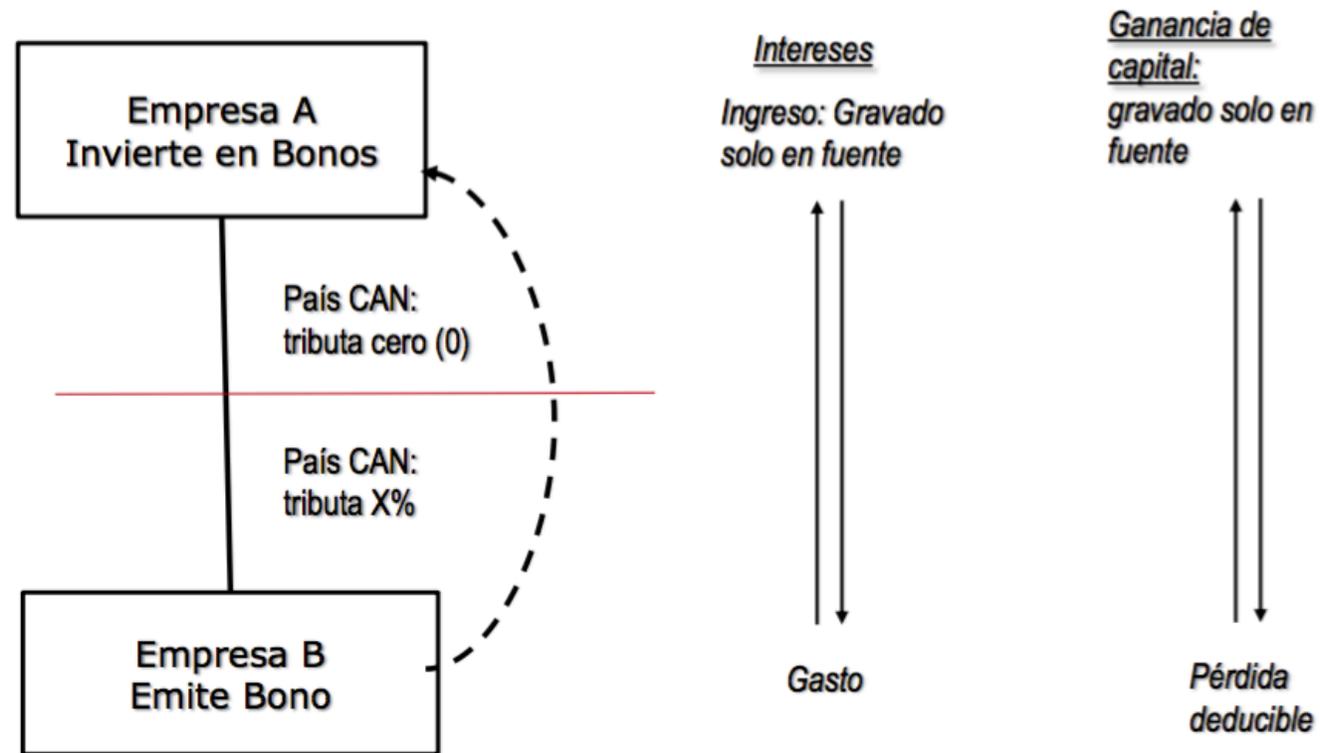
Conforme a los CDIS de USA, si la legislación local considera la renta como un dividendo (Híbridos) se considerara dividendo para efectos del CDI.

# DIVIDENDOS E INTERESES EN MCOECD Y CAN

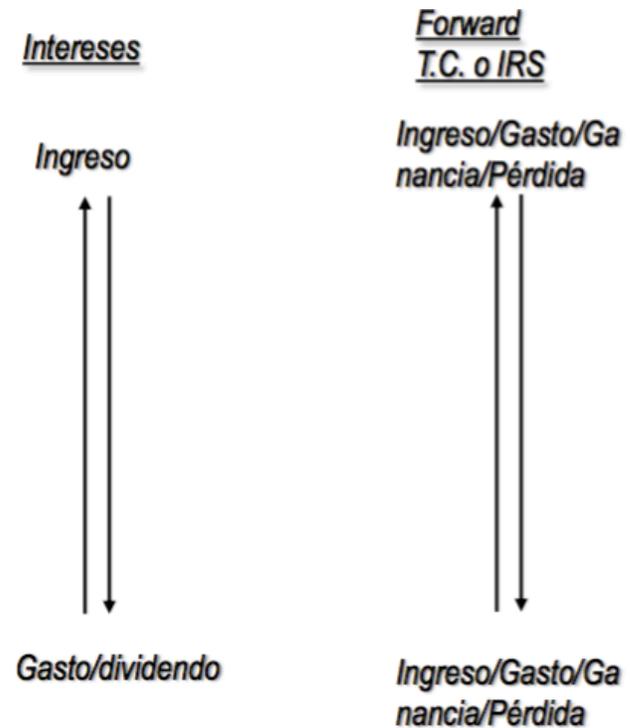
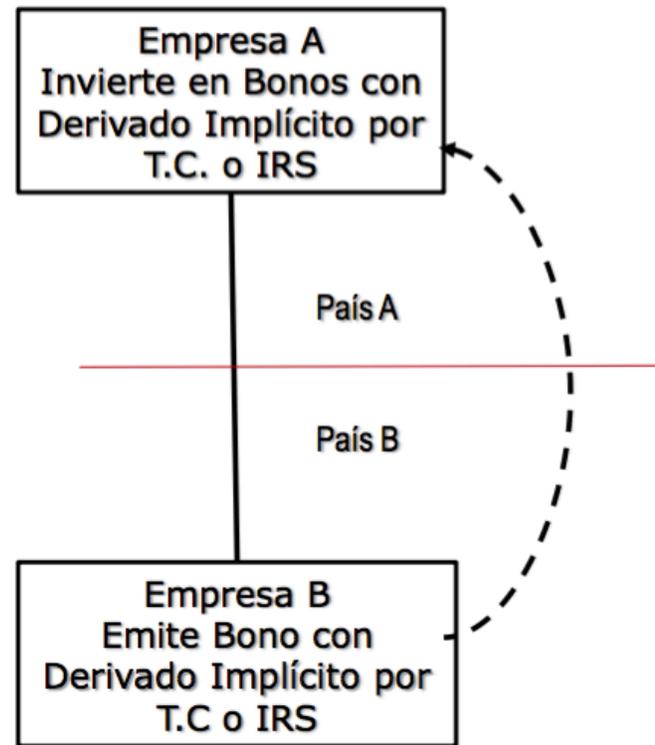
## ***SIMETRIAS NATURALES***



# DIVIDENDOS E INTERESES EN MCOECD Y CAN

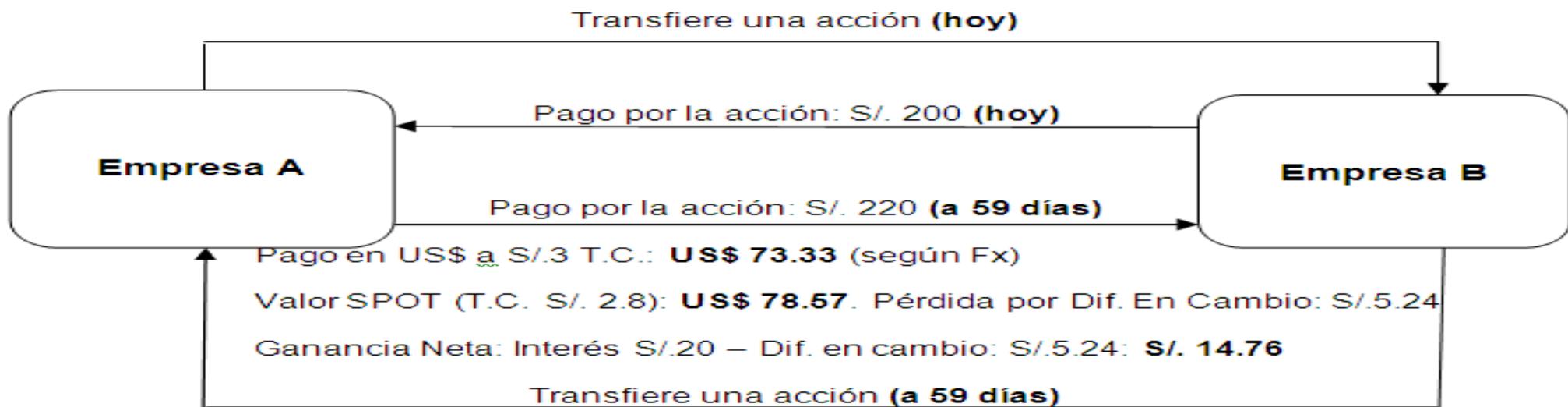


# DIVIDENDOS E INTERESES EN MCOECD Y CAN

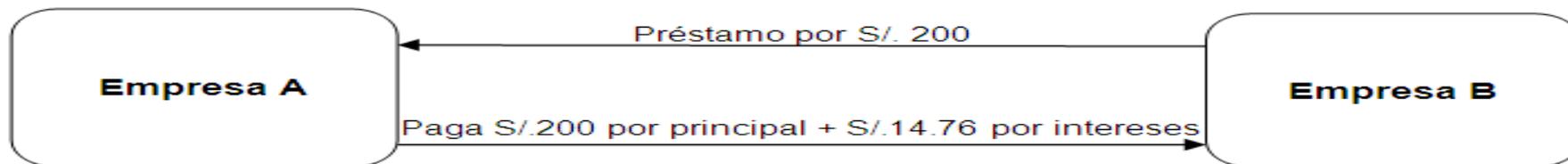


## Préstamo Sintético con Fx derivative fijo:

- Se adquiere una acción por S/. 200
- Se pacta un Forward a 59 días para vender la acción a S/. 220 pagables en dólares canadienses CAD\$
- El tipo de cambio del dólar canadiense sería US\$ 1 por S/. 3; siendo que a la liquidación el tipo de cambio en el mercado cierra a S/. 2.8 por CAD\$ 1.
- Interés encubierto: S/. 20
- Fx encubierto:  $S/. 5.24 ( S/. 220 \times T.C \text{ Fx } S/.3 - S/. 220 \times T.C. S/. 2.8)$
- Ganancia Neta: S/. 14.76
- Este monto se encubre como ganancia de capital, lo cual otorga un tratamiento tributario beneficioso.



- Transacción Equivalente:



## Préstamo Sintético con Fx derivative fijo:

En este esquema del caso A de apariencia jurídica de *capital gains*, como se puede apreciar los S/. 14.76 podría recalificarse como *intereses encubiertos* si se utiliza alguna cláusula general antielusiva de recalificación en el Derecho Continental Europeo o de *substance over form*, el cual también existe en Canada y USA.

Bajo la legislación peruana si un domiciliado celebra con un no domiciliado un préstamo éste tributaría 4.99% por los intereses vs el 30% por el extremo de la parte Fx, el cual tiene 30% por ser menor a 60 días el instrumento financiero derivado con un subyacente de tipo de cambio; *ceteris paribus*, si la operación se califica como ganancia de capital podría tributar 0% si la operación pasa por Bolsa de Valores de Lima y es persona física en el país de la fuente.

Si trasladamos este problema del caso A en el contexto de un Ordenamiento interno a uno internacional donde convergen dos o más legislaciones tributarias e, inclusive, un CDI podría ser ganancia de capital para un país (Perú) y un préstamo para otro (Canadá o Chile) o viceversa e, inclusive, encontrar además una operación encubierta de Fx con sus consecuencias diferenciadas fiscalmente.

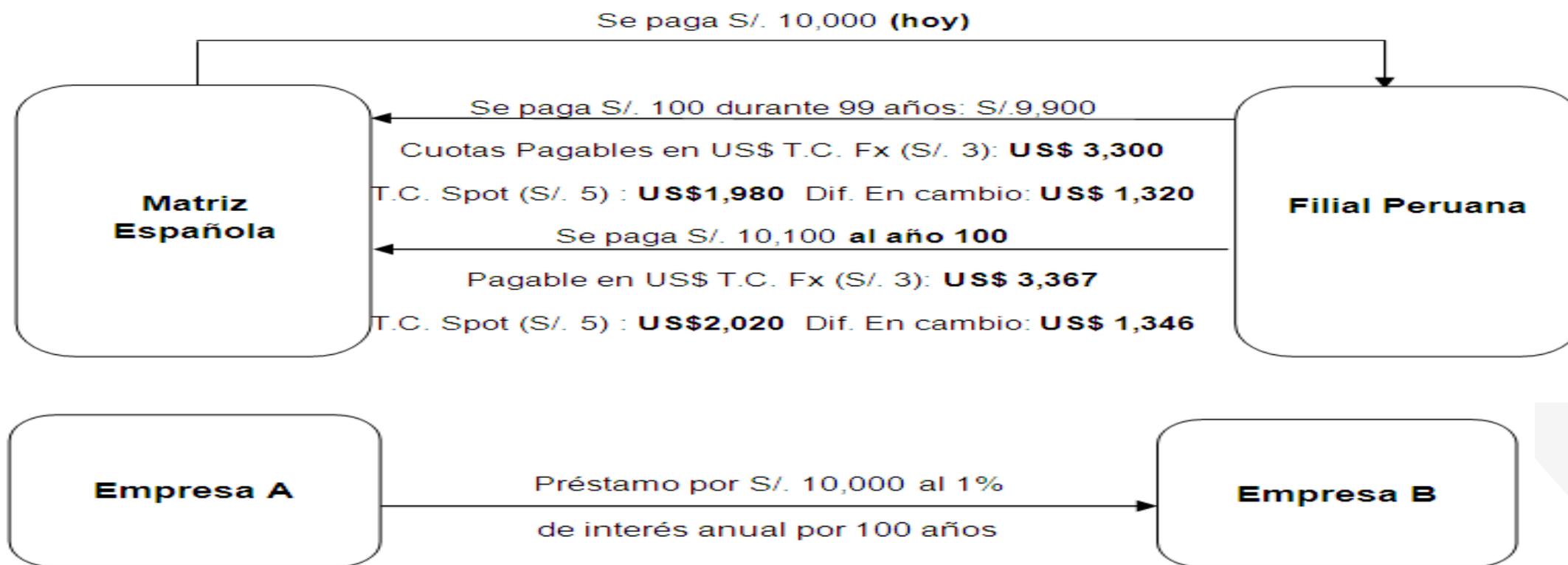
Adviértase de este caso A que, el rol de híbrido es importante para el estructurador porque así puede adaptarse a lo que más convenga fiscalmente en distintas jurisdicciones.

## CREDIT CURRENCY SWAP de Pagos con cláusula *Fx*:

### CREDIT CURRENCY SWAP de Pagos con cláusula *Fx*:

- Se pacta un swap de pagos con plazo de 100 años, de Matriz Canadiense a través de ETVE Española a filial peruana
- Condición con pacto de riesgo, es decir, si la empresa quiebra no se devuelven el capital ni los intereses
- Interés encubierto: S/. 10,000
- Efecto en diferencia en cambio: US\$ 1,320 + US\$ 1,346: US\$ 2,666 de pérdida para Filial peruana.
- Este monto se encubre como dividendos, siendo así tributaría 5%, ya que los intereses según la legislación peruana tributan con tasa del 30% entre partes vinculadas.

CASO B.



## CREDIT CURRENCY SWAP de Pagos con cláusula *Fx*:

En este esquema se pueden apreciar la operación de un Préstamo, encubierto como Swap de pagos. Como bien planteaba el español Felix VEGA, en torno al instrumento financiero derivado, el *swap* (...) la calificación que deben recibir los rendimientos o pérdidas derivadas de la operación de swap.

Téngase en cuenta que el beneficio o pérdida sólo se produce cuando se compensan los pagos que las partes realizan entre sí en virtud del contrato de swap. La doctrina, mayoritariamente, califica los rendimientos que se producen como ganancia o pérdida patrimonial, cuando el contrato se realiza con fines exclusivamente especulativos, o bien como rendimiento empresarial, cuando la entidad que realiza la operación es una entidad financiera o por una empresa en el curso ordinario de sus negocios y para la cobertura de los riesgos de la evolución de los intereses. No obstante, en determinados casos las Administraciones tributarias han pretendido calificar como interés (rendimiento de capital mobiliario) esta operación. Interesan, sin embargo, las implicaciones que tendría desde el punto de vista de la fiscalidad internacional si se califica la operación como interés”.

# Sobre el Socio Principal & CEO de ZavaRod

**Michael Zavaleta A.**



**Socio & Director Ejecutivo  
ZavaRod**

*MBA por la UNIR – España. Abogado y Arbitro del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (España) y del Colegio de Abogados de Lima (Perú). Past Presidente del Comité Latinoamericano de Tributaristas (COLATRI) de la Federación Latinoamericana de Bancos - (Felaban) 2015, 2014 y 2013. Doctor en Derecho por la Universidad de Castilla – La Mancha (España). Diploma de Estudios en Derecho Tributario Europeo por la Universidad Castilla - La Mancha (España). Máster (Título Propio) en Derecho Tributario y Fiscalidad Internacional por la Universidad Castilla - La Mancha (España). Miembro del Consejo Científico Editorial de la Academia Tributaria das Américas (ATA) – Brasil.*

*Past Presidente de la Comisión de Tributaristas de la Asociación de Bancos del Perú (ASBANC) por los años 2015, 2014, 2013, 2012, 2008, 2006, 2004 y 2003. Past Presidente del Comité Tributario del American Chamber of Commerce of Perú (AmCham Perú) por los años 2010, y 2011. Miembro del Comité de Asuntos Tributarios y Económicos de la Confederación de Empresas Privadas del Perú (CONFIEP).*

*Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Miembro de los Colegios de Abogados de Madrid (ICAM - España) y de Lima. Arbitro por ICAM y por CCL (Perú).*

*Miembro del Instituto Peruano de Derecho Tributario (IPDT). Miembro de la International Fiscal Association (IFA). Miembro del Staff de Árbitros de la Cámara de Comercio de Lima.*

[michael.zavaleta@zavarod.com](mailto:michael.zavaleta@zavarod.com)

[www.zavarod.com](http://www.zavarod.com)

**ZAVAROD®**

# ZavaRod

 Calle 20 (Los Jilgueros) N°192, Urb. Corpac – San Isidro, Lima – Perú.

 +51 (01) 3654581 / +51957826124

 michael.zavaleta@zavarod.com

 www.zavarod.com

 ZavaRod Consulting

 ZavaRod Consulting