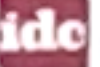


Through the above initiatives, we hope to ensure that developing countries not only participate but also fully benefit from the international negotiations on tax, therefore helping them to build fairer tax systems. 

ONU en Nueva York, reafirmando los objetivos comunes de las cuatro organizaciones internacionales socias en relación con la agenda fiscal. Estos incluyen cómo movilizar los recursos domésticos para el desarrollo, cómo las políticas fiscales pueden apoyar el crecimiento económico, la inversión y el comercio sustentables; trabajo en la dimensión social de la tributación (inequidad de ingreso y género y desarrollo humano) así como desarrollo de capacidad y cooperación fiscal internacional.

A través de las iniciativas anteriores, esperamos asegurar que los países en desarrollo no participen únicamente sino se beneficien plenamente de las negociaciones internacionales sobre tributación, y como consecuencia de ello les ayude a construir sistemas fiscales más justos. 

Entrevista por el
Lic. Jesús Aldrin Rojas
 QCG Transfer Pricing Practice
 Traducción por Luer Traductores Asociados S.C.
 Edición de la traducción: Lic. Jesús Aldrin Rojas

M | **MICHIGAN LAW** UNIVERSITY OF MICHIGAN

Reuven S. Avi-Yonah
 Teacher of the University
 of Michigan

THE TRIUMPH OF BEPS: US TAX REFORM AND THE SINGLE TAX PRINCIPLE

The Tax Cut and Jobs Act (TRA17) as passed by the House on November 16 and by the Senate on December 2, 2017, contains multiple provisions that incorporate the principles of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) into domestic US tax law. Together with the changes in the 2016 model US tax treaty, these provisions mean that the US is following the EU and China in implementing BEPS and in particular its underlying principle, the single tax principle (i.e., all income should be subject to tax once: passive income at the residence state rate and active income at a minimum source tax rate). This represents a triumph for the G20/OECD and is incongruent with the generally held view that the US will never adopt BEPS.

EL TRIUNFO DEL PLAN BEPS: LA REFORMA FISCAL DE LOS EUA Y EL PRINCIPIO DEL IMPUESTO ÚNICO

La *Tax Cut and Jobs Act* (TRA17) aprobada por la Cámara de Diputados el 16 de noviembre y por el Senado el 2 de diciembre de 2017, contiene diversas disposiciones que incorporan los principios del plan BEPS de la OCDE/G20 a las leyes fiscales domésticas de los EUA. Junto con los cambios en el tratado fiscal modelo de los EUA para el año 2016, estas disposiciones implican que los EUA están siguiendo a la Unión Europea (UE) y China en la implementación de las recomendaciones del plan BEPS y en particular su principio subyacente, el principio de impuesto único (esto es, todos los ingresos deberán estar sujetos a impuesto una vez: ingreso pasivo a la tasa del estado de residencia e ingreso activo a una tasa mínima en el estado de la fuente). Esto representa un triunfo para el G-20 y la OCDE y es incongruente con la visión generalmente sostenida de que los EUA jamás adoptarían el plan BEPS.

The US and BEPS

From 2013 to 2015, the US participated in the OECD/G20 effort to limit BEPS. However, until recently, the general view was that following the conclusion of the BEPS negotiations and the change of Administration the US is stepping back from the BEPS process. While the EU was charging ahead with implementing BEPS through the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD), the US stated that it was already in compliance with all BEPS minimum standards and therefore other than Country by Country (CBC) reporting it had no further BEPS obligations. The US refused to join the Multilateral Instrument (MLI) to implement BEPS into tax treaties, and did not join the common reporting standards (CRS) to further automatic exchange of information, leading the EU to call it a tax haven. The US did adopt BEPS provisions in its model tax treaty, but those have not been implemented in any actual US treaty.¹ Thus, most observers believe that the US has abandoned the BEPS effort.

But this view is wrong. The current tax reform legislation in both the House version (TRA17H) and Senate version (TRA17S) clearly relies on BEPS principles and in particular on the single tax principle.² This represents a triumph for the G20/OECD and is incongruent with the generally held view that the US will never adopt BEPS.

The House Bill (TRA17H)

TRA17H has three BEPS related provisions: A tax on past offshore accumulations, a tax on future offshore accumulations, and a tax on base erosion payments to related parties.

PAST ACCUMULATIONS

TRA17H, section, 4004, imposes a 14 % tax on past accumulations of cash or cash equivalents, and 7 % on illiquid assets, payable over eight years.

The accumulation of offshore profits by US multinationals in low tax jurisdictions has been the focus of significant concern and a primary driver of the BEPS effort. The EU ATAD and State Aid as well as the UK Diverted Profits Tax (DPT) and current discussion on the digital economy all reflect these concerns. The imposition of US tax on past profits is insufficient, because there is no policy rationale for not taxing these profits in full (since they have been earned, there is no competitiveness or neutrality argument). But given that most MNEs do not have a tax reserve for such payments on permanently invested income and their lobbying clout, this is the best that could be expected. The rate is similar to the proposed rate under President Obama and much higher than what the EU Commission has demanded from Apple in the State Aid context (Apple

Los EUA y BEPS

De 2013 a 2015, los EUA participaron en los esfuerzos de la OCDE/G20 para limitar la erosión de la base gravable y la transferencia de utilidades. Sin embargo, apenas recientemente, el punto de vista general fue que al concluir las negociaciones del plan BEPS y ante el cambio de administración en el gobierno norteamericano, los Estados Unidos estarían retrocediendo en la instrumentación de las medidas del plan BEPS. Mientras la UE se estaba apresurando con la implementación del plan BEPS a través de la Directiva para Evitar la Evasión Fiscal (*Anti Tax Avoidance Directive*, ATAD), los EUA declararon que ya estaban en cumplimiento con todos los estándares mínimos del plan BEPS y por lo tanto ya no tenía ninguna otra obligación distinta más que la relacionada al reporte país por país (CBC, por las siglas en inglés de country by country report). Los EUA se rehusaron a adherirse al Instrumento Multilateral (MLI, por las siglas en inglés de *Multilateral Instrument*) para implementar las recomendaciones del plan BEPS en sus tratados fiscales, y tampoco se adhirieron a los estándares de reporte común (CRS, por las siglas en inglés de Common Reporting Standards) para el intercambio automático de información, lo que hizo que la Unión Europea llamara a los EUA un paraíso fiscal. Los EUA adoptaron las disposiciones de los BEPS en su tratado fiscal modelo, pero estos cambios aún no han sido implementados en ningún tratado actual de los EUA en materia de doble tributación.¹ Por lo tanto, la mayor parte de los observadores consideran que los EUA han abandonado los esfuerzos BEPS.

Pero esta visión está equivocada. La actual reforma legislativa fiscal tanto en la versión de la Cámara de Diputados (TRA17H) y la visión del Senado (TRA17S) claramente se basa en los principios BEPS y en particular en el principio de impuesto único. Esto representa un triunfo para la OCDE y el G20 y es incongruente con la visión generalmente sostenida de que los EUA jamás adoptarán las recomendaciones del plan BEPS.

Iniciativa de la Cámara de Diputados (TRA17H)

TRA17H tiene tres disposiciones relativas a BEPS: Un impuesto sobre acumulaciones en el extranjero pasadas; un impuesto sobre acumulaciones en el extranjero futuras, y un impuesto sobre pagos de erosión de la base gravable para partes relacionadas.

ACUMULACIONES PASADAS

La sección 4004 de TRA17H impone un impuesto del 14 % sobre acumulaciones pasadas de efectivo y equivalentes de efectivo, y 7 % sobre activos ilíquidos, pagaderos durante un periodo de ocho años.

La acumulación de utilidades en el extranjero por las multinacionales en los EUA en jurisdicciones de baja imposición fiscal ha sido una de las principales preocupaciones y un detonante principal del esfuerzo BEPS. La directiva ATAD de la UE y sus reglas de ayuda estatal, así como el impuesto a las utilidades transferidas del Reino Unido (DPT, por las siglas en inglés de *diverted profit tax*) y la actual discusión sobre la economía digital reflejan en su totalidad estas preocupaciones. La imposición de un gravamen sobre utilidades pasadas por parte de los EUA es insuficiente debido a que no existe una razón de ser de política pública para no gravar estas utilidades en su totalidad (una vez que han sido obtenidas, no existe argumento sobre competitividad o neutralidad). Pero debido a que la mayoría de los MNEs no tienen una reserva fiscal para dichos pagos sobre ingreso invertido permanentemente y teniendo en consideración la influencia cabildadora de las multinacionales, esto es lo mejor que puede esperarse. La tasa es similar a la tasa propuesta por el presidente Obama y mucho más alta que lo

Ireland has \$230 billion, so 7% is \$16.1 billion, and since some of it is in cash the amount will be higher, while the EU demands \$13 billion). This is likely to moot the EU State Aid cases.³

FUTURE ACCUMULATIONS

TRA17H, section 4301, states that if a US parent corporation has “foreign high returns”, defined as the aggregate return of its CFCs that exceeds 7% plus the Federal short term rate on the CFCs aggregate adjusted bases in depreciable tangible property (the “trigger rate”), then it is subject to an immediate inclusion of 50% of its foreign high returns, i.e., an effective tax rate of 10%, regardless of whether the earnings are repatriated.

This provision has several flaws. First, obviously 10% is better than 20% (the rate on domestic US income), and given the availability of the dividend exemption, there would be an incentive to shift profits in the knowledge that they can be repatriated at any time. Second, current foreign tax credits are available to offset the 10% tax, although only for 80% of foreign taxes paid. The effect will be to have no US tax due as long as the foreign tax rate is 12.5% (so that the foreign tax credit offsets 80% of 12.5%, or 10%), which is not coincidentally the official Irish rate, even if the trigger rate is zero (because there are no tangible assets offshore). Third, the trigger rate will shield some multinationals more than others. Ironically, the more tangible assets you have offshore, the higher your trigger rate, so companies like GE that actually make things offshore will do much better than companies like Microsoft, Google or Amazon. This will be an inducement to move jobs (not just profits) offshore. In addition, TRA17H section 4301 will have another perverse effect—it will induce inversions. If a company successfully inverts, it will not be subject to the foreign high return inclusion, and will be able enjoy zero tax on those like under current law, as opposed to up to 10%.

But it cannot be denied that this provision is a significant improvement over current law. Under current law the effective foreign tax rate of many US MNEs is close to zero. While this will still be true for some tangible intensive MNEs, the main BEPS culprits (Apple, Amazon, Microsoft, Google, Facebook, Netflix, Uber) will face a tax of 10 % (since their trigger rate is zero), few foreign tax credits, and no possibility of inverting since most of them are controlled by founders subject to the shareholder level tax (Bill Gates, Sergei Brin, Larry Page, Mark Zuckerberg et al. will never agree to pay tax on their unrealized appreciation).

BASE EROSION

There are several inbound provisions in TRA17H that are supposed to prevent base erosion. For example, under section 3301, net interest in excess of 30% of EBITDA will not be deductible (TRA17S has the same rule for EBIT). This rule is necessary to prevent negative tax rates in conjunction with expensing (section 3101) and the active foreign dividend exemption (section 4001).

The other major inbound provisions are a limit on interest expense that does not allow the US subsidiary to be leveraged more than 10% over the leverage of its worldwide group (section 4302) (this is also in TRA17S) and a new excise tax of 20 % on deductible pay-

que la Comisión Europea ha solicitado de *Apple* en el contexto de las ayudas estatales (*Apple* Irlanda tiene \$230 mil millones, así que 7 % es \$16.1 mil millones, y debido a que parte de ello es en efectivo, el monto será más alto, mientras que la UE exige \$13 mil millones). Esto probablemente haga debatibles los casos de ayuda estatal de la UE a empresas multinacionales³.

ACUMULACIONES FUTURAS

La sección 4301 de TRA17H establece que si una sociedad matriz de los E.U.A. tiene “altos retornos extranjeros”, definido como el retorno acumulado de sus sociedades extranjeras controladas (*Controlled Foreign Companies* -CFC-) que exceda 7 % la tasa de corto plazo federal sobre las bases ajustadas acumuladas de CFC's en bienes tangibles depreciables (la tasa de detonación), entonces estaría sujeto a una inclusión inmediata del 50 % de sus altos retornos extranjeros, esto es, una tasa impositiva efectiva de 10 %, independientemente de si las ganancias son repatriadas.

Esta disposición tiene diversas fallas. Primero, obviamente 10 % es mejor que 20 % (la tasa sobre ingresos nacionales de los EUA), y dada la disponibilidad de la exención sobre dividendos, habría un incentivo para transferir utilidades en el entendido de que pueden ser repatriadas en cualquier momento. Segundo, los créditos fiscales extranjeros actuales están disponibles para compensar el 10 % de impuesto, aunque únicamente para el 80 % de impuestos extranjeros pagados. El efecto será no tener ningún impuesto de los EUA pendiente mientras que la tasa de impuesto extranjero sea de 12.5 % (de tal forma que el crédito fiscal extranjero compense el 80 % de 12.5 %, o 10 %), que no es coincidente con la tasa oficial irlandesa, aun si la tasa de detonación es cero (debido a que no existen bienes tangibles en el extranjero). Tercero, la tasa de detonación protegerá algunas multinacionales más que a otras. Irónicamente, mientras más activos tangibles se tengan en el extranjero, más alta será la tasa de detonación, de tal forma que compañías como GE que realmente operan en el extranjero les irá mucho mejor que a compañías como *Microsoft*, *Google* o *Amazon*. Esto será un incentivo para mudar trabajos (no solamente utilidades) hacia el extranjero.

Además, la sección 4301 de TRA17H tendrá otro efecto perverso que inducirá inversiones. Si una compañía invierte con éxito, no estará sujeta a dicha inclusión de altos retornos extranjeros, y podrá gozar un impuesto cero sobre estos, a diferencia de la tasa de hasta 10 % en la ley actual.

Pero no puede negarse que esta disposición es una mejora significativa respecto a la actual ley. Conforme a la ley actual, la tasa de impuesto extranjero efectiva de muchas multinacionales (MNEs) norteamericanas es cercana a cero. Si bien esto seguirá siendo así para la mayoría de las MNEs intensivas en bienes tangibles, las principales culpables de la evasión fiscal y erosión de la base gravable (*Apple*, *Amazon*, *Microsoft*, *Google*, *Facebook*, *Netflix*, *Uber*) enfrentarán un impuesto del 10 % (ya que su tasa de detonación es cero), pocos créditos fiscales extranjeros y ninguna posibilidad de invertir debido a que la mayoría de ellos está controlada por los fundadores que están sujetos al pago de un impuesto a nivel de accionistas (*Bill Gates*, *Sergei Brin*, *Larry Page*, *Mark Zuckerberg* nunca convendrán en pagar impuestos sobre su apreciación no realizada).

ments other than interest paid by a US corporation to a related foreign corporation (section 4303). The excise tax can be avoided if the related foreign corporation chooses to treat the payments as ECI subject to 20 % tax.

The excise tax is sure to initially enrage our treaty partners, who will see it as an indirect way to impose a withholding tax on royalties (contrary to article 12 of the tax treaties) as well as violating the arm's length standard of article 9 (because the excise tax applies to cost of goods sold between related parties, implying that it is inflated, regardless of what unrelated parties would have agreed upon). It may also be subject to a WTO challenge, although less than the TRA17S provisions discussed below. But it is definitely consistent with the spirit of BEPS, and eventually may be accepted and even copied by the EU and other countries.⁴

The main problem with the excise tax is that it only applies to deductible payments to related parties. An inverted multinational can sell as much as it wants directly to US customers or to unrelated US distributors and it will avoid the excise tax. But not all multinationals can invert, and this limit on the excise tax is similar to the UK and Australian DPTs, which also depend on the presence of domestic related parties.⁵

The Senate Bill (TRA17S)

PAST ACCUMULATIONS

TRA17S taxes past accumulations at 14.5 % (cash) and 7.5 % (non-cash). This is even better than TRA17H and may be further improved in conference, as more revenue may be needed to fund other compromises (e.g., reinstating the deduction for state and local taxes to appease GOP representatives from high tax states).

FUTURE ACCUMULATIONS

For future Global Intangible Low Tax Income (GILTI), TRA17S provides that a U.S. shareholder of any CFC must include in gross income for a taxable year its GILTI in a manner generally similar to inclusions of subpart F income. GILTI means, with respect to any U.S. shareholder for the shareholder's taxable year, the excess (if any) of the shareholder's net "CFC tested income" over the shareholder's "net deemed tangible income return." The shareholder's "net deemed tangible income return" is an amount equal to 10 percent of the aggregate of the shareholder's pro rata share of the qualified business asset investment ("QBAI") of each CFC with respect to which it is a U.S. shareholder. "Net CFC tested income" means, with respect to any U.S. shareholder, the excess of the aggregate of its pro rata share of the tested income of each CFC over the aggregate of its pro rata share of the tested loss of each CFC. The tested income of a CFC

EROSIÓN DE LA BASE GRAVABLE

Existen diversas disposiciones que se incorporan en TRA17H que supuestamente evitarán la erosión de la base gravable. Por ejemplo, de acuerdo con la sección 3301, los intereses netos en exceso del 30 % de EBITDA no serán deducibles (TRA17S tiene la misma regla para EBIT). Esta regla es necesaria para evitar las tasas impositivas negativas en conjunción con las excepciones de gastos (sección 3101) y las excepciones a dividendos extranjeros activos (sección 4001).

Las otras disposiciones más importantes que se incorporan consisten en un límite sobre los gastos por intereses que no permiten que la subsidiaria de los EUA se vea endeudada en más del 10 % sobre el endeudamiento de su grupo a nivel mundial (sección 4302) (esto es así también en TRA17S) y un nuevo gravamen del 20 % sobre los pagos deducibles distintos a intereses pagados por una sociedad de los E.U.A. a una sociedad extranjera relacionada (sección 4303). El gravamen puede evitarse si las sociedades extranjeras relacionadas eligen tratar los pagos como ingreso efectivamente vinculado (ECI, por las siglas en inglés de *Effectively Connected Income*) sujeto al impuesto del 20 %.

El gravamen seguramente hará enfurecer inicialmente a nuestros socios en [en los tratados para evitar la doble tributación], quienes lo verán como una manera indirecta de imponer una retención sobre regalías (contrario al artículo 12 de los tratados fiscales) así como una violación al principio de plena competencia del artículo 9 (debido a que la tasa impositiva aplica al costo de bienes vendidos entre las partes relacionadas, implicando que está inflado, independientemente de lo que partes no relacionadas hubieran acordado). También estaría sujeto a una objeción por parte de la Organización Mundial de Comercio (OMC), aun cuando en menor medida que las disposiciones de TRA17S que se abordan más adelante. Pero definitivamente es congruente con el espíritu BEPS, y eventualmente podrá ser aceptado y aun copiado por la UE y otros países⁴.

El problema principal con el gravamen es que este únicamente aplica a los pagos deducibles de partes relacionadas. Una multinacional invertida puede vender tanto como desee directamente a los clientes o a los distribuidores de los EUA no relacionados y podrá evitar el gravamen. Pero no todas las multinacionales pueden invertirse, y este límite sobre el gravamen es similar al impuesto sobre utilidades transferidas del Reino Unido y Australia, que depende también de la presencia de partes relacionadas nacionales⁵.

INICIATIVA EN EL SENADO (TRA17S)

ACUMULACIONES PASADAS

TRA17S grava las imposiciones pasadas a la tasa del 14.5% (efectivo) y 7.5 % (no efectivo). Esto es incluso mejor que TRA17H y podrá ser mejorado en conferencia, debido a que pudiera requerirse más ingreso para fondar otros compromisos (por ejemplo, para restablecer la deducción de impuestos estatales y locales para apaciguar a los representantes del Partido Republicano de los estados que tienen altas cargas tributarias).

ACUMULACIONES FUTURAS

Para el futuro impuesto GILTI (por las siglas en inglés de *Global Intangible Low Tax Income*), TRA17S dispone que un accionista de los EUA de cualquier CFC deberá incluir en sus ingresos brutos para un ejercicio fiscal su GILTI de manera generalmente similar a las inclusiones del ingreso de la subparte F. GILTI lo cual significa, con respecto a cualquier accionista de los EUA para el ejercicio fiscal del accionista, el excedente (en su caso) del "ingreso probado CFC" neto del accionista sobre los "retornos de ingreso intangible presuntos netos" del accionista. Los "re-

means the excess of the gross income of the corporation determined without regard to certain exceptions (including the current active finance exception and the CFC look-through rule) over deductions (including taxes) properly allocable to such gross income. QBAI means, with respect to any CFC for a taxable year, the average of the aggregate of its adjusted bases, determined as of the close of each quarter of the taxable year, in specified tangible property used in the production of tested income in its trade or business and of a type with respect to which a deduction is generally allowable under section 167.

The tax rate of future GILTI is determined by taking the US tax rate (20 %) and allowing a deduction of 50 %, or 10 %, for a net rate of 10 %. This rate can be partially offset by foreign tax credits, but in a separate basket (but with cross-averaging within the basket). The proposal is effective for taxable years of foreign corporations beginning after December 31, 2017.

What this means in plain English is that Amazon, Apple, Facebook, Google, Netflix, and their ilk will have to pay tax at 10% on future GILTI because they have CFCs that produce “tested income” (and no loss) in excess of 10% over their basis in offshore tangible assets, which is zero or close to it (since they derive almost all of their income from intangibles). Other MNEs (e.g., GE or Intel) will pay less because they have more tangible assets offshore. This creates an obvious incentive to move jobs (not just profits) offshore. In addition, the proposal standing on its own would also induce profit shifting because of the combination of the participation exemption and the lower rate (10 % is less than 20 %).

To address these issues (which plague TRA17H), TRA17S proposes to apply a reduced rate of 12.5 % to domestic GILTI derived from exports related to intangibles. Domestic GILTI is eligible for the 12.5 % rate is “foreign derived intangible income,” which is defined as the amount which bears the same ratio to the corporation’s “deemed intangible income” as its “foreign-derived deduction eligible income” bears to its “deduction eligible income.”

Deemed intangible income is the excess of a domestic corporation’s deduction eligible income (gross income without regard to subpart F income, GILTI, and other enumerated categories) over its deemed tangible income return (10% of its QBAI).

The “foreign-derived deduction eligible income” is defined as income derived in connection with (1) property that is sold by the taxpayer to any foreign person for a foreign use or (2) services to any foreign person or with respect to foreign property. In other words, this category comprises exports for property and services, although not royalty income received from foreigners.

Deduction eligible income is essentially the domestic corporation’s modified gross income calculated without regard to subpart F and GILTI (as well as a few other enumerated categories). So a U.S. company’s foreign derived intangible income, which gets the 12.5% rate, is the amount that bears the same ratio to the deemed intangible income as the U.S. company’s exports bear to its modified gross income.

This “remedy” may be effective in partially addressing the shifting problem (although 12.5 % is higher than 10 %), but the domestic

tornos de ingreso intangible presuntos netos” del accionista consisten en un monto equivalente al 10 % del total de la participación pro rata del accionista sobre las inversiones en activos calificados (QBAI por las siglas en inglés de *Qualified Business Asset Investment*) de cada CFC con respecto a los cuales es accionista de los EUA “Ingreso probado neto CFC” significa, con respecto a cualquier accionista de los EUA, el excedente en el total de su participación pro rata en el ingreso probado de cada CFC por encima del total de su participación pro rata en las pérdidas probadas de cada CFC. El ingreso probado de una CFC significa el excedente del ingreso bruto de la sociedad, determinado sin consideración de ciertas excepciones (inclusive la excepción de finanzas activas actuales y la regla de transparencia CFC) sobre las deducciones (incluyendo impuestos) adecuadamente atribuibles a dicho ingreso bruto. QBAI significa, con respecto a cualquier ejercicio fiscal de CFC, el promedio del total de sus bases ajustadas, determinadas al cierre de cada trimestre del ejercicio fiscal, en bienes tangibles especificados utilizados en la producción del ingreso probado en su comercio o negocio y de un tipo con respecto al cual se permite de manera general una deducción de acuerdo con la sección 167 del *Internal Revenue Code*.

La tasa del impuesto GILTI futuro se determina tomando la tasa fiscal de los EUA (20 %) y permitiendo una deducción del 50 %, o 10 % de una tasa neta del 10 %. Esta tasa puede ser parcialmente compensada con los créditos fiscales extranjeros, pero en una canasta separada (pero con promedios cruzados dentro de la canasta). La propuesta entrará en vigor para los ejercicios fiscales de las sociedades extranjeras a partir del 31 de diciembre de 2017.

Lo que esto significa en cristiano es que *Amazon, Apple, Facebook, Google, Netflix* y demás compañías de su tipo tendrán que pagar un impuesto del 10 % sobre GILTI futuro, puesto que tiene CFC que produce “ingreso probado” (y no pérdidas) en exceso del 10 % sobre sus bases en bienes tangibles en el extranjero, que es cero o cercano a cero (ya que estas derivan casi todo su ingreso a partir de intangibles). Otras MNE (por ejemplo, GE o Intel) pagarán menos debido a que tienen más activos tangibles en el extranjero. Esto crea un incentivo obvio para mudar empleos (no solamente utilidades) hacia el extranjero. Además, la propuesta en sí misma también inducirá a la transferencia de utilidades debido a la combinación de la exención de participación y la tasa más baja (10 % es menor que 20 %).

Para resolver estos problemas (que flagelan a TRA17H), TRA17S propone aplicar una tasa reducida de 12.5 % a GILTI doméstico derivado de las exportaciones relativas a intangibles. El GILTI doméstico es elegible para la tasa de 12.5 % si el “ingreso intangible derivado extranjero”, que se define como el monto que tiene la misma proporción en los ingresos intangibles presuntos de la sociedad que sus “ingresos elegibles intangibles” para la “deducción de ingresos elegibles derivados del extranjero” tiene respecto a su “ingreso elegible para deducción”.

El ingreso intangible presunto es el exceso de ingreso elegible para deducción de una sociedad doméstica (ingreso bruto sin considerar el ingreso de la subparte F, GILTI, y otras categorías enumeradas) respecto a sus retornos de ingresos tangibles presuntos (10% de su QBAI).

GILTI provision has an obvious WTO problem: It is a subsidy contingent on export performance, which is explicitly banned by the Subsidies and Countervailing Measures (SCM) agreement. This was precisely the type of export subsidy struck down in the FSC and ETI cases, resulting in massive potential sanctions and forcing the US to repeal the subsidy and enact the ineffective and scheduled for repeal domestic manufacturing subsidy (section 199). I would expect that this provision will be struck down by the WTO, and the US will be left with only the foreign GILTI provision. As stated above, the foreign GILTI provision is inadequate, but this can be fixed by a future Democratic administration by setting the GILTI rate as the same as the domestic rate (20 %).

BASE EROSION

The anti-base erosion proposal in TRA17S is in many ways an improvement over TRA17H. In TRA17S, there is no excise tax. Instead, US corporate taxpayers have to pay a “base erosion minimum tax” (BEMT), at 10% less any applicable credits (including the foreign tax credit, but the US taxpayer is unlikely to have them for the relevant income since any foreign tax is imposed on the foreign related party). The tax base is taxable income plus “base erosion payments”, defined as any amount paid or accrued by a taxpayer to a foreign person that is a related party of the taxpayer and with respect to which a deduction is allowable, including interest (to the extent not otherwise disallowed) and, only for inverted corporations, also cost of goods sold. Withholding taxes (if any) are allowed as an offset. There is a safe harbor for smaller corporations with gross receipts below \$500 million and another for base erosion payments of less than 4 %. The proposal applies to base erosion payments paid or accrued in taxable years beginning after December 31, 2017.

Formally, this proposal does not raise the same treaty issues as TRA17H, because the BEMT is applied only to the US party, so that the savings clause applies (US tax treaties Art 1(4)), and there is no forced ECI election. Still, it is likely that our trading partners will not view this provision favorably, since it appears substantively to be a violation of article 11 (no withholding on interest), 12 (no withholding on royalties), 9 (no denial of deduction for cost of goods sold if it is equivalent to the arm's length price), and 24 (no discrimination in denying deductions). They are likely to retaliate by imposing tax on the royalties or cost of goods sold without a credit for the BEMT, and that will result in double taxation since there is no reverse FTC provision in TRA17S (unlike TRA17H). But as stated above, this provision is consistent with the spirit of BEPS, and may eventually be found acceptable.

ANTI-HYBRID PROVISIONS

TRA17S contains two anti-hybrid provisions that directly implement the single tax principle, similarly to the ATAD. The first, section 14101, IRC 245A(e), disallows the participation exemption for hybrid dividends that are treated as deductible payments at source. The second, section 14223, limits the deductibility of payments on hybrid instruments or to hybrid entities. These provisions clearly implement OECD BEPS Action 2 in accordance with the single tax principle.

El “ingreso elegible para deducción derivado del extranjero” se define como el ingreso derivado en relación con:

- bienes que sean vendidos por el contribuyente a cualquier persona extranjera para uso extranjero, o
- servicios a una persona extranjera con respecto a bienes en el extranjero. En otras palabras, esta categoría comprende exportaciones para bienes y servicios, pero no ingresos por regalías recibidos del extranjero

El ingreso elegible para deducciones es esencialmente el ingreso bruto modificado de la sociedad doméstica calculados sin considerar la subparte F y GILTI (así como algunas otras categorías enumeradas). De esta manera el ingreso intangible derivado del extranjero de una sociedad EUA que obtenga la tasa del 12.5 %, es el monto que tiene la misma proporción que el ingreso intangible presunto que las exportaciones de la sociedad EUA tienen respecto a su ingreso bruto modificado.

Este “remedio” podrá ser efectivo para resolver parcialmente el problema de transferencia de utilidades (aun cuando el 12.5 % es mayor que el 10 %), pero la disposición GILTI doméstica tiene un problema obvio con la Organización Mundial de Comercio (OMC): Es un subsidio contingente sobre las exportaciones, que está explícitamente prohibido por el Acuerdo de Subsidios y Medidas Compensatorias (SCM, por sus siglas en inglés de *Subsidies and Countervailing Measures*). Esto fue precisamente el tipo de subsidio a la exportación objetado en los casos de FSC, (*Foreign Sales Corporation*) e ingreso extraterritorial (ETI, *extraterritorial income*), que dieron como resultado sanciones potenciales masivas y forzaron a los EUA a repudiar el subsidio y promulgar (sección 1999) sobre subsidios a la manufactura doméstica. Yo esperarí que esta disposición sea objetada por la OMC y que los EUA se queden únicamente con la disposición de GILTI extranjero. Como se expuso con anterioridad, la disposición GILTI en el extranjero es inadecuada, pero esto puede resolverse por una futura administración del partido demócrata fijando la tasa GILTI igual que la tasa doméstica (20 %).

EROSIÓN DE LA BASE IMPOSITIVA

La propuesta anti-erosión de la base impositiva en TRA17S en muchos sentidos es una mejoría sobre TRA17H. En TRA17S no existe gravamen fiscal. En lugar de ello, los contribuyentes corporativos de los EUA tienen que pagar un “gravamen mínimo de erosión de la base impositiva” (BEMT, por las siglas en inglés de *Base Erosion Minimum Tax*), a la tasa del 10 % menos cualquier crédito aplicable (inclusive el crédito fiscal extranjero, pero los contribuyentes de los EUA probablemente no tendrán acceso a estos créditos para el ingreso relevante, ya que cualquier impuesto extranjero se grava respecto a la parte relacionada extranjera). La base impositiva es ingreso gravable más “pagos de la erosión de la base”, definido como cualquier monto pagado o acumulado por el contribuyente a una parte relacionada extranjera y con respecto al cual se permiten deducciones, inclusive intereses (en la medida en que no se prohíba de cualquier otra manera) y, únicamente para las compañías invertidas, también el costo de los bienes vendidos. Las retenciones fiscales (en su caso) se permiten como una compensación. Existe un *safe harbor* para las

It may seem strange that the US takes this action while making the CFC to CFC look through rule (IRC 954(c)(6)) permanent and thereby facilitating profit shifting from high to low tax jurisdictions abroad. But this is perfectly consistent with the spirit of BEPS: The US will tax at residence if there is no tax at source and will tax at source if there is no tax at residence, but it will not impose tax where both source and residence are foreign- that is left to the foreign jurisdictions to resolve by adopting their own anti-BEPS rules, like the ATAD.

Conclusion: The Future of BEPS

I believe that with the expected final passage of TRA17, the future of BEPS as the underlying standard of the international tax regime (ITR) is assured. As long as the US stood aside, it was not clear that the EU could implement BEPS on its own, and China is just beginning to adopt BEPS measures.⁶ But TRA17 in both versions represents the incorporation of BEPS into US domestic tax law. It turns out that the immense effort of the OECD in 2013-15 was not in vain, and a new and better ITR is on the horizon. 

Traducción por Luer Traductores Asociados S.C.
Edición de la traducción: Lic. Jesús Aldrin Rojas,
Socio de QCG Transfer Pricing Practice

¹ On BEPS and the US Model see Avi-Yonah, Reuven S., Full Circle? The Single Tax Principle, BEPS, and the New US Model (October 13, 2015). U of Michigan Public Law Research Paper No. 480; 1 Global Tax'n 12 (2016); U of Michigan Public Law Research Paper No. 480; U of Michigan Law & Econ Research Paper No. 15-019. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2673463> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2673463>

² For my overall view on TRA17H see Avi-Yonah, Reuven S. and Fishbien, Nir, Once More, with Feeling: The 'Tax Cuts and Jobs' Act and the Original Intent of Subpart F (November 20, 2017). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3074647>; for TRA17S see Avi-Yonah, Reuven S., Guilty as Charged: Reflections on TRA17 (November 25, 2017). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3077342>

³ For the Obama proposal see Avi-Yonah, Reuven S., All or Nothing? The Obama Budget Proposals and BEPS (February 16, 2015). U of Michigan Public Law Research Paper No. 442. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2565727> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2565727> and Avi-Yonah, Reuven S., Vive La Petite Difference: Camp, Obama, and Territoriality Reconsidered (April 4, 2012). U of Michigan Public Law Working Paper No. 267. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2034427> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2034427>; on State Aid see Avi-Yonah, Reuven S. and Mazzoni, Gianluca, Apple State Aid Ruling: A Wrong Way to Enforce the Benefits Principle? (October 27, 2016). U of Michigan Law & Econ Research Paper No. 16-024. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2859996>

⁴ See Avi-Yonah, Reuven S., Constructive Unilateralism: US Leadership and International Taxation (June 25, 2015). U of Michigan Public Law Research Paper No. 463. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2622868> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2622868>

⁵ On these taxes see Avi-Yonah, Reuven S., Three Steps Forward, One Step Back? Reflections on 'Google Taxes', BEPS, and the DBCT (May 24, 2016). U of Michigan Law & Econ Research Paper No. 16-016; U of Michigan Public Law Research Paper No. 516. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2783858> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2783858>

⁶ Avi-Yonah, Reuven S. and Xu, Haiyan, China and the Future of the International Tax Regime (October 21, 2017). U of Michigan Law & Econ Research Paper No. 17-017; U of Michigan Public Law Research Paper No. 572. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3056796>

sociedades más pequeñas con ingresos brutos por debajo de \$500 millones y otro para pagos de erosión de la base gravable de menos del 4 %. La propuesta aplica a los pagos realizados o acumulados de la erosión de la base impositiva en los ejercicios fiscales contados a partir del 31 de diciembre de 2017.

Formalmente, esta propuesta no suscita los mismos problemas del tratado que TRA17H, porque BEMT se aplica únicamente a la parte norteamericana, de tal forma que la cláusula de ahorros aplica (tratados fiscales EUA Art. 1(4)), y no existe una elección ECI forzada. Aún así, es probable que nuestros socios comerciales no vean esta disposición favorablemente, ya que aparece sustantivamente como una violación en el artículo 11 (no retención sobre intereses), 12 (no retención sobre regalías), 9 (no negación de deducción por costo de bienes vendidos si es equivalente al precio *arm's length*), y 24 (no discriminación en deducciones denegadas). Estos probablemente tomen represalias gravando las regalías o el costo de los bienes vendidos sin crédito para el BEMT, y ello dará como resultado una doble imposición debido a que no existe reserva de la disposición FTC en TRA17S (a diferencia de TRA17H). Pero como se ha explicado con anterioridad, esta disposición es congruente con el espíritu de los BEPS, y podrá eventualmente encontrarse aceptable.

DISPOSICIONES ANTI-HÍBRIDAS

TRA17S contiene dos disposiciones anti-híbridas que directamente implementan el principio de impuesto único, similar al ATAD. La primera, sección 14101, IRC 245A(e), rechaza la exención de participación para dividendos híbridos que son tratados como pagos deducibles en la fuente. La segunda, la sección 14223, limita la deducibilidad de los pagos sobre instrumentos híbridos o a entidades híbridas. Estas disposiciones claramente implementan la Acción 2 de los BEPS OCDE de acuerdo con el principio de impuesto único.

Puede parecer extraño que los EUA tomen esta acción mientras hacen que la regla de transparencia CFC a CFC (IRC 954(c)(6)) se haga permanente y de esa manera facilite el traslado de beneficios de jurisdicciones de alta a baja imposición fiscal. Pero esto es perfectamente congruente con el espíritu BEPS: Los EUA gravarán en la residencia si no existe impuesto en la fuente y gravarán en la fuente si no existe impuesto en la residencia, pero no impondrán gravámenes cuando tanto la fuente como la residencia sean extranjeros, esto deja a las jurisdicciones extranjeras resolverlo adoptando sus propias reglas anti-BEPS, como la ATAD.

Conclusion: El Futuro de los BEPS

Considero que con la promulgación definitiva que se espera de TRA17, el futuro de los BEPS como norma subyacente del régimen fiscal internacional (ITR, por sus siglas en inglés) está asegurado. Mientras que los EUA se mantuvieron al margen, no estaba claro que la UE pudiera implementar los BEPS por sí sola, y China está apenas empezando a adoptar las medidas BEPS. Pero el TRA17 en ambas versiones representa la incorporación de los BEPS a la ley fiscal interna de los EUA. Resulta que el inmenso esfuerzo de la OCDE en 2013-15 no fue en vano y un nuevo y mejor régimen fiscal internacional se vislumbra en el horizonte. 