Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 208
AÑO LXVIII
JULIO - DICIEMBRE 2000
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

BIBLIOTECA

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

INTRODUCCION A PRECIOS DE TRANSFERENCIA[1]

HUBERT HAMAEKERS[2]

1. INTRODUCCION

Los propósitos de este artículo son:

- Exponer la historia y la razón de ser de la regulación de los precios de transferencia;
- Resumir y comparar las dos principales fuentes de reglas existentes en la práctica sobre la materia –las regulaciones de la Sección 482 del *Internal Revenue Code* (IRC) de los EE.UU. y las "Pautas sobre Precios de Transferencia" de la OCDE–; y
- Hacer una descripción general de problemas prácticos y de perspectivas para abordarlos.

Desde un punto de vista financiero el tema de los precios de transferencia constituye probablemente uno de los más importantes problemas tributarios en el mundo en la actualidad. Más del 60% del comercio internacional es llevado a cabo internamente por empresas multinacionales (EMNs). El término EMN en este contexto cubre no sólo gigantes corporativos tales como Shell, Mitsubishi o IBM, sino también compañías más pequeñas con una o más subsidiarias o establecimientos permanentes (EP) en países diferentes de aquel en el cual está situada la empresa matriz o casa matriz (*parent company / head office*). Aunque las empresas matrices de las EMNs están todavía en su mayoría localizadas en países desarrollados, empresas de países en vías de desarrollo, especialmente de Asia, han comenzado a expandirse hacia el exterior. Las empresas matrices de los grupos

[1] Este artículo fue traducido, con autorización del autor, por Omar Morales Carrasco, profesor asistente de la Escuela de Derecho de la Universidad de Concepción, Máster en Derecho Internacional Bancario y Financiero de la Universidad de Boston, EE.UU., quien además cuenta con estudios de postgrado en el Programa de Máster en Derecho Tributario Internacional en la Universidad de Leiden, Holanda.

[2] Director general de la Oficina Internacional de Documentación Fiscal (IBFD) con sede en Amsterdam, Holanda. Professor de Derecho Tributario Internacional en Nijmegen University, Holanda. Secretario Ejecutivo de la Asociación Europea de Profesores de Derecho Tributario, ex jefe del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Precios de Transferencia, además es profesor visitante en varias universidades.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

empresariales más grandes usualmente cuentan con *holdings y subholdings* intermediarios en varios países; actividades de investigación y servicios pueden concentrarse en centros operacionales para todo el grupo o partes específicas de él; el desarrollo de intangibles por parte de estos grupos empresariales puede estar concentrado en ciertos miembros del grupo; compañías financieras pueden operar como bancos internos; producción de partes y ensamblaje de productos finales pueden tener lugar en diferentes países. Desde un punto de vista de la adopción de decisiones, estos grupos empresariales pueden ir desde estructuras con un alto grado de centralización hasta un alto grado de descentralización, quedando entregada la responsabilidad por la obtención de utilidades a ciertos miembros del grupo en particular.

Diversas razones pueden explicar por qué el tema de los precios de transferencia ha recibido gran atención en años recientes. En primer lugar, el proceso en marcha de (re)localizar la producción de productos finales y de componentes en ciertos territorios. Costos de producción, infraestructura, incentivos tributarios y los sistemas de tributación mismos existentes en cada país, mano de obra calificada, etc., juegan un rol importante a la hora de tomar estas decisiones. En segundo lugar, la concentración de la provisión de servicios dentro de una EMN, como se dijo anteriormente. Tercero, el fenómeno relativamente nuevo de comercio global en materias primas e instrumentos financieros, 24 horas al día, hecho posible gracias a modernos medios de comunicación.

Razones políticas, en particular en los EE.UU., han jugado también un rol importante. Políticos estadounidenses han sostenido (y continúan sosteniendo) que empresas extranjeras activas en EE.UU. pagan impuestos a la renta substancialmente más bajos que los que pagan grupos empresariales estadounidenses similares o comparables. Aunque las razones para hacer más estricta la legislación sobre precios de transferencia de dicho país en 1986 fueron de carácter fundamentalmente doméstico –las políticas de planificación tributaria adoptadas por grupos empresariales estadounidenses que involucraban la transferencia de intangibles a empresas relacionadas localizadas en paraísos fiscales tales como Puerto Rico– el énfasis político se ha trasladado hacia compañías estadounidenses controladas por capitales extranjeros.

Las nuevas regulaciones sobre precios de transferencia, y particularmente el riesgo de severas sanciones, aun en el caso de alejamientos involuntarios del principio de contraposición de intereses (*arm's length principle*) en los EE.UU. ha llevado tanto a compañías estadounidenses como extranjeras a revisar los métodos que utilizan para fijar sus precios de transferencia. Del nuevo enfoque adoptado por EE.UU. podría, sin embargo, resultar que los grupos empresariales se vean inclinados a dar al Tesoro de los EE.UU. un trozo más grande de la "torta tributaria" –para evitar el verse expuesto a sanciones– del que sería razonable desde un punto de vista objetivo. Países con sistemas y servicios de impuestos internos menos sofisticados corren el riesgo de pagar la cuenta de los precios de transferencia estadounidense.

La OCDE, temiendo perder su posición como el foro de guía en los asuntos relacionados con precios de transferencia, ha trabajado en la revisión del "Informe sobre

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Precios de Transferencia" emitido en 1979 con el objeto de hacerse cargo de las diferencias. Las nuevas pautas fueron publicadas en julio de 1995.

El tema de precios de transferencia se encuentra también en la agenda del Grupo ad hoc en Materias Tributarias de Naciones Unidas, pero es dudoso que pautas sobre esta materia sean publicadas por parte de dicho órgano en el futuro cercano.

2. DEFINICION DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

La definición de "precios de transferencia" para fines económico / comerciales dice[3]: "Es el monto establecido por un segmento de una organización por un producto o servicio que provee a otro segmento de la misma organización". La razón económica que justifica la fijación de precios de transferencia es la posibilidad de evaluar las actividades desarrolladas por las entidades del grupo multinacional en cuestión. Mediante la fijación de precios de transferencia por bienes y servicios dentro de un grupo, los gerentes de los miembros del grupo tienen la posibilidad de tomar la mejor decisión acerca de comprar o vender sus bienes y servicios dentro del grupo o fuera de él.

Sistemas basados en costos para la transferencia de bienes y prestación de servicios siempre han sido muy populares entre EMNs. Algunas EMNs usan sólo costos variables, otras costos totales y aun otras costos totales más un margen de utilidad (método costo más o *cost plus*). Algunas usan costos estándar y otras costos efectivos. Si existe un mercado competitivo abierto para los productos o servicios transferidos internamente dentro del grupo multinacional, la mejor solución desde un punto de vista económico / comercial es usar el precio de mercado de tales bienes y servicios como precio de transferencia. El precio de mercado puede ser obtenido de listas de precios publicadas para productos y servicios similares o puede ser el precio cobrado por una entidad miembro del grupo multinacional a sus clientes no relacionados. Este último puede servir de base para fijar el precio de transferencia en una etapa más temprana de la producción, substrayendo costos y una utilidad razonable del precio en la última etapa interna (método del precio de reventa).

Aparte de los métodos basados en costos y precios de transferencia basados en precios de mercado, se puede distinguir otro enfoque o aproximación. Se da el caso en varias EMNs que entidades miembros del grupo negocian entre ellas tal como lo hacen empresas independientes debido a que ellas tienen sus propias responsabilidades por la obtención de utilidades. El precio de transferencia resultante de dichas negociaciones es igualmente aceptable desde un punto de vista económico / comercial. En 1990 un 12,7% de las compañías estadounidenses con actividades en el extranjero todavía usaban este "precio de transferencia negociado"[4].

[3] Véase: C.T. Horngren, W.O. Stratton and G.L. Sundem, *Introduction to Management Accounting*. Prentice Hall International Inc., 1996.
[4] R.Y.W. Tang, *Transfer Pricing in the 1990s: Tax and Management Perspectives*, Quorum Books, Westport, London, 1993.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Desde mediados de los 90 la legislación tributaria ha tenido un fuerte impacto en las políticas comerciales de los precios de transferencia de las empresas. Si la política comercial está en disconformidad con las normas tributarias pertinentes, las empresas tienen la opción de adoptar el enfoque tributario pertinente o –si está permitido– mantener paralelamente los dos sistemas, uno para fines comerciales y el otro para fines tributarios.

La definición de precios de transferencia dada arriba es también válida para fines tributarios. El concepto "precios de transferencia" es, sin embargo, a veces usado incorrectamente en un sentido peyorativo para significar el traspaso de ingresos imponibles desde una compañía perteneciente a una EMN, localizada en una jurisdicción con altos impuestos, a una compañía perteneciente al mismo grupo localizada en una jurisdicción con una baja carga tributaria a través de precios de transferencia manipulados incorrectamente a fin de reducir la carga tributaria general del grupo.

El párrafo 3 del prefacio del informe de la OCDE sobre Precios de Transferencia y Empresas Multinacionales de 1979 explica que el concepto "precios de transferencia" es neutro: "La consideración de los problemas sobre precios de transferencia no debe ser confundida con la consideración de problemas de fraude tributario o evasión tributaria, aun cuando políticas sobre precios de transferencia pueden ser utilizadas para tales propósitos". El informe de la OCDE de 1995 deja esto aún más claro al utilizar como título "Pautas sobre Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Autoridades Tributarias".

De hecho, los precios de transferencia otorgan oportunidades a las EMNs para traspasar utilidades desde una jurisdicción con una alta carga tributaria para las empresas a una jurisdicción con una baja carga tributaria, o bien, que cuenta con incentivos tributarios para ciertas actividades económicas. Uno debe, no obstante, darse cuenta que la planificación tributaria es sólo una de la serie de consideraciones que son relevantes para las EMNs. Muchas EMNs prefieren mantener una buena relación con los servicios de impuestos internos de los países donde ellas desarrollan sus actividades. Certeza acerca del impuesto a pagar es una prioridad para grandes empresas y ellas normalmente utilizan un bien documentado y claro sistema de precios de transferencia, el cual es, como se dijo más arriba, primeramente un requisito de una adecuada política económico / comercial.

3. *EL PRINCIPIO DE CONTRAPOSICION DE INTERESES* (ARM'S LENGTH PRINCIPLE)[5]

Los precios fijados para transacciones entre entidades que forman parte de un grupo deben –para fines tributarios– ser extraídos de los precios que habrían sido aplicados

[5] La traducción directa de la expresión "arm's length" (longitud o distancia de un brazo) grafica en el Derecho anglosajón la ausencia de una relación especial entre dos partes de una transacción (por ejemplo: subordinación jurídica o económica entre una empresa matriz y su subsidiaria, relación de parentesco, etc.), relación cuya presencia alteraría la contraposición normal de intereses que existe entre dos partes independientes. En lo sucesivo se utilizará como equivalente la expresión "contraposición de intereses"o "intereses contrapuestos" (N. del T.).

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

por partes independientes en transacciones similares en condiciones semejantes en el mercado abierto. Esto, que se denomina negociar siguiendo el "principio de contraposición de intereses", es el estándar internacionalmente más aceptado para enfrentar el problema de los de precios de transferencia. Casi todos los países tienen normas tributarias, generales o específicas, que autorizan a sus servicios de impuestos internos para ajustar los precios de transferencia cuando éstos se desvían de este principio.

El principio de contraposición de intereses tiene dos orígenes diferentes:

(1) En varios países de Europa continental este principio es la base para el ajuste de la renta de los accionistas, quienes han recibido beneficios extraordinarios de una compañía, los cuales no han sido oficialmente declarados como dividendos. Accionistas mayoritarios podrían derivar beneficios indebidos como consecuencia de su especial situación. El ajuste en estos casos es hecho considerando tales beneficios como dividendos, a los que se les denomina "dividendos constructivos" o "distribuciones de utilidad ocultas", los cuales no son deducibles para la compañía involucrada. El enfoque era originalmente de carácter netamente doméstico. Esta noción es aplicada en Austria, Alemania, Luxemburgo, Holanda, Suiza y otros países de Europa.

(2) Provisiones específicas de precios de transferencia con un enfoque internacional fueron introducidas por primera vez durante la Primera Guerra Mundial en el Reino Unido y los Estados Unidos. Estas provisiones destinadas a prevenir la evasión tributaria buscaban impedir que las empresas transfirieran sus utilidades a compañías asociadas situadas en ultramar mediante la infra o sobrevaloración de sus transacciones internacionales.

Ambas nociones están basadas en el concepto de "tratamiento igualitario" o "principio de neutralidad": accionistas controladores en una compañía son puestos en la misma posición que los demás accionistas y los contribuyentes sujetos a control son puestos en una misma posición que los contribuyentes no sujetos a tal control a través de la aplicación del principio de contraposición de intereses que neutraliza la situación ventajosa de los primeros[6].

En la aplicación práctica del principio de contraposición de intereses en las legislaciones tributarias domésticas pueden distinguirse cuatro categorías:

(1) Países que han incluido en su legislación tributaria una referencia explícita o implícita al principio de contraposición de intereses, y permiten realizar ajustes en caso de las desviaciones a su observancia. Por ejemplo la legislación australiana se refiere a beneficios inferiores a los esperables cuando se negocia siguiendo el principio de contraposición de

[6] Véase Hubert Hamaekers, "The Arm's Length Principle and the Role of Comparables", *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1992, at 603.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

intereses (Sec. 136 AD *Income Tax Assessment Act*); en el Reino Unido la disposición relevante dice "el precio que se podría haber esperado si las partes de la transacción hubiesen sido personas independientes negociando según el principio de contraposición de intereses" (Sec. 770 *Income and Corporation Tax Act* de 1988 –anteriormente Sec. 485); en Italia se hace referencia a "el valor normal" (artículo 76(5), *Testo Unico delle Imposte sui Redditi*); y en España se refiere al "valor de mercado normal" (artículo 16, Ley del Impuesto sobre Sociedades).

(2) Países que permiten ajustar los precios en caso de transferencias entre empresas asociadas, sin que se haga referencia al principio de contraposición de intereses. Por ejemplo Francia (artículo 57 Código Tributario General "renta transferida") y los Estados Unidos (Sec. 482: el Ministerio puede "distribuir, prorratear o asignar la renta bruta, deducciones o créditos, o concesiones entre tales organizaciones, empresas o negocios).

(3) Brasil es un caso especial que tiene las reglas específicas para la deducibilidad del costo de bienes (y derechos) importados y el reconocimiento de utilidades derivadas de operaciones de exportación (arts. 18 a 24, Ley 9.430, de 27 de diciembre de 1996).

(4) Países con una amplia base estatutaria que ha sido desarrollada para fines de regular los precios de transferencia en la jurisprudencia, como por ejemplo Alemania (además de la Sec. 1 del Acta sobre Impuesto en Relaciones con el Extranjero): pagos excesivos a, o documentos por pagar subvalorados de accionistas constituyen un dividendo constructivo que no es deducible (Sec. 8(3) al Acta sobre Impuesto a las Sociedades); y similarmente Holanda y Suiza[7].

4. ASPECTOS CONVENCIONALES (CONVENIOS SOBRE DOBLE TRIBUTACION)

El principio de contraposición de intereses fue implícitamente incluido en tratados sobre doble tributación concluidos por Francia, el Reino Unido y los Estados Unidos ya en los años veinte y treinta del siglo XX.

En un contexto multilateral el principio de contraposición de intereses se formuló la primera vez en el artículo 3 del Proyecto de Convención de la Liga de las Naciones sobre "Asignación de Utilidades y Propiedad de Empresas Internacionales" en 1933, pero el término "negociando según el principio de contraposición de intereses" sólo se usó en el contexto de la relación entre un establecimiento permanente y su oficina principal (siguiendo el principio de tratar establecimientos permanentes como entidad separada). El artículo 5 del proyecto a propósito de empresas asociadas se refería a "condiciones diferentes de aquellas que habrían sido obtenidas por las empresas independientes". La última fórmula fue incluida en artículo VII del Proyecto de Convenio sobre doble Tributación de la Liga de las Naciones de México de 1943 y en el Proyecto de Londres sobre la de 1946. Estos artículos son substancialmente similares al artículo 9 del Modelo de Convenio sobre doble

[7] Para un análisis detallado de textos legislativos y regulaciones de 32 países véase: *The Tax Treatment of Transfer Pricing*, en formato archivador de 6 volúmenes, IBFD Amsterdam, Holanda.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tributación de la OCDE de 1963. El artículo 9.1 del actual modelo de la OCDE y del modelo de Naciones Unidas son idénticos. Una referencia específica a negociar en condiciones de contraposición de intereses no se volvió a usar en los proyectos y modelos después de 1933.

El artículo 9 confirma, en el supuesto de la existencia de un tratado sobre doble tributación, el derecho, en el plano doméstico, por parte de uno de los estados contratantes para ajustar las utilidades de una empresa localizada en su territorio que se administra, posee o controla directa o indirectamente por una empresa del otro Estado contratante si las condiciones en sus transacciones difieren de aquellas que se habrían estipulado entre empresas independientes.

Tratados sobre doble tributación y los modelos de la OCDE y Naciones Unidas utilizan el concepto "empresas asociadas" para referirse a relaciones entre empresas que son suficientemente íntimas como para permitir la aplicación de las normas sobre precios de transferencia. La definición cubre las situaciones siguientes:

(1) Compañía A de un Estado contratante participa en la dirección, control o capital de compañía B del Estado contratante B, ya sea directa o indirectamente;
(2) Una misma persona (o personas) participa en la dirección, control o capital de ambas compañías A y B, ya sea directa o indirectamente.

Estrictamente un establecimiento permanente no queda cubierto por el artículo 9, ya que éste es sólo una parte de una empresa. La relación de un establecimiento permanente con la oficina principal está cubierta por el artículo 7 del Modelo, que sigue el principio de tratar el establecimiento permanente como una entidad separada (*separate entity approach*). Además de las excepciones al principio de tratamiento como entidad separada, prácticamente todos los aspectos relativos a precios de transferencia, inclusive los métodos para determinar los precios de transferencia, son también aplicables a los establecimientos permanentes.

La amplia cobertura del artículo 9.1 está en armonía con las legislaciones domésticas de varios países, incluyendo el Reino Unido, los Estados Unidos y Alemania. Australia tiene un concepto sumamente amplio, puesto que cualquier transacción internacional que involucre la adquisición o venta de propiedad o prestación de servicios queda particularmente cubierta por la frase "cualquier conexión entre las partes del acuerdo". Brasil incluso incluye agentes exclusivos (independientes) y socios (independientes) de un consorcio en la definición de parte relacionada. En Holanda y Suiza, en principio, sólo se cubren relaciones directas e indirectas accionista / sociedad que implican una influencia determinante en conducta comercial de una compañía.

Las disposiciones amplias contenidas en las legislaciones sobre precios de transferencia se basan en un enfoque antievasión tributaria. Ellos confieren a la administración la facultad para ajustar precios en los casos en que una relación especial haya parecido influir los precios aplicados entre las partes involucradas. Tales poderes tienen un alcance más restringido en países como Holanda y Suiza, donde se sigue el enfoque de "dividendos constructivos".

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La piedra de tope debería ser, aun cuando no ha sido expresamente establecido en la mayoría de las legislaciones, el que –si los intereses de las partes involucrados son claramente divergentes– no sería necesario ningún ajuste a los precios de transferencia.

A partir de 1977, el artículo 9 del Modelo de OCDE ha sido complementado por un segundo párrafo que permite un ajuste correspondiente (*downward* o descendente) de las utilidades de la entidad relacionada en el otro Estado. El ajuste correspondiente evita la doble tributación económica o –en la relación entre la oficina principal y el establecimiento permanente– la doble tributación jurídica. Según el comentario al artículo 9.2, un "ajuste correspondiente" sólo es obligatorio si el Estado contratante B acepta el método aplicado y el monto que alcanza el ajuste original efectuado en el Estado contratante A. Un consenso general sobre métodos de precios de transferencia que siguen el principio de contraposición de intereses entre los miembros de la OCDE es por consiguiente de primera importancia. Pueden resolverse casos de discordancia a través del procedimiento de acuerdo mutuo, aunque puede tomar muchos años el que una solución sea alcanzada. La Convención sobre Arbitraje de la Comunidad Europea provee una solución más específica a los problemas de precios de transferencia entre las autoridades tributarias de los miembros de la comunidad.

5. *LOS INFORMES DE LA OCDE DE 1979 Y 1984 SOBRE PRECIOS DE TRANSFERENCIA*

Antes de 1979, pautas administrativas para la aplicación de normas legales relativas a precios de transferencia eran escasamente disponibles. En 1968 la Oficina del Tesoro estadounidense emitió detalladas regulaciones para tipos específicos de transacciones inter empresariales. Estas regulaciones tuvieron gran influencia en las discusiones de la OCDE acerca de precios de transferencias efectuadas durante la década de los años setenta.

Debido al aumento en el número de EMNs y así como al aumento de transacciones dentro de ellas, desde los años sesenta los estados miembros de la OCDE consideraron necesaria la elaboración de pautas para sus respectivos servicios de impuestos internos acerca de cómo lidiar con el problema de los precios de transferencia. También fue considerada útil la elaboración del artículo 9 del Modelo de Convenio sobre Doble Tributación y su comentario. Puesto que una de las dos metas principales era evitar la doble tributación, el marco multilateral de la OCDE fue escogido para lograr un acuerdo general en materia de precios de transferencia.

El grupo de trabajo número 6, que es un subgrupo del Comité en Asuntos Fiscales de la OCDE, produjo un informe a fines de los años setenta. El informe de la OCDE de 1979 sobre "Precios de Transferencia y Empresas Multinacionales" no tenía por objeto establecer normas detalladas sobre precios de transferencia, sino más bien poner en evidencia los problemas que plantea esta materia, las consideraciones que deben ser tenidas en cuenta para enfrentarla y describir qué métodos y prácticas eran aceptables de un punto de vista tributario en la determinación de precios de transferencia.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En 1984 la OCDE publicó un segundo informe comprendiendo tres tópicos: el procedimiento de acuerdo mutuo, precios de transferencia en el sector bancario y la distribución de costos centrales. Este último informe era una elaboración particularmente útil del informe de 1979.

En resumen, el informe de 1979 contiene los siguientes principios y consideraciones destacables:

– El principio de contraposición de intereses es el estándar apropiado para medir las utilidades de entidades relacionadas para fines tributarios;

– El tema de precios de transferencia no debe identificarse con fraude o evasión tributaria, aun cuando se puede utilizar con tales fines;

– El doble propósito del informe es proteger los intereses de los servicios de impuestos internos nacionales involucrados y prevenir la doble tributación de las empresas involucradas;

– El método ideal es el del Precio Comparable No Controlado (*Comparable Uncontrolled Price* o CUP);

– De no existir evidencia útil disponible para aplicar el CUP, Costo Más (*Cost Plus*) o el Método de Precio de Reventa (*Resale Price Method* o RPM), son aceptables desde el punto de vista del principio de contraposición de intereses (véase capítulo 9 de este trabajo);

– No se excluyen otros métodos, pero con respecto a ellos el informe es vago y negativo: el método de división de utilidades es necesariamente arbitrario; la comparación de utilidades es sólo un indicador para una investigación más profunda acerca de la precisión del método elegido; el retorno sobre el capital invertido presenta dificultades en su aplicación; expectativas de rendimiento neto son demasiado imprecisas. Tales métodos pueden usarse para comprobar los resultados obtenidos con la aplicación de otro método (en el caso del método de comparación de utilidades) o como una solución en negociaciones bilaterales entre países envueltos en una controversia sobre la aplicación de métodos de precios de transferencia (método de división de utilidades);

– Métodos globales y métodos formularios para atribuir utilidades entre compañías afiliadas no se avalan, puesto que ellos son incompatibles con los artículos 7 y 9 del Modelo de Convenio sobre Doble Tributación de la OCDE; se les considera arbitrarios, ignoran las condiciones de mercado, desconocen la asignación de recursos efectuada por los administradores, no conllevan una relación legítima con los hechos económicos, e importan el riesgo de doble tributación[8];

– Siempre es útil comenzar un estudio de precios de transferencia con un análisis funcional (funciones reales, responsabilidades, riesgos, etc.);

[8] Métodos de Distribución Formularia Global atribuyen el total de las utilidades de un grupo empresarial a las distintas jurisdicciones en las cuales el grupo lleva a cabo su actividad económica. La distribucion está basada en una fórmula que normalmente tiene en cuenta factores como producción, planilla de pagos y valor de los activos de una empresa. Véase más adelante capítulo 12 (2).

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

– El informe parte del principio de reconocer la transacción real efectuada, no substituirla por otra; sin embargo, el precio de la transacción puede ser ajustado, en caso que no refleje el precio que correspondería al aplicar el principio de contraposición de intereses; y,

– Las políticas de precios de transferencia de EMNs pueden, de hecho, estar orientadas a seguir precios de mercado y, en caso que las diferentes entidades dentro de tales grupos tengan su propia responsabilidad en la generación de utilidades, ellas pueden ser libres de contratar con una empresa relacionada o con un tercero con el resultado que existe un grado de negociación de las condiciones de los contratos que se suscriben dentro del grupo, lo cual arroja como resultado un precio que no se puede distinguir claramente de un precio obtenible bajo condiciones de contraposición de intereses.

El Informe de 1979 se refiere además con un cierto grado de detalle a precios de transferencia de bienes (capítulo II), tecnología y marcas registradas (capítulo III), servicios (capítulo IV) y préstamos (capítulo V).

El Informe de 1984, cuando trata la distribución de costos de la administración central y servicios, se refiere a los problemas siguientes:

– Una definición de "costos de accionistas", los cuales no pueden cargarse a las subsidiarias;

– Una descripción de métodos directos e indirectos de distribución de costos, en particular métodos basados en participación en costos; y

– Pautas para la inclusión de un margen de utilidad en caso que se usen métodos basados en costos.

6. EL IMPACTO DE LOS INFORMES DE LA OCDE

El Informe de 1979 ha sido incluido en una recomendación del Consejo de Ministros de la OCDE a los gobiernos de los países miembros con el objeto que sus servicios de impuestos internos tengan en cuenta las consideraciones y métodos referidos en dicho informe.

Aunque la recomendación no tiene la fuerza legal inmediata, el hecho que todos los ministros de Hacienda de los países miembros de la OCDE hayan adoptado el Informe de 1979 sin reservas le da un nivel alto de autoridad. Hay una obligación más que moral para las autoridades tributarias de no desviarse del informe en sus regulaciones administrativas domésticas. En varios países las cortes ven el informe como obligatorio para la administración fiscal involucrada, a menos que la legislación pertinente se desvíe de él.

Debe notarse que en casi todas las regulaciones de países miembros de la OCDE, circulares y otras publicaciones de los servicios de impuestos internos respectivos se consideran como la interpretación de la ley por parte de dichos organismos, la cual no tiene fuerza de ley pero que es obligatoria para el servicio mismo. En los Estados Unidos, sin embargo, las regulaciones sobre precios de transferencia tienen casi el mismo valor normativo que las leyes, debido a las facultades con que cuenta el Servicio de Impuestos

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Internos de dicho país (*Internal Revenue Service* o IRS) para hacer ajustes en base a la Sec. 482 del IRC y el peso de la prueba que recae sobre el contribuyente para demostrar que el ajuste era incorrecto.

Aunque las regulaciones administrativas basadas en el informe de OCDE no tienen fuerza de ley, ellas han proporcionado una pauta para EMNs acerca de qué métodos de precios de transferencia son aceptables para los servicios de impuestos internos de cada país. La adopción del informe de la OCDE fue seguida por la publicación de regulaciones y circulares de los ministerios de Hacienda o servicios de impuestos internos de varios estados miembros. Para dar algunos ejemplos: en Austria una versión traducida del informe fue aprobada como regulaciones sobre precios de transferencia; en Italia se emitieron dos resoluciones basadas en el informe (números 32 de 22 de septiembre de 1980 y 42 de 12 de diciembre de 1981), las que todavía se encuentran en vigencia.

Por alrededor de una década los informes de la OCDE resultaron ser una manifestación del entendimiento común acerca de principios y métodos sobre precios de transferencia entre los servicios de impuestos internos de países industrializados. Sin tal entendimiento común es sumamente difícil de alcanzar un acuerdo para resolver los procedimientos de acuerdo mutuo en materia de precios de transferencia. El resultado puede ser, desafortunadamente, doble tributación.

La modificación a la disposición básica sobre precios de transferencia en los Estados Unidos (Sec. 482 IRC), en 1986, la publicación del *White Paper* por la Oficina del Tesoro estadounidense y el IRS en 1988 y por último las regulaciones temporales y finales que se emitieron de 1992 a 1995, rompió este acuerdo general.

7. LOS DESARROLLOS EN LOS ESTADOS UNIDOS

Hasta 1986

La Sec. 482 del IRC se promulgó en 1928 como Sec. 45. Hasta 1986 permaneció substancialmente inalterada. Dicha sección confiere autoridad al Ministro de Hacienda –en el caso de dos o más organizaciones poseídas o controladas por los mismos intereses– para distribuir, prorratear o atribuir renta bruta, deducciones, crédito o concesiones entre estas organizaciones si él determina que tal distribución, etc., es necesaria para prevenir la evasión fiscal o para reflejar el ingreso real de tales organizaciones. Este lenguaje es muy amplio y otorga por lo tanto vastas facultades al IRS para hacer los ajustes del caso.

En 1968 se adoptaron regulaciones más detalladas. Para propiedad tangible las regulaciones aplican una jerarquía rígida de métodos:

- el precio no controlado comparable;
- el precio de reventa;
- costo más; y
- otros métodos.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Para intangibles el método de la transacción comparable tendría que ser usado; si una transacción comparable no fuera encontrada, 12 factores serían aplicados para determinar el precio de contraposición de intereses, partiendo por las "condiciones prevalentes en la industria".

El estándar correspondiente con el ingreso (commissurate with the income)

Desde principios de los años ochenta aumentó la preocupación del IRS, la Oficina del Tesoro y el Congreso por el uso de esquemas de planificación tributaria que involucraban la transferencia de intangibles (tecnología) desarrollados en los Estados Unidos a subsidiarias de compañías estadounidenses localizadas en paraísos fiscales o *"tax havens"*. La Ley de Reforma Tributaria de 1986 agregó una frase a la Sec. 482 del IRC referida a intangibles. En el caso de licenciar o transferir propiedad intangible, el ingreso del transfiriente tenía que ser "correspondiente con el ingreso atribuible al intangible". Esta disposición es conocida como *"super-royalty provision"*, mira a la futura utilidad real con el objeto de determinar el precio de la transacción a la fecha del contrato. Significa que un precio puede ajustarse para los fines tributarios si la utilidad del transferido es más alta que la esperada al momento de la transacción.

Los críticos de la nueva disposición comentaron que el uso de percepción retrospectiva estaba en conflicto con los principios de OCDE, puesto que los precios normalmente no son los recalculados entre partes no relacionadas si el negocio es más beneficioso para una de las partes que lo esperado.

El White Paper (Papel Blanco)

En 1988, el IRS y la Oficina del Tesoro estadounidense produjeron un estudio acerca de como implementar la regla que los *royalties* atribuibles a un intangible deben ser "correspondientes con el ingreso". El White Paper presentó cuatro métodos: dos basados en los precios comparables no controlados y dos basados en utilidades.

El método de precio comparable no controlado exacto se reconoció como el método primario, pero se admitía que comparables exactos son muy raros en la práctica. El segundo método basado en precios (comparables inexactos), en el cual las diferencias con la transacción llevada a cabo entre partes relacionadas tienen que ser reconocidas y cuantificadas mediante ajustes, no tenía una prioridad clara por sobre los dos métodos basados en utilidades.

El Método de Retorno Básico de Contraposición de Intereses (*Basic Arm's Lenght Return Method*, BALRM, por su sigla en inglés, que se llegó a conocer como *"ballroom"*), desarrollado en el *White Paper* fue una novedad en el campo de precios de transferencia. Intentó identificar un retorno apropiado para intangibles aplicando las tasas de retorno en un determinado sector industrial respecto de las funciones y recursos empleados por las partes de transacciones reales. El cuarto método era un método de división de utilidades.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Las ideas expuestas en el *White Paper* fueron objeto de severas críticas. En primer lugar se consideraba que el método *"ballroom"* estaba en conflicto con el principio de contraposición de intereses, ya que partes no relacionadas no usarían tal método en la práctica llegar a establecer el precio de una transacción. En segundo lugar, el método sería difícil de aplicar sin información acerca de retornos sobre recursos empleados y funciones desempeñadas. Dicho método sería también injusto para las empresas con retornos que varían considerablemente del promedio de industria. Otra crítica era que en muchos casos no es posible definir exactamente la parte de una industria o producto respecto del cual la utilidad debe compararse. Otros países miembros de la OCDE temieron que el método asignaría más utilidades a compañías basadas en los EE.UU. que lo razonable.

Las regulaciones propuestas en 1992

En enero de 1992, el IRS y la Oficina del Tesoro estadounidense propusieron nuevas regulaciones para la Sec. 482 que reemplazaban parcialmente las regulaciones de 1968. El "propósito era implementar el estándar de avaluación de intangibles "correspondiente con el ingreso" contenido en la Sec. 482 del IRC y mejorar la posición del IRS en las disputas judiciales.

Las regulaciones propuestas contienen dos métodos basados en precios y un método basado en utilidades para intangibles. El Método de la Transacción Idéntica (*Matching Transaction Method* o MTM) es el mismo que el método comparable exacto del *White Paper*. El Método de la Transacción Comparable Ajustable (*Comparable Adjustable Transaction Method* o CATM) es más o menos igual que el método del comparable inexacto del *White Paper*. El resultado de la aplicación de este método debe, sin embargo, situarse dentro de un intervalo de utilidad comparable (*Comparable Profit Interval* o CPI).

Datos para establecer el CPI son derivados de compañías similares y, si ellos no están disponibles, de los datos estadísticos del sector.

La escala de prioridad fija de los métodos establecida en las regulaciones 1968 fue relajada.

Unidad Especial de Trabajo (Task Force) *de la OCDE*

Las regulaciones propuestas fueron fuertemente criticadas. La OCDE formó una unidad especial de trabajo con el propósito de estudiar las regulaciones de 1992. Estados Unidos actuó como un observador de dicho grupo. En enero de 1993 el grupo de trabajo publicó sus conclusiones. Los comentarios principales fueron hechos con relación al uso de "percepción retrospectiva" *(Hindsight)* al aplicar la regla del *royalty* variable correspondiente con el ingreso atribuible a un intangible. El principio de contraposición de intereses es abandonado porque bajo este principio un precio de transferencia depende de la evaluación de los hechos y circunstancias al momento que la transacción tiene lugar,

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

pudiendo tenerse en cuenta sólo aquellos eventos y circunstancias conocidos y razonablemente previsibles por las partes. El grupo de trabajo también demostró su preocupación por el CPI. La comparación de utilidades sólo puede usarse como un método de último recurso o como una forma de comprobación de los resultados arrojados por el uso de otros métodos.

Las Regulaciones Temporales de 1993

Las Regulaciones Temporales emitidas en enero de 1993 son mucho más amplias que las Regulaciones propuestas en 1992, puesto que no sólo se tratan intangibles sino también contienen las regulaciones revisadas en las transferencias de propiedad tangible. Para las transferencias de propiedad tangible se dieron cinco métodos principales: El PCNP o CUP, el Método de Precio de Reventa (*Resale Price Method* o RPM), Costo Más (*Cost Plus*), Método de Utilidad Comparable (*Comparable Profit Method* o CPM) y División de Utilidades (*Profit Split*).

Se introduce la denominada regla del "Mejor método" (*Best Method Rule*); esto significa que el resultado de intereses contrapuestos en una transacción controlada debe determinarse por el método que proporciona la medida más exacta de un resultado de contraposición de intereses tomando en cuenta los hechos y circunstancias de una transacción específica.

Para intangibles se introduce el Método de la Transacción Comparable No Controlada (*Comparable Uncontrolled Transaction* o CUT), que combina el MTM y CATM de las regulaciones propuestas en 1992. Las regulaciones de 1993 son menos rígidas en la comparabilidad que las regulaciones de 1992. Las transacciones no controladas deben ser suficientemente similares para mantener una referencia razonable y confiable a fin de determinar si la transacción controlada arroja un resultado de contraposición de intereses.

Si el CUT no puede aplicarse porque no existe información adecuada o no está disponible, puede usarse el CPM que se deriva del método de CPI de 1992. Otros métodos, por ejemplo el método de la división de utilidades, pueden usarse, con tal de que el contribuyente prepare documentación que explique por qué este método proporciona la medida más exacta como resultado de contraposición de intereses.

El Grupo de Trabajo de la OCDE nuevamente

En diciembre de 1993, la Unidad de Trabajo Especial de la OCDE evacuó un informe respecto de las regulaciones temporales y propuestas de 1993. La Unidad de Trabajo Especial mantenía su preocupación por que el CPM pudiera volverse el método predominante usado por el IRS, aunque se mostró satisfecho con la eliminación de CPM como una comprobación obligatoria para todos los métodos y con la introducción de la regla del mejor método.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

8. LAS REGULACIONES ESTADOUNIDENSES FINALES DE 1994

El 1 de julio de 1994, el IRS emitió regulaciones finales bajo la Sec. 482 del IRC en vigor para los años tributarios que comenzaran después del 6 de octubre de 1994. Según el preámbulo, ellas clarifican y refinan las disposiciones de las regulaciones de 1993 donde se estimaba necesario, sin alterar fundamentalmente las políticas básicas reflejadas en aquéllas.

De acuerdo con el principio de contraposición de intereses, se espera que los contribuyentes obtengan en sus transacciones "controladas" los resultados que habrían obtenido contribuyentes no sujetos a control en las mismas transacciones bajo las mismas circunstancias. La regulaciones reconocen, sin embargo, que transacciones idénticas entre contribuyentes no relacionados son poco usuales. En consecuencia, más que buscar transacciones idénticas se debe buscar transacciones comparables.

La regla del mejor método

Bajo esta regla, debe escogerse el método que, dado los hechos y circunstancias, proporcione la medida "más confiable de un resultado de contraposición de intereses". A la hora de seleccionar un método deben considerarse dos factores importantes: la comparabilidad y la calidad de los datos disponibles y supuestos utilizados. Métodos que se basan en transacciones no controladas con un grado más alto de comparabilidad son los preferidos.

En teoría, es posible determinar el resultado sin necesidad de verificación mediante la utilización de otros métodos. No obstante, si el IRS considera que en un caso particular es otro método el que produce resultados más adecuados, es el contribuyente quien tiene la carga de la prueba para demostrar que el criterio del servicio es equivocado. Inhabilidad de probar esto puede significar la imposición de multas.

El análisis de comparabilidad

El tema de la comparabilidad se discute con gran detalle en las regulaciones. No es necesario que las transacciones que se utilizan en el análisis comparativo sean idénticas, pero deben ser suficientemente similares como para justificar su utilización en dicho análisis. De existir diferencias relevantes deben hacerse los ajustes necesarios para dar cuenta de tales diferencias.

Además de la calidad del producto o servicio en cuestión, se enumeran cinco factores qué generalmente afectan la comparabilidad:

- funciones desempeñadas;
- condiciones contractuales;
- riesgos asumidos;
- condiciones económicas; y,
- los bienes o servicios mismos.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La comparación del propio producto es importante para el método CUP. La comparación de funciones es particularmente importante al aplicar los métodos de precio de reventa y costó más. La comparación de utilidades operacionales –mediánte el indicador del nivel de utilidades– es esencial para el Método de Comparación de Utilidades o CPM (en detalle más adelante).

*El rango de contraposición de intereses (*Arm's Lenght Range *o ALR)*

El ARL puede utilizarse si más de un resultado de intereses contrapuestos se encuentra disponible. El ALR puede derivarse de aplicar un solo método seleccionado bajo la regla del mejor método, pero también de la aplicación de métodos diferentes si ello es apropiado bajo la misma regla. El IRS no está facultado para hacer ajustes si los resultados del contribuyente controlado caen dentro del ALR.

El ALR se deriva de transacciones no controladas de similar comparabilidad y confiabilidad. Un grado igual de comparabilidad puede ser logrado si se hacen los ajustes apropiados respecto de todas las diferencias relevantes; y aún más, debe ser probable que no exista ninguna diferencia relevante no identificada. Todos los comparables no controlados de tales características deben ser incluidos en el ALR.

Si tales condiciones no se reúnen, el ALR se deriva de todos los resultados de todos los comparables que alcanzan un nivel similar de comparabilidad y confiabilidad. Si es posible la confiabilidad del análisis debe ser reforzada aplicando los datos estadísticos para producir el "rango intercuartil" que es la banda de resultados entre el 25% al 75% de los resultados derivados de los comparables no controlados.

Transferencias de propiedad tangible

Las regulaciones especifican cinco posibles métodos aplicables en la transferencia de propiedad tangible. Todos los métodos deben aplicarse de acuerdo con la regla del mejor método, el análisis de comparabilidad y el ALR.

(1) Método del Precio Comparable No Controlado (PCNP o CUP)

Bajo el método CUP, el precio que refleja una contraposición de intereses por la venta de propiedad tangible de un miembro de grupo multinacional a otro miembro del mismo grupo es igual al precio cobrado en una transacción comparable no controlada.

La regla del mejor método debe ser empleada para determinar si el resultado de aplicar el CUP arroja la medida más ajustada a un resultado de contraposición de intereses. El grado de comparabilidad debe determinarse en base a los criterios de comparabilidad establecidos en las regulaciones.

El CUP generalmente proporciona la medida más confiable del resultado de contraposición de intereses si no hay ninguna diferencia entre las transacciones controladas y las no controladas o sólo diferencias menores que puedan ajustarse.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Ajustes pueden ser necesarios para arribar a un CUP, pero diferencias relevantes del producto por las cuales no se pueden hacer ajustes confiables hacen impropio este método (es decir un CUP no es tal cuando los productos comparados difieren considerablemente uno del otro).

Los ajustes por las diferencias pueden ser pertinentes en los siguientes aspectos:

- la calidad del producto;
- las condiciones contractuales;
- nivel del mercado (venta al por mayor, menudeo, etc.);
- el área geográfica del mercado;
- la fecha de la transacción;
- los intangibles involucrados;
- riesgos de cambio en la divisa; y,
- las alternativas disponibles al comprador y vendedor.

En ciertos sectores de la actividad comercial información de las bolsas de valores u obtenible de los medios de comunicación puede servir como CUP. En tales casos ajustes pueden ser necesarios para corregir las diferencias como se indicó anteriormente.

(2) Método de Precio de Reventa (MPR o RPM)

El RPM determina el precio de contraposición de intereses substrayendo un apropiado margen de utilidad bruto –derivado de transacciones no controladas comparables– del precio real (el precio de "reventa") que fue cobrado por un miembro de grupo (el "revendedor") a una parte no relacionada. El margen de utilidad bruto representa el valor de las funciones ejecutadas por el revendedor incluyendo una utilidad operacional por la inversión de capital y los riesgos asumidos.

De acuerdo a las regulaciones, la utilidad bruta se computa multiplicando el precio de reventa aplicable por el margen de utilidad bruta (es decir, los costos de los bienes que se vendieron y la utilidad bruta) obtenidos en transacciones comparables no controladas (el margen de utilidad bruta se expresa como un porcentaje de las ventas totales).

Las reglas generales con respecto al mejor método, la comparabilidad y el ALR son también aplicables a este método. Al aplicar el RPM, sin embargo, la similitud de productos es menos importante que bajo el método del CUP. La similitud de funciones, los riesgos incurridos y las condiciones contractuales son particularmente relevantes.

Ejemplos de factores relevantes a la hora de determinar los comparables son:

- los niveles de inventario, precios de venta, protección a los precios ofrecidos de los fabricantes;

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

• las condiciones contractuales (las garantías, volumen de ventas / compras, crédito y condiciones de transporte);
• ventas, marketing, publicidad y otros servicios;
• niveles del mercado (venta al por mayor, detalle, etc.); y,
• riesgos de cambio en la divisa.

La comisión ganada por un agente de las ventas puede usarse como un margen de beneficio bruto comparable si las funciones del contribuyente controlado, condiciones y riesgos son comparables.

El RPM ordinariamente se usa en casos donde el revendedor no ha agregado un valor sustancial a los productos involucrados, como por ejemplo, cuando éste limita a empaquetar o a labores de ensamblaje menor en las que no se involucran intangibles valiosos.

Ejemplo:

Compañía controlada A vende bienes a compañía controlada B, quien a su vez revende dichos bienes terceros no relacionados. El precio de reventa es $100. El margen de beneficio bruto en las transacciones no controladas comparables es 20%. El precio que mejor reflejaría una contraposición de intereses para la venta que tiene lugar entre A y B es $100 menos (20% x $100) = $80.

(3) Método Costo Más

El método de costo más mide el precio que mejor refleja una contraposición de intereses agregando una utilidad bruta apropiada (margen de utilidad bruta) al costo de producción de los bienes en cuestión del contribuyente controlado. El margen de utilidad bruto es determinado por referencia a márgenes de utilidad brutos obtenidos por terceros en transacciones no controladas. Las reglas generales del mejor método, la comparabilidad y el ALR son aplicables a este método.

La utilidad bruta representa el valor de las funciones de producción ejecutadas incluyendo una utilidad operacional por el capital invertido y riesgos asumidos.

La comparabilidad para el método de costo más es particularmente dependiente en la similitud de funciones ejecutadas, riesgos asumidos y las condiciones contractuales, y menos dependiente en la similitud de productos.

Los ejemplos de factores pertinentes para la comparación son:

· complejidad del proceso de manufacturación o ensamblaje;
· ingeniería de producción y proceso;
· provisión, compra y control de inventario;
· pruebas;
· gastos de venta, generales y administrativos;
· riesgos de cambio; y,

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

· las condiciones contractuales (las garantías, volumen de ventas / compras, crédito y condiciones de transporte).

Comisiones ganadas por agentes compradores pueden ser utilizadas como márgenes de utilidad bruta adecuados si las funciones del contribuyente controlado, condiciones y riesgos son comparables.

(4) Método de Utilidad Comparable (MUC o CPM)

Los tres métodos descritos son de carácter transaccional. Para la transferencia de propiedad tangible pueden usarse dos métodos basados en utilidades, el CPM y el método de división de utilidades.

El CPM puede usarse tanto para propiedad tangible como intangible. El punto de comparación no es un precio o transacción comparable no controlada, sino el nivel de rentabilidad que obtienen contribuyentes no sujetos a control envueltos en transacciones similares bajo circunstancias similares (indicador del nivel de utilidades).

El CPM es basado en la utilidad operacional que la parte bajo análisis habría obtenido en las transacciones dentro del grupo empresarial si el indicador del nivel de utilidades fuera igual a una utilidad operacional comparable no controlada. El indicador del nivel de utilidades debe aplicarse con la mayor precisión posible a la línea de negocios que cubre las transacciones controladas de la parte bajo análisis.

Los indicadores del nivel de utilidades son tasas que miden las relaciones entre utilidades y costos incurridos o recursos empleados, que cubren normalmente el año tributario objeto de revisión y los dos años tributarios precedentes. Por ejemplo: la tasa de retorno sobre el capital empleado (tasa de utilidad operacional a activos operacionales), la tasa de utilidades operacionales a las ventas, o la tasa de utilidades brutas a los gastos operacionales.

La determinación de si los resultados del CPM constituyen un resultado confiable que mejor refleja el principio de contraposición de intereses debe efectuarse bajo la regla del mejor método. Las reglas generales respecto a comparabilidad son también aplicables. En particular, los recursos empleados y riesgos asumidos son pertinentes para el análisis comparativo. La similitud del producto es menos importante. Deben hacerse ajustes por las diferencias que afectan materialmente las utilidades entre la parte bajo análisis y los contribuyentes no sujetos a control, tales como por ejemplo el valor de los activos empleados.

(5) Método de División de Utilidades (*Profit Split*)

La división de utilidades puede aplicarse tanto a propiedad tangible como intangible. Este método evalúa si la asignación de la utilidad operacional combinada o pérdida atribuible a una o más de las transacciones controladas reflejan el principio de

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

contraposición de intereses. El punto de referencia es el valor relativo de las contribuciones de los contribuyentes no sujetos a control a esa utilidad o pérdida. La utilidad (o pérdida) operacional combinada debe derivarse de la línea de negocios más precisamente involucrada en la actividad comercial que cubre la transacción controlada.

El valor relativo de las contribuciones de cada contribuyente controlado debe ser determinado reflejando las funciones desempeñadas, riesgos asumidos y recursos empleados. Se pretende alcanzar la división de utilidades o pérdidas que acordarían partes no relacionadas de verse envueltas en tales transacciones.

Hay dos métodos de división de utilidades: la división comparable de utilidades y la división de utilidad residual.

(6) Métodos No Especificados

Cualquier otro método usado para evaluar si la cantidad cobrada en una transacción controlada refleja el principio de contraposición de intereses debe aplicarse de acuerdo con las reglas generales de las regulaciones, incluida la regla del mejor método, análisis de comparabilidad y el ALR.

Transferencias de intangibles

Se establecen tres métodos específicos para determinar la cantidad cobrada, que mejor refleje el principio de contraposición de intereses, en una transferencia controlada de propiedad intangible:

- Transacción Comparable no Controlada (TCNC o CUT) que es en gran parte similar al método CUP;
- MUC o CPM; y,
- Método de división de utilidades.

Una cuarta categoría son métodos "no especificados".

Todos los métodos se gobiernan por los principios generales de las regulaciones, incluso la regla del mejor método, el análisis de comparabilidad y el ALR.

El estándar "correspondiente con el ingreso" de la Sec. 482 del IRC se implementa requiriendo ajustes periódicos a la compensación recibida por propiedad intangible en el caso de contratos o acuerdos que cubren más de un año. El IRS no está facultado para exigir ajustes periódicos en ciertas situaciones, por ejemplo si el mismo intangible también se transfirió a un contribuyente no sujeto a control bajo substancialmente las mismas circunstancias, o si las utilidades del transferido en los años pertinentes no son inferiores al 80% ni superiores al 120% de las utilidades previsibles en el momento de entrar en el acuerdo.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Participación en Costos (en materia de intangibles)

Los acuerdos de participación en costos (*cost sharing agreements* o CSA) son acuerdos concluidos por miembros de EMNs, y ocasionalmente por partes independientes, para compartir los costos y beneficios de actividades de Investigación y Desarrollo (R&D por su sigla en inglés) en proporción a los beneficios razonablemente esperados de la explotación individual resultante del desarrollo de intangibles. Compartir costos de desarrollo es una alternativa al pago de licencias.

Nuevas y muy detalladas regulaciones relativas a los acuerdos de participación en costos fueron incorporadas en el cuerpo principal de las regulaciones sobre precios de transferencia en diciembre de 1995, las que entraron en vigor en enero de 1996.

Reglas estadounidenses sobre documentación y sanciones

Las sanciones aplicables en caso que el IRS decida ajustar utilidades están establecidas en las Regulaciones de Sanciones de febrero de 1996. Si el precio de contraposición de intereses determinado por el IRS por bienes o servicios recibidos por un contribuyente controlado es a lo menos superior en un 200% –o en caso de propiedad transferida o servicios prestados por un contribuyente controlado resulta ser un 50% inferior a dicho precio– que el precio de transferencia fijado por las partes controladas, el servicio puede imponer una multa del 20% calculada sobre la diferencia de impuesto recalculado (esta infracción es la denominada declaración falsa substancial o *substantial misstatement*).

Una multa del 40% se impone si los precios difieren 400% ó 75%, respectivamente (declaración falsa grave o *gross misstatement*). No cobrar por los servicios prestados a las entidades relacionadas extranjeras resulta siempre en una multa de un 40% de la diferencia de impuesto girada.

Una multa del 20% de la porción de impuesto no pagado es establecida si la cantidad total de los ajustes en un año tributario exceden de cinco millones de dólares o 10% del valor de las ventas (*gross receipts*); una multa del 40% es establecida para el caso que los ajustes efectuados en un año tributario excedan de veinte millones de dólares o un 20% del valor de las ventas (*gross receipts*).

Las sanciones pueden no ser aplicadas si el contribuyente, basado en los datos que estaban disponibles, razonablemente concluyó que su análisis era el más confiable y ha satisfecho el requisito de documentación de las regulaciones. En tal caso, el contribuyente puede estar sujeto a un ajuste si el IRS utiliza más tarde un análisis diferente o utiliza datos diferentes que arrojen a un resultado diverso, pero un ajuste no implica necesariamente la imposición de multas.

Para evitar la imposición de sanciones los contribuyentes deben ser capaces de explicar –sobre la base de documentación contemporánea– cómo seleccionaron su método de fijación de precios (la regla del mejor método) y las razones por las cuales no usaron otros métodos disponibles.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El IRS y la Oficina del Tesoro consideran que una comparación de métodos es inherente en la regla del mejor método. Para que un método sea considerado el "mejor" debe ser comparado con otros métodos. Las regulaciones establecen que "un método sólo puede aplicarse en un caso particular si la comparabilidad, la calidad de datos y la confiabilidad de los presupuestos bajo ese método lo hace más fiable que cualquier otra medida disponible del resultado que refleje una contraposición de intereses".

Uno de los factores tenidos en cuenta para determinar si un contribuyente seleccionó y aplicó razonablemente un método determinado es si el contribuyente hizo una búsqueda razonable de información o datos. Para la determinación de si una búsqueda de datos es completa, el costo de adquirir información adicional puede ser contrapesado contra el costo de la transacción o transacciones en cuestión.

9. LAS NUEVAS PAUTAS DE LA OCDE

Introducción

Desde 1992 una unidad de trabajo especial del Grupo de Trabajo Nº 6 del Comité de Asuntos Fiscales (CAF o CFA por su sigla en inglés) ha trabajado en una actualización y consolidación de los informes de 1979 y 1984 sobre Precios de Transferencia. Una actualización se hacía necesaria para reflejar los desarrollos en el comercio internacional, por ejemplo el fenómeno de la globalización, y los avances tecnológicos. Las nuevas pautas también intentan alcanzar un acuerdo por las diferencias que han surgido entre los Estados Unidos y otros países miembros de la OCDE desde la publicación en 1988 del *White Paper* en los EE.UU. Un estándar internacional de carácter mundial en esta materia es particularmente importante para evitar la doble tributación.

Las pautas se han presentado primeramente como un proyecto para su discusión. Las últimas pautas han sido publicadas por partes, empezando con los capítulos I a V en julio de 1995, los que cubren el Principio de contraposición de intereses (capítulo I), los Métodos tradicionales (II), Otros métodos (III), Aspectos administrativos (IV) y Documentación (V). La segunda parte se publicó en marzo de 1996, que cubre Propiedad intangible (VI) y Servicios (VII). Un capítulo relativo a Métodos de contribución en costos (VIII) se publicó en octubre de 1997.

El prólogo a las nuevas pautas pone énfasis en que la OCDE continuará endosando como principios rectores el de entidades separadas y el de contraposición de intereses. Las pautas tienen como propósito indicar vías mutuamente aceptables tanto como para los servicios de impuestos internos de cada país, como para las EMNs a objeto de minimizar los conflictos entre ellos. Los servicios de impuestos internos son invitados a tener en cuenta el juicio comercial de los contribuyentes con respecto a los precios de transferencia en caso de auditorías tributarias.

Otro propósito de las pautas es que ellas sean usadas en los procedimientos de acuerdo mutuo y procedimientos del arbitraje entre los países miembros de la OCDE. El

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

párrafo 2 del artículo 9 del Modelo de Convenio sobre Doble Tributación de la OCDE requiere de un ajuste correspondiente, a fin de evitar la doble tributación económica, sólo si el país en cuestión, digamos B, está de acuerdo con el ajuste primario hecho por el servicio de impuestos internos del país A. El prólogo señala que el Estado A debe demostrar que el ajuste primario fue correctamente aplicado tanto como principio, cuanto como a los montos involucrados.

El principio de contraposición de intereses

El capítulo I trata el principio de contraposición de intereses. Importantes consideraciones planteadas en el Informe de 1979 son reafirmadas. Las servicios de impuestos internos no deben asumir automáticamente que las empresas asociadas manipulan sus utilidades. Establecer los precios de transferencia es –según las pautas– muy difícil porque en muchos casos no es posible hacer una comparación con una situación de libre mercado. Además, el capítulo I establece que ajustes de contraposición de intereses deben aplicarse, independientemente de cualquier obligación contractual de las partes y de cualquier intención de las partes para evadir impuestos. Esto es igual que en las regulaciones estadounidenses. Al momento de decidir precios de transferencia el objetivo principal no es determinar la existencia de fraude tributario o evasión, aunque ellos pueden usarse para tales propósitos. Si los precios de transferencia no son determinados de acuerdo con el principio de contraposición de intereses, las obligaciones tributarias de empresas asociadas e ingresos tributarios, los países involucrados se verían distorsionados. No obstante, factores de carácter extratributario pueden llevar a distorsiones, por ejemplo legislación contradictoria relativa a valoración aduanera, anti-dumping, control de precios y cambio de divisas. Además, distorsiones pueden ser causadas por los requerimientos de flujos de dinero en efectivo dentro de un EMN, o –en el caso de EMNs cuyas acciones se transan en las bolsas de valores– por la presión de sus accionistas de mostrar altas utilidades a nivel de compañía de la compañía matriz.

Un problema importante del Informe de 1979 se discute en más detalle. Las empresas asociadas dentro de un grupo multinacional normalmente tienen una cantidad considerable de autonomía y a menudo negocian entre sí como si fueran las partes independientes, con la posibilidad de comprar y vender en el mercado libre si las condiciones allí son más favorables. Los administradores de tales empresas –partes de un grupo– tienen interés en establecer buenos resultados de utilidades; precios que reducirían dichas utilidades son contrarios a ese interés. También, del punto de vista de un buen manejo, EMNs pueden verse motivadas a usar precios de contraposición de intereses para poder juzgar mejor el desempeño de los centros de producción de utilidades. La conclusión que debe sacarse, en opinión del autor, es que, si existe evidencia de haberse negociado entre empresas relacionadas como si ellas fueran partes independientes, el resultado del trato debe aceptarse como precio que refleja una adecuada contraposición de intereses ("método de precio de transferencia negociado"). Las pautas, sin embargo, concluyen este párrafo con el comentario

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

abierto que la evidencia de complicadas negociaciones es insuficiente para establecer que ellas fueron conducidas siguiendo el principio de contraposición de intereses. Es infortunado que el Comité en Asuntos Fiscales no siguió la recomendación de la Asociación Fiscal Internacional de 14 de octubre de 1992 para investigar las circunstancias bajo las que puede considerarse que el resultado de "negociaciones duras" puede ser considerado como un resultado de contraposición de intereses[9].

En las Pautas de 1995, la OCDE da una base fundamental al principio de contraposición de intereses: el tratamiento igual de EMNs y empresas independientes. Uno podría preguntarse, sin embargo, si la balanza no se ha inclinado en la otra dirección. En particular, los requerimientos de documentación estadounidense y las sanciones establecidas allí impusieron una alta carga en empresas miembros de un grupo que negocian entre sí, comparadas con otras empresas no asociadas.

Las singularidades de ciertas transacciones dentro de EMNs no se conectan solamente con consideraciones tributarias sino también con elementos comerciales que difieren de aquéllas encontradas entre empresas independientes. Una empresa independiente, por ejemplo, normalmente no vendería bienes intangibles por un precio fijo si la utilidad potencial de ellos no puede estimarse adecuadamente y existe otra manera de obtener rentabilidad de tales intangibles. Las pautas no proporcionan una solución para este problema, sólo señalan que en tales casos es muy difícil determinar el precio que reflejaría una contraposición de intereses.

Este vago párrafo parece ser una transacción entre el punto de vista estadounidense para la transferencia (venta) de intangibles, en que, en algunos casos, el precio debe ajustarse periódicamente, sobre la base de circunstancias que se llegaron a conocer recientemente, y el punto de vista de otros países que excluyen el uso de esta "percepción retrospectiva" o *hindsight*.

El capítulo I contiene una declaración importante que parece apuntar a la posición bastante matemática que siguen los EE.UU. (el rango intercuartil, etc.): "Precios de transferencia no es una ciencia exacta pero requiere el ejercicio de juicio por parte de la administración tributaria y del contribuyente".

La "Distribución Formularia Global" –también llamado "Tributación Unitaria"– es rechazada como una posible alternativa práctica y teórica al principio de contraposición de intereses.

La comparabilidad

Con respecto a la comparabilidad, las pautas siguen la estructura de las regulaciones estadounidenses que contienen un extenso tratamiento de la comparabilidad, el cual hacen también aplicable a todos los métodos.

[9] Véase Hubert Hamaekers, supra nota 6.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Las pautas señalan que para la comparabilidad es necesario que:

• no exista ninguna diferencia entre la transacción intragrupo y una transacción efectuada en el mercado libre que pudiese afectar materialmente el precio (o margen); o,

• debe ser posible efectuar los ajustes necesarios para eliminar las diferencias.

La comparación de precios y condiciones, así como la evaluación de las diferencias es, según las pautas, un aspecto esencial a la hora de decidir respecto de una transacción por parte de empresas no relacionadas que han de servir potencialmente como comparable. Por consiguiente, las servicios de impuestos internos también deben tener en cuenta estas diferencias al establecer la comparabilidad.

El método del PCNP o CUP compara una transacción intragrupo con una transacción similar efectuada por las empresas no relacionadas. Este método es menos confiable si todas las características que significativamente afectan el precio no son comparables. Los métodos de precio de reventa (MPR o RPM) y costo más (*cost plus*) comparan los márgenes de utilidad bruta para establecer el precio que refleje una contraposición de intereses.

Otros métodos están basados en la comparación de las utilidades que podrían derivarse si las partes involucradas hubiesen tratado solamente con empresas independientes.

En todos los casos deben hacerse ajustes para tomar en consideración las diferencias que afectarían significativamente el precio o retorno requerido.

Las pautas enumeran factores similares a las regulaciones estadounidenses para establecer el grado de comparabilidad efectivo.

El ALR

Siguiendo las regulaciones estadounidenses como un ejemplo, las pautas incluyen un pasaje respecto del ALR que no estaba considerado en el Informe de 1979. Se señala que, en muchos casos, la aplicación del método (o métodos) más apropiado produce un rango de resultados todos de los cuales son igualmente confiables. Las diferencias en el rango de resultados son causadas por el hecho que en general sólo es posible una aproximación a las condiciones existentes entre las empresas no relacionadas, o por el hecho que los precios usados por tales empresas no son exactamente los mismos.

Si el precio o el margen está dentro del ALR, ningún ajuste será necesario por parte del servicio de impuestos internos respectivo. Si el precio o el margen cae fuera del rango, el contribuyente debe tener la oportunidad de presentar la evidencia adicional que justifique su apreciación. Si el contribuyente no cumple con tal carga, el servicio de impuestos internos debe encontrar el punto dentro del rango que mejor refleja la situación de la transacción particular. El ajuste deberá estar basado en este último criterio. Las regulaciones estadounidenses son más complicadas y menos flexibles que las pautas en este respecto.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El uso de los métodos de precios de transferencia

Consideraciones importantes en el uso de los métodos son las siguientes:

• ningún método es conveniente para todas las situaciones y no es posible proporcionar reglas específicas que cubran cada caso;
• el servicio de impuestos internos debe abstenerse de hacer ajustes menores (sin embargo "menor" es un concepto relativo);
• la aplicación de más de un método no es necesaria; hacer obligatorio realizar los análisis bajo más de un método crearía una carga significativa para los contribuyentes;
• evidencia de otros grupos de empresas comprometidas en transacciones controladas puede ser útil para entender la transacción bajo análisis; y,
• cualquier método que sea acordado por los miembros del grupo multinacional y los servicios de impuestos internos en las jurisdicciones de todos los países involucrados es aceptable.

La tercera consideración mencionada arriba constituye en la práctica la diferencia más grande entre las pautas y las regulaciones estadounidenses. Según la "regla del mejor método", debe usarse el método que, bajo los hechos y circunstancias del caso, produce la "medida más confiable" del resultado que refleje una contraposición de intereses. Las regulaciones estadounidenses no prescriben explícitamente usar más de un método: "Puede ser pertinente considerar si los resultados de un análisis son consistentes con los resultados de un análisis efectuado bajo otro método". Sin embargo, cuando el IRS aplica un método diferente que arroja un resultado distinto, el contribuyente sólo puede escapar una sanción si él puede acreditar con documentación contemporánea que ha probado también el otro método y puede justificar su opción.

Métodos de Precios de Transferencia

(1) Método del Precio Comparable No Controlado (PCNP o CUP)

El capítulo II de las pautas describe los tres métodos clásicos de precios de transferencia: el PCNP o CUP, el MPR o RPM y el método de costo más o *cost plus*.

El método del CUP compara el precio cobrado por bienes o servicios en una transacción controlada con el precio acordado en una transacción comparable entre empresas no relacionadas en circunstancias comparables. Las diferencias entre los dos precios pueden indicar que el primer precio no refleja contraposición de intereses y que tiene que ser reemplazado por el segundo. Las pautas señalan que, en los casos en que es posible localizar una transacción comparable no controlada, este método es el más directo y confiable de aplicar para ajustarse al principio de contraposición de intereses. El método CUP es preferible por sobre todos los otros métodos en tales casos.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Las pautas, sin embargo, no entregan un orden formal de prelación. Ellas no contestan la pregunta de si es permisible que los servicios de impuestos internos hagan los ajustes en base al método del CUP en los casos donde el RPM o costo más han sido aplicados de forma correcta y consistente. Las pautas estipulan además, en otra parte, que si la diferencia en el resultado sólo es menor, el servicio de impuestos internos debe abstenerse de hacer ajustes. En los Estados Unidos, un ajuste es posible debido a las facultades del IRS. En algunos otros países se reconoce una prioridad formal para el método del CUP. En Alemania se podría decir que un buen hombre de negocios debería haber usado el mejor precio solicitado u ofrecido por una tercera parte independiente. Una solución razonable sería para los servicios de impuestos internos aceptar el pasado si el método aplicado hubiese sido aceptable en principio, pero insistir en el uso de CUPs si éstos se encuentra disponibles en el futuro.

(2) Método de Precio de Reventa (MPR o RPM)

El MPR o RPM de las pautas es básicamente similar a de las regulaciones estadounidenses (véase supra 8 en la parte pertinente). El precio de reventa obtenido por un revendedor asociado de un comprador independiente es reducido por un margen bruto apropiado (el "margen de precio de reventa") que representa los costos de los bienes vendidos y un margen de utilidad apropiado a la luz de las funciones realizadas. Lo que queda puede considerarse como el precio que refleja contraposición de intereses por la transferencia de los bienes entre las empresas asociadas involucradas.

Los aspectos de comparabilidad se tratan extensamente en las pautas. Como en las regulaciones estadounidenses, las pautas estipulan que en la aplicación de este método las diferencias en los productos son menos significativas para la comparación que las diferencias en las funciones realizadas, los activos usados, riesgos asumidos y las circunstancias económicas de la transacción. El RPM incluso puede ser inclusive más confiable que el método CUP si todos los aspectos, excepto el producto mismo, son comparables en cuanto a sus características.

El margen de precio de reventa puede normalmente ser determinado con facilidad cuando el revendedor B no agrega substancialmente valor al producto adquirido de A. El método de precio de reventa es difícil usar en los casos en que el producto comprado a A es procesado o incorporado en otro producto o cuando B contribuye substancialmente a la creación o mantenimiento de propiedad intangible asociada con el producto, por ejemplo una marca comercial.

(3) Método de Costo Más

El método de costo más de las pautas es similar al de las regulaciones estadounidenses. Este método es útil en el caso de la venta de productos semiacabados, de acuerdos de utilización conjunta de instalaciones, contratos de compra y suministro de largo plazo

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

o la provisión de servicios dentro de un grupo multinacional. El margen de utilidad puede ser derivado del margen de utilidad que el mismo proveedor obtiene en transacciones comparables que efectúa con terceros no relacionados. Además, la utilidad obtenida por una empresa independiente en una transacción comparable puede servir como guía. Como en el caso del RPM, los aspectos de comparabilidad se examinan más extensamente que en el Informe de 1979. Además, la naturaleza de los costos que deben ser tenidos en cuenta se revisan con gran detalle.

(4) Otros métodos

Las pautas consideran los tres "métodos transaccionales tradicionales" mencionados arriba como los métodos de precios de transferencia preferibles por excelencia. En casos excepcionales, cuando no hay información confiable disponible, y por consiguiente estos métodos no pueden aplicarse, otros métodos pueden ser usados.

Las pautas distinguen dos "otros" métodos que son basados en utilidades derivadas de transacciones entre empresas relacionadas: el método del División de Utilidades y el Método del Margen Neto Transaccional (MMNT o TNMM). En casos excepcionales, siempre que ciertos resguardos necesarios sean observados, un método de utilidad transaccional puede ser aplicado. En ningún caso, de acuerdo con las pautas, tales métodos puede ser usados para imponer tributación adicional a empresas que obtienen utilidades menores que el promedio (y viceversa).

Se establece que el CAF o CFA de la OCDE supervisará la aplicación de estos métodos en la práctica.

(5) Método de División de Utilidades (*Profit Split*)

Este método puede aplicarse cuando las transacciones son muy interrelacionadas. Primero debe identificarse la utilidad que será dividida, luego la utilidad es dividida entre las empresas relacionadas sobre una base económicamente válida que se aproxime a una división de utilidades en una situación de contraposición de intereses.

La utilidad combinada puede ser la utilidad total de las transacciones o una utilidad residual que resulta después de la división de las utilidades que pueden ser fácilmente asignadas entre las partes. La división debe tener lugar sobre la base de un análisis funcional que comprenda los activos usados y los riesgos asumidos. Si existe información disponible acerca de la división porcentual de utilidades entre empresas independientes con funciones comparables ésta puede también jugar un rol, especialmente en la evaluación del valor de las contribuciones de las empresas relacionadas.

Las pautas señalan que este método es útil en la ausencia de comparables. Una de las ventajas de este método es que ambas partes de una transacción reciben una remuneración razonable por las funciones realizadas porque se evalúan las contribuciones de ambas. Una debilidad de este método es que normalmente no hay comparables disponibles.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

(6) El Método del Margen Neto Transaccional (*Transactional Net Margin Method* –MMNT o TNMM–)

Este método examina el margen de beneficio neto respecto a los costos, ventas o activos que un contribuyente obtiene de una transacción o transacciones agregadas con una parte relacionada. El TNMM reemplaza el MUC o CPM incluido en el proyecto de las pautas. La palabra "transaccional" se ha insertado en la definición y las palabras "margen de beneficio neto" han reemplazado "el nivel de utilidades", al parecer por razones políticas. Varios países miembros, en particular Alemania, se oponían persistentemente a los métodos basados en utilidades, probablemente teniendo en mente los métodos CPI y CPM de las regulaciones estadounidenses propuestas en 1992 y Regulaciones Temporales de 1993 respectivamente, que incluso podrían estar basados en datos estadísticos del sector industrial involucrado.

El CPM de las regulaciones estadounidenses finales de 1994 está basado en el nivel de utilidades operacionales netas de contribuyentes no sujetos a control involucrados en transacciones similares bajo las circunstancias similares. El TNMM se relaciona a transacciones específicas, en el CPM pueden estar involucradas todas las actividades comerciales de una compañía.

El margen neto del TNMM debe establecerse mediante referencia al margen neto que la misma empresa gana en transacciones comparables con empresas no relacionadas. En los casos en que esto no es posible, el margen neto de una empresa independiente puede servir como un punto de partida. Un análisis funcional de la empresa relacionada y la empresa no relacionada es exigido para determinar el grado de comparabilidad.

La más grande debilidad de este método es que el margen neto puede ser influido por factores que sólo tienen un efecto menor o indirecto en el margen de utilidad bruta o precios[10]. Además, el carácter unilateral del método puede llevar a una situación en que un miembro de un grupo multinacional resulte con un nivel de utilidades inverosímil, sea muy bajo o muy alto.

Un contribuyente normalmente tiene poca información sobre las transacciones entre empresas no relacionadas en el momento de llevar a cabo una transacción controlada. El servicio de impuestos internos respectivo puede estar en una mejor posición debido a que cuenta con información derivada de las auditorías llevadas a cabo respecto de otros contribuyentes. Las pautas señalan que la información del servicio de impuestos internos respectivo sólo puede usarse si los datos pueden descubrirse al contribuyente en cuestión, y siempre y cuando se observen los requisitos de confidencialidad que establezca la ley.

Aspectos administrativos

El capítulo IV trata los aspectos administrativos que pueden minimizar y ayudar a resolver disputas sobre precios de transferencia, tanto en la relación entre los contribuyentes

[10] Por ejemplo, gastos altos de iniciación de una actividad, ineficiencias, administración deficiente y fuerza de trabajo menos motivada.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

y servicios de impuestos internos así como entre los servicios de impuestos internos de diversos estados. El capítulo reemplaza el informe de 1984 ("Tres problemas tributarios") en materia de ajustes correspondientes y procedimientos de acuerdo mutuo que tenían un alcance más limitado.

El riesgo de doble tributación en el evento que exista una interpretación y aplicación diferente del principio de contraposición de intereses puede ser resuelto mediante procedimientos administrativos como se establece en este capítulo.

El capítulo también llama a comprender los problemas que enfrenta el contribuyente. El tema de los precios de transferencia no es una ciencia exacta y esperar mucha precisión es poco realista. Los servicios de impuestos internos deben tomar en cuenta el juicio comercial del contribuyente y las realidades comerciales como punto de partida.

En este contexto sólo se discutirán por el autor dos aspectos:

1) La carga de prueba

Con respecto a la carga de prueba, las pautas distinguen tres situaciones:

- el servicio de impuestos internos lleva la carga de prueba;
- la carga de la prueba recae sobre el contribuyente si no cuenta con la documentación apropiada o si presenta una declaración de impuestos falsa, etc.; y,
- la carga de prueba le corresponde al contribuyente para demostrar que el ajuste efectuado por el servicio de impuestos internos en cuestión estaba equivocado. Este es el caso en los Estados Unidos y, entre otros, Francia (para el caso de transacciones con paraísos fiscales).

Estas diferencias pueden causar problemas que son difíciles de resolver a través del procedimiento de acuerdo mutuo. El punto de partida de las pautas en tales procedimientos es que el Estado que ha hecho el ajuste primario tiene la carga de prueba para acreditar que el ajuste está justificado tanto en principio, como en los montos involucrados.

2) Acuerdos preestablecidos de precios (*Advance Pricing Agreements* –APPs o APAs–)

Desde su introducción en los Estados Unidos en 1991 se han concluido aproximadamente 294 APAs entre el IRS y contribuyentes estadounidenses[11]. Menos extensivamente regulados, este tipo de acuerdos existen en muchos otros países.

Un APA es un acuerdo entre un contribuyente y el servicio de impuestos internos respectivo por un número fijo de años que especifica el criterio para la determinación de

[11] Información actualizada por el traductor según el Informe Anual sobre Acuerdos Preestablecidos de Precios del año 2000 emitido por el IRS. Información comprende acuerdos alcanzados en el período 1991-2000. El número de solicitudes recibidas por el IRS en el año 2000 alcanzó a 492. Fuente: http://www.irs.gov/pub/irs-utl/apareport.pdf al 15 de marzo, 2002.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

los precios de transferencia en futuras transacciones entre empresas relacionadas. En el proceso de concluir un APA, los métodos aplicables, el grado de comparabilidad con las situaciones existentes en el libre mercado, los ajustes apropiados a los comparables y presupuestos acerca de eventos futuros juegan un papel importante.

Debido a que un APA unilateral puede tener consecuencias para las empresas relacionadas localizadas en otros países, las pautas enfatizan la importancia de concluir APAs bilaterales o multilaterales. Si la legislación doméstica no prevé la posibilidad de concluir acuerdos entre el servicio y los contribuyentes, un APP o APA puede concluirse bajo el procedimiento de acuerdo mutuo que establecen los convenios de doble tributación aplicables en el caso específico.

Según las pautas los APAs difieren de resoluciones particulares en que los APAs tratan con problemas fácticos, mientras que éstas se ocupan de interpretar la ley basándose en hechos presentados por el contribuyente. En el caso de resoluciones particulares los hechos no pueden cuestionarse por el servicio de impuestos internos respectivo, pero en el caso de los APAs los hechos pueden ser objeto de investigación. Los APAs normalmente cubren varias o todas las transacciones de un contribuyente por un período dado, mientras que una resolución particular se refiere sólo a una transacción específica.

Se espera que las empresas relacionadas proporcionen a los servicios de impuestos internos el método de precios de transferencia que ellas consideran más apropiado para una situación dada, apoyado por datos relacionados con el sector de la industria, mercados y países involucrados. En particular, un análisis comparativo y funcional es deseable.

Un APA es válido por el período convenido. Según las pautas, el APA debe incluir una cláusula que permita revisar o cancelar el APA en el futuro cuando las circunstancias (internas o externas) cambien significativamente.

Los APAs otorgan certeza con respecto al tratamiento tributario de los precios de transferencia por un período específico de tiempo y reducen el riesgo de doble tributación o de no tributación en las jurisdicciones involucradas.

APAs unilaterales conllevan el riesgo que los servicios de impuestos internos de otros países discrepen con las condiciones del mismo. Ellos también pueden producir una excesiva asignación de utilidades al país donde el APA ha sido concluido.

Documentación

El capítulo V trata del importante tema de la documentación desde la perspectiva de la OCDE. La documentación se ha transformado en esencial debido a las normas penales vinculadas al tema y la alta gama de obligaciones que impone EE.UU. (véase punto 8 en la parte pertinente).

Las pautas son menos estrictas que las regulaciones estadounidenses: sería razonable que un contribuyente intentara obtener información sobre los precios en el mercado libre cuando deba establecer sus precios de transferencia. Se decreta explícitamente que no hay ninguna obligación para presentar documentación soportante al momento que se definen

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

los precios de transferencia. La información que debe proporcionarse cuando se presenta la declaración de impuestos debe limitarse a información que permita al servicio de impuestos internos seleccionar los casos que decidan sujetar a una fiscalización más extensa.

Las pautas también señalan que no es razonable sobrecargar al contribuyente con costos desproporcionadamente altos, por ejemplo, obligarlos a obtener documentos de empresas relacionadas situadas en el extranjero o en una requerir una búsqueda exhaustiva de comparables, si el contribuyente cree que ningún comparable existe o si obtener tales comparables significará incurrir en costos desproporcionados para el contribuyente. No debe obligarse al contribuyente a proporcionar más documentación que el mínimo requerido para una determinación razonable por parte del servicio de impuestos internos que el contribuyente ha respetado el principio de contraposición de intereses.

Intangibles

1) Introducción

El tema de los intangibles se ha desarrollado notablemente desde que fue públicado el Informe de la OCDE sobre Precios de Transferencia de 1979. En el informe se hizo una distinción entre transferencia de tecnología (patentes y *know-how*) y el uso de marcas registradas (véase párrafos 76 a 138). En el capítulo VI, las pautas se enfocan en intangibles comerciales (no siendo relevantes en este contexto la propiedad intelectual artística y literaria), dividiendo éstos en intangibles comerciales (*trade* intangibles) normalmente desarrollados a través de investigación y desarrollo que se relacionan con la producción de bienes (también llamados intangibles industriales o *manufacturing* intangibles) y la provisión de servicios; e intangibles de mercado (*marketing* intangibles) que se relacionan a la explotación comercial de productos y servicios.

Otro desarrollo relacionado con intangibles ha sido la introducción del estándar "correspondiente con el ingreso" en los Estados Unidos vía una modificación a la Sec. 482 del IRC en 1986 (véase punto 7, parte final). Esta disposición fue recibida negativamente por los otros miembros de la OCDE. Las pautas de la OCDE reaccionan a este estándar "correspondiente con el ingreso" declarando que una "percepción retrospectiva" o *hindsight* debe ser evitada.

2) El principio de contraposición de intereses aplicado a intangibles

El principio de contraposición de intereses puede ser difícil de aplicar a transacciones controladas que involucran intangibles. Su carácter especial puede complicar la búsqueda de comparables y a veces es difícil de determinar su valor al momento de la transacción. También es posible que una transferencia controlada se estructure de una manera tal que empresas independientes no considerarían factible para ellas.

Para el propósito del análisis comparativo, deben tenerse en cuenta las perspectivas

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

del transfiriente y del transferido. El punto de comparación para el transfiriente es a qué precio una empresa independiente comparable estaría dispuesta a transferir el derecho en cuestión. El transferido evaluará si el beneficio esperado es satisfactorio en relación con el precio pagado. Debe establecerse si una empresa independiente estaría dispuesta a pagar el precio establecido para esa transferencia, considerando los beneficios esperados y los gastos en que se debe incurrir.

3) Formas de las transferencias

Las transferencias de propiedad intangible pueden ser estructuradas de cuatro formas distintas:

a) venta del intangible;
b) un acuerdo de licencia bajo el cual se pagará un *royalty*. Un *royalty* es un pago periódico basado en la producción del usuario, ventas o (raramente) la utilidad obtenida. La tasa puede variar dependiendo del volumen. Puede estipularse que un cambio en las circunstancias conlleven a una revisión de las condiciones de la licencia;
c) una compensación incluida en el precio de los bienes, por ejemplo, en el caso de venta de productos no terminados que incluyen asesoría técnica para terminar de elaborar el producto. El precio de transferencia puede ser un precio único para los bienes y la propiedad intangible involucrada. Si un país establece un impuesto de retención sobre los royalties, el precio único puede tener que ser desagregado para poder calcular un *royalty* que refleje una contraposición de intereses separadamente; y
d) un precio único que incluya una remuneración por todos los intangibles y asistencia técnica y capacitación relacionada. El precio único debe poder ser analizado por partes para verificar que el precio de transferencia refleje efectivamente una contraposición de intereses.

Contratos de *know-how* y de asistencia técnica pueden tener un tratamiento diferente para fines tributarios. Remuneraciones por la prestación de servicios normalmente no son sujetas a tributación en el país de la fuente si se pagan a no residentes. Algunos países, sin embargo, aplican un impuesto de retención a los *royalties* pagados por el uso del *know-how*.

4) Factores relevantes para la comparabilidad

Las pautas enumeran varios factores que deben ser considerados. Los principales son:

- los beneficios esperables del intangible;
- las limitaciones al uso de carácter geográfico;
- el carácter exclusivo o no exclusivo de la licencia;

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

· la inversión de capital requerida para su explotación (por ejemplo, una nueva planta o la maquinaria especial);

· gastos requeridos al inicio/actividades de desarrollo de mercado;

· posibilidad de sublicenciar;

· naturaleza de la patente, en su caso (grado y duración de la protección legal por legal);

· período durante el cual la patente mantendrá su valor económico; y

· la contribución del proceso patentado al producto final (si la patente cubre sólo un componente, sería impropio calcular el *royalty* tomando como base el precio total del producto final.

5) Métodos

En el caso de una venta o licenciamiento de propiedad intangible el método PCNC o CUP puede ser usado si el mismo dueño ha transferido intangibles comparables bajo circunstancias comparables a partes independientes. Si tal información esta disponible, el precio cobrado en transacciones comparables entre empresas independientes en el mismo rubro puede ser considerado como una guía.

El MPR o RPM puede ser usado en el caso que la empresa asociada sublicencie el intangible a terceros.

Casos que involucren un intangible de alto valor es probable que no encuentren comparables; en particular, cuando ambas partes son dueñas de intangibles valiosos o activos únicos puede usarse el método de división de utilidades. Los costos pueden ser una ayuda para determinar comparabilidad del valor relativo de las contribuciones de cada parte, pero se recalca que no hay vínculo necesario entre el costo de desarrollo de un intangible y su valor comercial. Los intangibles pueden ser el resultado de un largo proceso de investigación y desarrollo.

Servicios intragrupo

1) Introducción

El capítulo VII de las Pautas de la OCDE trata de la prestación de servicios por parte de un miembro de una EMN a otro miembro de la misma EMN y las consideraciones de contraposición de intereses para el tratamiento de tales servicios. Métodos de contribución de costos para servicios proveídos en un grupo son discutidos en el capítulo VIII en un contexto más amplio, incluyendo acuerdo de contribución en costos que involucran intangibles. La extensión de los servicios intragrupo varía considerablemente entre EMNs dependiendo de la estructura del grupo. En un grupo altamente descentralizado la compañía matriz puede limitar su actividad intragrupal al monitoreo de las inversiones en sus subsidiarias en calidad de accionista. Por el contrario, en un grupo integrado, los

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

administradores de la compañía matriz pueden tomar todas las decisiones importantes relativas a las subsidiarias y pueden ejecutar todas las funciones de marketing, capacitación y contabilidad.

Un miembro del grupo puede obtener servicios de un proveedor independiente, de un proveedor asociado o ejecutar la actividad por sí mismo. Servicios intragrupales pueden incluir funciones de administración y control para el grupo completo, servicios intragrupo típicos como auditoría central, consejos financieros y capacitación del personal y también servicios que típicamente están disponibles de prestadores externos independientes tales como servicios legales y de contabilidad.

2) Caracterización de actividades como un servicio intragrupo

El hecho que una actividad realizada por un miembro de un grupo para uno o más miembros pueda ser reconocida como un servicio intragrupo bajo el principio de contraposición de intereses, depende de si la actividad provee al respectivo miembro o miembros de un beneficio comercial o económico que mejore su posición comercial. En el fondo, el criterio decisivo es si una empresa independiente en circunstancias comparables habría estado dispuesta a pagar por tal servicio (o a desarrollar la actividad internamente). En caso contrario la actividad respectiva no debe ser considerada como un servicio intragrupo bajo el principio de contraposición de intereses.

El análisis se torna más complejo cuando una empresa asociada presta servicios a más de un miembro del grupo o al grupo como un todo. El servicio puede ser prestado aunque miembros específicos del grupo no necesiten de tal servicio ni estarían dispuestos a pagar por él si fueren independientes. Tal actividad no justificaría un cobro a la empresa receptora.

3) Actividades de los accionistas

El ejemplo típico de actividades por las cuales no se puede efectuar cobro alguno son las "actividades de los accionistas" (*shareholder activities*). Las actividades de los accionistas comprenden costos de actividades que relacionan a la estructura jurídica de la empresa matriz y requerimientos de información de que ella es objeto. También, los costos de reunir fondos para la adquisición de participaciones accionarias son de los accionistas.

4) Métodos de contraposición de intereses para los servicios intragrupo

El método de cargo directo significa que se cobra a las empresas asociadas por servicios específicos. Es un método conveniente para los servicios de impuestos internos respectivos porque permite la identificación del servicio prestado y la base para su pago.

Si una EMN también provee servicios específicos a empresas independientes (lo que normalmente va asociado con registrar la actividad desarrollada y los costos incurridos),

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

debe ser capaz de usar el método directo también para servicios intragrupo de la misma especie. Se fomenta el uso del método de cargo directo a las EMNs que se encuentran en tal situación, pero igualmente se aceptan otros métodos si los servicios que se prestan a terceros son ocasionales o tienen una importancia marginal.

Cuando el cobro o cargo directo es posible, el método del precio comparable no controlado (CUP) y el método de costo más son particularmente apropiados. El método del CUP probablemente será utilizado cuando se proporcionan servicios comparables en el mercado libre entre partes externas o entre la empresa asociada y un tercero independiente. Ejemplos: contabilidad, servicios legales y procesamientos computacionales. En la ausencia de un CUP el método de costo más será probablemente apropiado.

Puntos de comparación con empresas independientes son: la naturaleza de las actividades involucradas, los activos utilizados, riesgos asumidos y las categorías de costos incluidos.

En casos excepcionales, más de un método puede usarse para alcanzar un precio que refleje contraposición de intereses que sea satisfactoria.

En un análisis funcional puede ser útil establecer la relación entre los servicios pertinentes y las actividades de los miembros de grupo y su desempeño.

Sin embargo, en muchos casos un método de cargo directo es demasiado difícil de aplicar dentro de una EMN. En tales casos EMNs aplican métodos indirectos como "compartir costos" o la incorporación de un cargo por el servicio en el precio por otras transferencias, o bien no cobrar por los servicios del todo.

Métodos de cargo indirecto son aceptables siempre que:

- todo cargo sea respaldado por un beneficio identificable y previsiblemente razonable;
- el método es capaz de producir cargos o distribución de costos con que son correspondientes con el beneficio real o razonablemente esperable del receptor del servicio;
- el criterio de distribución tiene sentido desde un punto de vista comercial para el caso en cuestión;
- el método contiene resguardos contra la manipulación; y
- siguen principios de contabilidad adecuados.

Los métodos de cargos indirectos son necesarios cuando la proporción del valor de los servicios prestados a las diversas entidades involucradas no puede cuantificarse sino sobre una base aproximada o estimada, por ejemplo en el caso de actividades de promoción llevadas a cabo centralmente que pueden afectar la producción y ventas de varias empresas afiliadas.

Los métodos de cargos indirectos también son aceptables en los casos en que un registro y análisis separado de las actividades de servicio pertinentes para cada beneficiario involucraría una carga administrativa desproporcionada en relación con las actividades en cuestión. La distribución y cobro en tal caso pueden estar basados en la producción o personal empleados, o sobre alguna otra base relacionada con la naturaleza y utilización del

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

servicio correspondiente. Por ejemplo, un contrato de asistencia técnica en materia computacional debe estar relacionado con el gasto relativo en equipos computacionales por parte de los miembros de grupo y no en costo de remuneraciones del personal involucrado.

Tanto la perspectiva del proveedor de servicio como la del receptor del mismo deben tenerse en cuenta al determinar el precio que refleje contraposición de intereses por los servicios intragrupo. Las consideraciones relevantes incluyen tanto el valor del servicio cobrado al receptor, como cuánto una empresa independiente en circunstancias comparables estaría dispuesta a pagar, así como también los costos en que incurre el proveedor.

No sólo el impacto inmediato de un servicio, pero también el efecto a largo plazo debe ser considerado. Por ejemplo, los costos de una operación de marketing pueden parecer demasiado altos para ser soportados por un miembro de grupo dada su posición financiera actual. También debe tenerse presente que algunos costos nunca producirán los beneficios que razonablemente se esperaban cuando se incurrió en ellos. Al momento de incurrir los costos el beneficio esperado puede justificar el cobro. El contribuyente debe estar preparado para demostrar la razonabilidad de los cobros en tales casos.

5) El elemento de utilidad en el cobro

¿Puede el cobro por un servicio ser tal que resulte en una utilidad para el proveedor? Una empresa independiente normalmente buscaría cobrar por los servicios de tal forma que genere una utilidad, en lugar de proporcionar los servicios meramente al costo.

En ciertas circunstancias una empresa independiente puede, sin embargo, no obtener una utilidad sólo por la prestación de servicios. Por ejemplo, los costos del proveedor pueden exceder el precio del mercado, pero la prestación del servicio complementa el rango de otras actividades que sí son rentables para el proveedor.

Cuando la empresa asociada sólo actúa como agente o intermediaria en la provisión de servicios, el margen de utilidad debe estar relacionado con los costos de la función de intermediario en sí mismo más que con los costos del servicio en sí. Por ejemplo, una empresa asociada que arrienda espacio para publicidad a nombre de miembros del grupo puede traspasar estos costos a ellos sin un margen de utilidad, pero llegar a aplicar un margen de utilidad sólo a los costos incurridos como intermediario.

Por razones prácticas, los servicios de impuestos internos y EMNs pueden acordar que todos los costos pertinentes sean cobrados más que tratar de encontrar precios que reflejen intereses contrapuestos para los servicios involucrados. Los servicios de impuestos internos pueden, sin embargo, no aceptar sólo el cobro de costos si la provisión del servicio es una actividad principal de la empresa asociada donde el elemento de utilidad es relativamente significativo o donde el cobro directo es posible.

*Los acuerdos de contribución en costos (*Cost Contribution Agreements *–ACC o CCA–)*

El capítulo VIII de las Pautas de la OCDE relativo a esta materia fue publicado en octubre de 1997.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Las CCAs, por ejemplo compartir costos, pueden cubrir costos de propiedad intangible y costos de servicios en particular. Las regulaciones estadounidenses sobre CCA sólo cubren intangibles.

Un CCA es un contrato y normalmente no es una entidad jurídica separada o un establecimiento permanente. Un CCA no es método de precios de transferencia en sí mismo, pero un CCA debe estar de acuerdo con el principio de contraposición de intereses. Los otros capítulos de las Pautas de la OCDE son consiguientemente también aplicables.

La contribución de un participante debe estar en proporción con la porción en los beneficios esperados del acuerdo. Los participantes pueden explotar su porción como dueños, no como concesionarios o "licenciados", sin necesidad de pagar *royalties*. Terceros sí estarían obligados a pagar *royalties* por la explotación del interés de uno de los participantes.

En un CCA hay siempre un beneficio esperado, pero éste puede ser incierto, por ejemplo en el caso de actividades de investigación. El interés de cada participante debe ser fijado desde el principio. Las pautas señalan que las contribuciones deben ser consistentes con lo que una empresa independiente habría aceptado contribuir bajo circunstancias comparables dado los beneficios que razonablemente se esperan del acuerdo. Empresas independientes requerirían que la participación proporcional de cada participante en la contribución total sea consistente con su porción en los beneficios.

Por consiguiente: primero se debe determinar si todas las partes tienen la expectativa de obtener un beneficio; después calcular la contribución de cada participante y, finalmente, determinar si la distribución de las contribuciones es procedente (como resulte ajustada mediante "pagos de equilibrio" entre los participantes).

La aceptación de un CCA también depende de una adecuada documentación.

El término "beneficio" en el capítulo VIII es muy amplio. Partes independientes pueden compartir riesgos, minimizar potencial de pérdida de una actividad, o minimizar costos. Esto significa que el beneficio de un CCA no necesariamente es una ganancia.

Si hasta la fecha de terminación todos los participantes han pagado sus contribuciones y han recibido todos los resultados del CCA para su propio uso, normalmente nada quedará en el CCA que pueda ser distribuido. La porción (contribución) de cada participante vuelve a él para su uso individual.

10. DESARROLLOS RECIENTES

Desde la adopción de las regulaciones estadounidenses en 1994 y las Pautas de la OCDE en 1995, muchos países han introducido una nueva legislación o regulaciones sobre la materia. El siguiente resumen señala las características principales de tal legislación en los países señalados:

Argentina

La ley de Reforma Tributaria vigente desde el 1 de enero de 1999 contiene:

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

· un concepto amplio de empresas asociadas;
· seis métodos, incluido el TNMM y dos métodos de división de utilidades;
· la regla del "método más apropiado para el tipo de transacción"; y
· la carga de la prueba recae sobre el contribuyente.

Australia

Taxation Ruling TR 97/20:

· reconoce cinco métodos, incluida la división de ganancias y TNMM, a un mismo nivel, y admite "métodos indirectos" incluido distribución formularia como soluciones de último recurso;
· reconoce el rango de contraposición de intereses: ATO (servicio de impuestos internos australiano) puede decidir la aplicación de un punto diferente en el rango;
· se refiere a la "evaluación de la naturaleza de contraposición de intereses desde un punto de vista externo" (comparabilidad), una "punto de vista del proceso" (una parte independiente habría hecho esto); y un "punto de vista de desempeño" (beneficio que se podría haber esperado);
· se refiere a los resultados del "buen sentido comercial"; y
· admite comparables secretos (véase punto 11 (2)).

La decisión en materia de servicios proveídos a partes relacionadas fue emitida el 20 de enero de 1999.

Austria

· Las Pautas de la OCDE fueron traducidas y sirven como norma positiva.

Brasil

Artículo 18, ley 9430/96 y Regulación Nº 38 de 30 abril de 1997:

· amplio concepto de empresas asociadas;
· tres métodos para efectos de importaciones; cuatro para exportaciones; todos son variaciones de PCNP o CUP, costo más y reventa, con márgenes fijos para el costo más y reventa (el margen real puede ser aplicado si se comprueba);
· tasas fijas para *royalties* y deducción de soporte técnico; y
· limitación de intereses deducibles.

Canadá

Sec. 247 *Income Tax Act* e *Information Circular* 87-2R, de 27 septiembre de 1999:

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

· sigue las Pautas de la OCDE con respecto a los métodos;
· preferencia por los tres métodos principales;
· los métodos de división de utilidades y TNMM se reconocen como métodos de último recurso;
· estrictos requisitos de documentación y sanciones; y
· el uso de comparables secretos es permitido.

Chile

Ley 19.506 de 30 de julio de 1997, que modifica la Ley de Impuesto a la Renta, artículo 38, y resolución número 3 de 6 de enero de 1998:

· utilización de un concepto amplio de empresas asociadas;
· sigue las Pautas de OCDE; y
· si la contabilidad es inadecuada el servicio de impuestos internos puede aplicar el "método proporcional" (tasa de ingresos netos/brutos de la compañía matriz se aplica al ingreso bruto de la sucursal, etc.).

China (PRC)

Regulación Nº 59 de 23 de abril de 1998:

· amplio concepto de empresas asociadas;
· métodos transaccionales tienen prioridad sobre otros métodos, por ejemplo CPM; y
· se introducen APAs.

Dinamarca

Nueva legislación publicada el 25 de febrero de 1998:

· el contribuyente debe proporcionar documentación respecto de transacciones controladas.

Corea

NTA circular Nº 1996-40 de 7 de noviembre de 1996:

· sigue las Pautas de OCDE: los métodos transaccionales tienen prioridad sobre otros métodos.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

México

Arts. 64-A y 65 de Ley de Impuesto a la Renta (LIR):

- 6 métodos (2 versiones del método de división de utilidades) al mismo nivel;
- rango de contraposición de intereses consistente con la OCDE; y
- el uso de comparables secretos es permitido.

Holanda

El 20 de noviembre del año 2000 el Ministerio de Hacienda anunció la introducción de legislación específica sobre precios de transferencia. El principio de contraposición de intereses se codificará (¡por fin!) y la elección de métodos y requisitos de documentación serán establecidos en resoluciones administrativas. Fue señalado que las nuevas regulaciones estarán totalmente de acuerdo con las Pautas de la OCDE.

Nueva Zelanda

Pautas de 30 de octubre de 1997:

- 5 métodos en un mismo nivel, incluyendo CPM (TNMM permitido como alternativa al CPM);
- sigue la regla del mejor método;
- rango de contraposición de intereses consistente con la OCDE;
- la carga de la prueba recae sobre el contribuyente con respecto a si ha utilizado el mejor método en la práctica;
- enfoque flexible; no prescriptivo, regulaciones exhaustivas; referencia a las Pautas de la OCDE, y a las pautas australianas y regulaciones de EE.UU.; y
- ningún requisito formal de documentación, pero impone la obligación de cuidado razonable (bajo pena de multa).

Polonia

Pautas de 29 de abril de 1996; la Ley de Impuesto a las Sociedades fue modificada, en efecto de 1 de enero de 1997, y decreto 1997:

- Se siguen las Pautas de la OCDE.

Rusia

Primera Parte del Código Tributario de la Federación Rusa, artículo 40 efectivo de 1 de enero de 1999:

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

· se aplica a todos los contribuyentes en situaciones de trueque y en situaciones en que los precios fluctúan por más de 30% en un corto tiempo;

· el "método de precio de mercado", método de precio de reventa y método de costo más; y

· no hay orden de prioridad.

Reino Unido

Finance Act de 1998; *Schedule* 28AA:

· nuevas disposiciones de contraposición de intereses basadas en el artículo 9 del Modelo de la OCDE (pero con una fórmula más amplia);

· las Pautas de la OCDE fueron incorporadas en la legislación por referencia;

· admite ajustes sólo si el Reino Unido obtiene una mayor recaudación tributaria;

· no hay requerimientos específicos de documentación para efectos de precios de transferencia;

· no hay sanciones específicas para problemas de precios de transferencia; y

· legislación sobre APAs a la espera de ser introducida.

11. PROBLEMAS EN LA APLICACION DE LAS REGLAS SOBRE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

Precios de Transferencia es una materia que causa muchos problemas en su aplicación práctica. Aparte de estos problemas, se producen otras varias complicaciones mayores, particularmente, por el fuerte énfasis en comparables que pone la legislación y regulaciones de un número creciente de países, y –en menor grado– en las Pautas de la OCDE. Algunos de estos últimos problemas se describen a continuación:

1) A la luz de las regulaciones estadounidenses sobre precios de transferencia de julio de 1994, las Pautas de la OCDE enfatizan la necesidad de comparación con transacciones entre empresas no relacionadas. Las pautas reconocen no obstante que hay casos claros en los cuales esto, de hecho, no es posible. Por ejemplo: en el caso de la producción integrada de bienes altamente especializados, de patentes únicas y otros intangibles, y de formas particulares de servicios. Otra complicación es que ciertas transacciones rara vez, o nunca, son concluidas entre compañías independientes. Es más, la base de comparación parece volverse más limitada porque el número de transacciones transnacionales entre compañías independientes ha disminuido con respecto a transacciones llevadas a cabo entre miembros de un grupo transnacional.

La ausencia de buen material de referencia en muchos casos es por consiguiente una seria complicación en la práctica.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

2) Otro problema, también relacionado con los comparables, es el uso de "comparables secretos" por parte de los servicios de impuestos internos. Comparables secretos son obtenidos por los servicios de impuestos internos en las auditorías que llevan a cabo. Por ejemplo, en Canadá, Japón y México éstos son usados para verificar los precios de transferencia de los contribuyentes, sin darles a conocer su fuente. Los contribuyentes no pueden defenderse contra una avaluación basada en comparables secretos. Otra complicación es que, en un procedimiento de acuerdo mutuo, las autoridades fiscales del otro país pueden no estar preparadas para aceptar un ajuste correspondiente si no se da ninguna evidencia clara de comparables.

En Alemania la situación se clarificó por el Tribunal Tributario Regional de Düsseldorf en una decisión de 8 de diciembre de 1998. La Corte decidió que el uso de comparables secretos atenta contra los derechos de los contribuyentes y constituye una violación de la obligación de confidencialidad en materia tributaria[12].

3) Uno de los principales problemas dice relación con la pesada carga administrativa que proviene del papel esencial que juegan los comparables en la normativa de un número creciente de países, en particular cuando se aplica la regla del mejor método.

Por ejemplo, la situación en los Estados Unidos es como sigue. Todos los métodos especificados en las regulaciones –el precio no controlado comparable (CUP), el precio de reventa (RPM), el costo más (*cost plus*), la utilidad comparable (CPM) y la división de utilidades (*profit split*)– son en principio equivalentes, pero debe elegirse el método que en la situación en cuestión proporcione el resultado o medida más confiable del precio que refleje contraposición de intereses (regla del mejor método). En la selección de un método específico, dos factores tienen que ser considerados: la comparabilidad con la situación del mercado libre y la calidad de los datos y presupuestos. En caso de comparabilidad incompleta, las diferencias tienen que ser ajustadas. Aplicar ajustes por las diferencias de comparabilidad es ya en sí mismo un proceso complicado.

En práctica la regla del mejor método lleva a una investigación de la pertinencia de todos los métodos especificados. Para prevenir la aplicación de multas administrativas en caso que el IRS decida aplicar ajustes, la búsqueda por el mejor método tiene que ser adecuadamente acreditada con documentación contemporánea.

Como consecuencia de los requerimientos de documentación, para todas las transacciones, o por lo menos las transacciones similares, el material de referencia debe buscarse en una base continua en un corto período –de hecho, los mercados cambian continuamente– y tal documentación debe ser mantenida a mano. La nueva especialidad de "expertos en comparables" es un ejemplo concreto de este desperdicio económico.

Uno puede preguntarse si el principio de igualdad, que según la OCDE es uno de los fundamentos del principio de contraposición de intereses, está de nuevo fuera de un

[12] Véase IstR (Alemania) 10/99, p. 311.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

equilibrio en estos días. Después de todo, las transacciones entre compañías no relacionadas no conllevan tales obligaciones administrativas.

Debe comprenderse que precios de transferencia no sólo es una pesada carga para las EMNs, sino también para los servicios de impuestos internos respectivos. Una administración adecuada de las regulaciones sobre precios de transferencia en muchos países requiere de un gran número de auditores especializados. Varios países han ampliado sus servicios de impuestos internos con agencias que se especializan en auditorías de precios de transferencia[13]. Los países no pueden permitirse el lujo de ser relajados en esta materia puesto que pueden perder ingresos a favor de los países con servicios de impuestos internos con alta especialización en la materia.

4) La controversia entre los países en el uso de métodos basados en la comparación de utilidades (operacionales) parece difícil de resolverse.

En un número creciente de casos, el CPM resulta ser el método escogido[14]. El CPM está basado en una comparación de la utilidad operacional del contribuyente con la de empresas independientes con transacciones similares bajo circunstancias comparables. Puede tomarse como un indicador del nivel de utilidades, la tasa entre la utilidad operacional y el valor activos operacionales. Es más fácil obtener información sobre utilidades operacionales que sobre los precios de productos comparables o relativa al margen de utilidad bruta que es necesaria para los métodos de costo más y de precio de reventa. Esto explica la opción por el CPM, que por lo menos permite evitar problemas con el IRS.

Las Pautas de OCDE mencionan, como un problema en la aplicación de los métodos que comparan el margen neto (utilidad operacional), la circunstancia que el margen puede ser influido por factores que no tienen ninguna o menor influencia en el margen bruto o en los precios. Por ejemplo: administración deficiente y control inadecuado de los costos generalmente influyen en la utilidad operacional en particular. Por esta razón las Pautas de la OCDE califican el TNMM –la copia OCDE del CPM– como un método que sólo puede usarse si los tres métodos principales no son aplicables.

El TNMM es un fruto de un compromiso alcanzado con gran dificultad entre los Estados Unidos y varios países europeos, con Alemania como su principal exponente. Varios países europeos eran, y todavía son, contrarios al CPM y sus predecesores en las versiones provisionales de las regulaciones estadounidenses. En las versiones más tempranas del CPM, por ejemplo, el "Método de Retorno Básico de Contraposición de Intereses" (BALRM), se daba la posibilidad que un promedio de resultados netos del sector económico

[13] Es el caso de nuestro Servicio de Impuestos Internos que cuenta con una Unidad de Precios de Transferencia e Información sobre Convenios Internacionales de Doble Tributación, parte del Departamento de Fiscalización de la Tributación Internacional, a su vez dependiente de la Subdirección de Fiscalización (fuente: *http://www.sii.cl/pagina/organigrama/id fiscalizacion.htm*, al 20 de marzo año 2002) N. del T.

[14] Véase la encuesta de la Oficina Internacional de Documentación Fiscal (IBFD) de junio de 1998, la cual fue puesta a disposición de los participantes del Congreso de la Asociación Fiscal Internacional de Londres de septiembre de 1998 (también disponible en la Librería del IBFD, Amsterdam).

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

pertinente pudiera ser usado como un criterio por el IRS para ajustar bajos resultados en compañías relacionadas. Tal estandarización de utilidades tributables, por supuesto, no es aceptable para el mundo internacional de los negocios ni para varios de los miembros de la OCDE. Aunque el CPM, contrariamente al BALRM, es aplicado a la "línea más precisamente identificable de la actividad comercial", este riesgo todavía existe debido al uso creciente de bases de datos externas con información en los niveles de utilidad de las compañías[15].

En Alemania el tema de los precios de transferencia es regulado de acuerdo con prácticas comerciales adecuadas, criterio que se encuentra diagonalmente opuesto con los métodos basados en comparación de utilidades operacionales netas[16]. De hecho el CPM, como está basado en los factores externos, puede tener poca o ninguna relación con la realidad económica, la estructura y el sistema de contabilidad del contribuyente involucrado, que son elementos esenciales del concepto de prácticas comerciales adecuadas. En la decisión citada anteriormente, la Corte de Düsseldorf implícitamente dejó fuera la aplicación de métodos basados en la comparación de utilidades (CPM y TNMM).

Compañías multinacionales con establecimientos en los Estados Unidos y, por ejemplo, en Alemania o Suecia pueden enfrentar el siguiente problema: por una parte es posible que ellas tengan que aplicar el CPM (si resulta ser el "mejor método"), y por otro lado los servicios de impuestos internos de Alemania y Suecia pueden negarse a aceptar precios de transferencia que no estén basados en precios comparables no controlados, costo más o precio de reventa. El procedimiento de negociación del artículo 25 del Modelo de la OCDE sobre convenios de doble tributación al cual el artículo 9.2 del mismo modelo implícitamente se refiere, no proporciona ninguna solución si las autoridades competentes continúan discrepando en el método a ser aplicado. El resultado de esta discordancia puede ser que la doble tributación resultante de tal problema no pueda evitarse. En consecuencia, las nuevas Pautas de OCDE parecen no alcanzar sus metas de armonizar las diferencias entre EE.UU. y Europa y prevenir la doble tributación.

5) Un problema relativamente nuevo en precios de transferencia y la aplicación del principio de contraposición de intereses es el desarrollo del denominado "comercio global" que se ha hecho posible gracias a la liberalización de comercio, abolición de restricciones en el intercambio monetario, nuevas técnicas de comunicación y tecnología de información.

El problema no se restringe sólo a precios de transferencia. Con el desarrollo de redes de información, la distribución tradicional de la facultad de imposición de tributos se ha hecho difícil de aplicar. La existencia de un establecimiento permanente no es más un

[15] Veáse artículo por M. Cools en el uso de bases de datos para fines de precios de transferencia. *International Transfer Pricing Journal*, IBFD, 1999.
[16] Véase H. Becker, "The Arm's Length Principle and the Reasonable Businessman", *Tax Planning International* número 8. Agosto, 1987.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

requisito necesario para ser considerado envuelto en el mercado de un país en particular. Es más, conceptos como el "lugar de administración efectiva de una empresa" y la "fuente de ingresos" están resultando sumamente difíciles de localizar[17].

Problemas con relación a precios de transferencia se producen en particular debido al comercio 24 horas al día en derivados financieros dentro de grupos financieros y otros. La función intermediaria clásica del sector financiero –combinar suministro y demanda de capital y la obtención de un margen de utilidad– ha sido reemplazada parcialmente por las transacciones en derivados que efectúan bajo su propio riesgo.

Los derivados, tales como opciones y *swaps*, son derechos contractuales cuyo valor resulta del valor de algo distinto, por ejemplo licitaciones (*bids*), bienes o divisas. Transacciones de esta naturaleza son llevadas a cabo continuamente en todo el mundo por empresas financieras, principalmente usando establecimientos permanentes. Los problemas que tales operaciones presentan en este sector desde el punto de vista de los precios de transferencia son discutidos en un reciente informe de la OCDE[18].

El informe describe las diversas funciones cumplidas por el comercio en derivados y señala que los problemas son causados en particular por la diversidad de lugares en donde las diferentes funciones en una transacción son realizadas, por ejemplo, en el desarrollo y venta de un producto en Nueva York y mientras que la contabilidad y control son llevados en Tokio.

Además del estudio de las funciones para efectos de precios de transferencia se produce el problema de atribución de ingresos: a qué países debe el resultado de una transacción atribuirse si varias entidades de un grupo están envueltas a la vez en transacciones financieras en varios países. En algunos países, como Japón y los Estados Unidos, se aplica el criterio del "todo o nada", por ejemplo; si hay un cierto grado de actividad considerado "adecuado" respecto a una cierta transacción el resultado completo es atribuido al establecimiento permanente, o a la casa matriz según sea el caso. El informe indica que este criterio puede estar en conflicto con el principio de contraposición de intereses y puede llevar a doble tributación ya que, después de todo, más de un país involucrado puede llegar a la conclusión que suficientes actividades han tenido lugar dentro de su territorio como para imponer tributos a toda la utilidad obtenida en la operación.

El informe señala –probablemente en forma errónea– que en muchos casos pueden analizarse las funciones y riesgos de los involucrados en una transacción comercial global adecuadamente y pueden en consecuencia compararse con aquéllos involucrados en situaciones de partes no relacionadas. Los métodos tradicionales de precios de transferencia podrían ser aplicables en caso necesario con algunas adaptaciones.

En caso de un alto nivel de integración de funciones, el método de división de utilidades podría ser aplicable de acuerdo al informe. Para la división de utilidades conjuntas

[17] J. Owens, "Taxation within a Context of Economic Globalization", *Bulletin for International Fiscal Documentation*, pp. 290 y sgtes.
[18] *La tributación del Comercio Global en Instrumentos Financieros*, primera versión del 14 de febrero de 1997, y su versión revisada de 17 de marzo de 1998.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

logradas en transacciones comerciales globales, los factores siguientes deben ser cuantificados particularmente: la función comercial y de marketing, el factor de riesgo y la función de soporte. Debido a que estos factores no tienen igual interés comercial, ellos deben ser sopesados. El informe no proporciona directrices claras para este sopesamiento.

12. SOLUCIONES PARA EL PROBLEMA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

Debido al fuerte énfasis en la comparación con empresas no relacionadas, las limitaciones resultan obvias:

- si un buen material de referencia no está disponible, en muchos casos adaptaciones artificiales son necesarias;
- los servicios de impuestos internos en ciertos países pueden usar comparables que no son accesibles a los contribuyentes;
- hay fuertes cargas administrativas, tanto para EMNs y como para los servicios de impuestos internos involucrados;
- no existe consenso general acerca de los métodos y la prioridad de los mismos; y
- precios de transferencia son difíciles de aplicar al comercio global.

Soluciones pueden buscarse en el ámbito del principio de contraposición de intereses, en métodos alternativos de distribución de utilidades o reduciendo el impacto de los precios de transferencia a través de la introducción de sistemas de imposición regional en lugar de los sistemas de imposición nacionales.

Algunas soluciones posibles son las siguientes:

1) Eliminar la regla del "mejor método"

La regla del mejor método incluida en las regulaciones estadounidenses no es un rasgo obligatorio del principio de contraposición de intereses, pero siguiendo a los Estados Unidos muchos miembros de la OCDE y otros países han introducido dicha regla. Las Pautas de la OCDE, sin embargo, no la favorecen, señalando en el párrafo 1.69 que no se requiere llevar a cabo estudios de precios de transferencia bajo más de un método.

Como se indicó anteriormente, la regla del mejor método significa una carga administrativa particularmente alta para EMNs, debido a la necesidad de recabar continuamente información externa bajo todos los métodos posibles. Otro aspecto es que debido al énfasis en información externa, métodos de precios de transferencia pueden tener que ser aplicados, para fines tributarios, los cuales pueden tener casi ninguna relación con la realidad comercial de la compañía involucrada.

El enfoque debe ser más equilibrado. La intención debe ser seleccionar un método de precios de transferencia que mejor encaje en la estructura del grupo involucrado y satisfaga a la vez aspectos de administración, contabilidad y comerciales dentro del marco de la legislación tributaria.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En consecuencia, la legislación tributaria debería especificar los tres métodos principales más el método de precio de transferencia negociado (véase punto 9 a propósito del principio de contraposición de intereses) y también la división de utilidades (no el CPM y TNMM por las razones dadas anteriormente).

Un sistema de precios de transferencia bien documentado, obligatorio para todos los miembros del grupo o miembros de una división de un grupo, basado en métodos especificados en la legislación tributaria que es aplicada de forma consistente debería, en principio, ser aceptado por los servicios de impuestos internos involucrados.

Sólo deben hacerse ajustes si los precios de transferencia se alejan más allá de un cierto rango (asilo seguro o *safe haven*) de los precios comparables no controlados o de los márgenes brutos comparables, evidenciados por los servicios de impuestos internos, y –cuando el método del precio negociado es aplicado– si no se reúnen las condiciones de negociar libremente como partes independientes.

2) Métodos de distribución formularia

Los "métodos de distribución formularia" distribuyen las utilidades consolidadas de un grupo entre las entidades miembros del mismo en los diversos países involucrados aplicando una fórmula particular, por ejemplo, una fórmula basada en una combinación de producción, costos, activos y planilla de pagos.

Una forma menos extrema es la tributación unitaria. En este caso, la distribución se refiere al resultado de una empresa unitaria, una combinación de compañías miembros de un grupo, que pueden ser consideradas una como una sola entidad económica.

Métodos de distribución formularia se aplican, por ejemplo, en Canadá, los Estados Unidos y Suiza para prorratear la utilidad obtenida por un grupo empresarial entre las provincias, estados y cantones, respectivamente.

El informe de la OCDE de 1979 no apoya el uso de métodos de distribución formularia. En el párrafo 14 se señala que su uso está en conflicto con los artículos 7 y 9 del Modelo de la OCDE sobre Convenios de Doble Tributación. Este es, de hecho, el caso del artículo 9 y en parte del artículo 7. El párrafo 4 del artículo 7, sin embargo, deja espacio para el uso de otros métodos aparte del "enfoque de la entidad separada".

Como objeciones materiales contra los métodos de distribución formularia el informe señala:

- no hay ninguna relación clara con la situación económica real de las compañías miembros del grupo en cuestión;
- conlleva a resultados aleatorios;
- generarían cargas administrativas para los servicios de impuestos internos y las EMNs; y
- existe el riesgo de doble tributación en caso de una aplicación divergente por parte de los servicios de impuestos internos respectivos.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Las objeciones de las Pautas de la OCDE van aún más profundamente en contra de la distribución formularia (capítulo III, artículos 3.61 y sgtes.). La objeción principal es la ausencia de un consenso internacional general y de coordinación. Debería haber acuerdo con respecto a la composición del grupo entre los cuales las utilidades serían distribuidas, la fórmula a ser aplicada, la determinación de la utilidad consolidada y el uso de un sistema de contabilidad común.

Según la OCDE, los países tenderían a poner énfasis en los factores de la fórmula que llevaría a un resultado más favorable a sus intereses. Aún más, actividades que influencian fuertemente los factores podrían ser trasladadas a países con bajas cargas tributarias.

Un método de distribución formularia parece, sin embargo, encajar mejor que el principio de contraposición de intereses con los desarrollos actuales y esperables en el tema de precios de transferencia. El principio de contraposición de intereses después de todo está basado en la idea de economías nacionales y empresas independientes, no en organizaciones integradas y el comercio global.

El presupuesto básico de la distribución formularia es positivo: apunta a una distribución razonable de las utilidades de un grupo empresarial entre los países en que dicho grupo es activo. El principio de contraposición de intereses por el contrario busca, en primer lugar, prevenir las transferencias de utilidades.

Las objeciones contra los precios basados en el principio de contraposición de intereses mencionadas en párrafo 11, como la búsqueda de comparables y las dificultades de su aplicación al comercio financiero global, están en gran parte ausentes. La carga administrativa para las EMNs y también la labor de los servicios de impuestos internos podría ser mucho más liviana debido a que la distribución de utilidades tiene lugar sobre la base de datos internos disponibles.

El carácter de "tributación presunta" que involucra la distribución formularia es a veces mencionada como una objeción. Sistemas de "tributación presunta" parecen perder, sin embargo, su reputación de anticuados, más aún que la realidad ha llegado a ser demasiado complicada en muchos casos como para hacerle justicia con fines tributarios.

Muchos argumentos pro y contra la distribución formularia se ha intercambiado en la literatura en los últimos 20 años[19]. En relación con los desarrollos descritos arriba parece ser de nuevo la hora de hacer la aplicabilidad de la distribución formularia un asunto oficial para el estudio, especialmente por parte de la OCDE.

La aplicación dentro de Europa de un método unitario –por ejemplo basado en el concepto de una compañía europea– será menos difícil con la introducción de una sola moneda y la armonización de las reglas de contabilidad[20].

[19] Véase al respecto: H. Kogels, "Unitary taxation: an international approach", *Bulletin for Fiscal Documentation*, 1983, pp. 65 y sgtes.; Stanley I. Langbein, "The Unitary Method and the Myth of Arm's Length", *Tax Notes* 1986 pp. 625 y sgtes.; Joann M. Weiner, "Using the Experience in the U.S. States to Evaluate Issues in Implementing Formula Apportionment at the International Level", *Tax Notes International*, 1996, pp. 2113 y sgtes.

[20] Véase J.A.M. Klaver and A.J.M. Timmermans "EU Belastingpolitiek" (Dutch), *Weekblad voor Fiscal Recht*, 22 de abril de 1999, p. 506.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

3) La división de utilidades

La división de utilidades se reconoce en las regulaciones estadounidenses como un método especificado, sujeto a la regla del mejor método. Las pautas de la OCDE tratan la división de utilidades como un método secundario con relación a los tres métodos principales, pero en principio como es considerado un método de contraposición de intereses. Una consideración importante en las Pautas (párrafo 3.6) es que "una de las fortalezas de la división de utilidades es que generalmente no descansa directamente en transacciones cercanamente comparables, y puede usarse por consiguiente en los casos en que no puede identificarse ninguna transacción entre empresas independientes". Los datos externos pueden, sin embargo, ser pertinentes para evaluar el valor de las contribuciones de cada parte.

Otra ventaja es que sólo una utilidad real puede ser dividida. Bajo otros métodos el uso de datos externos puede llevar a la tributación de utilidades que en la realidad no fueron obtenidas por la empresa en cuestión.

La división de utilidades puede usarse para una sola transacción, para varias transacciones específicas o inclusive para todas las transacciones llevadas a cabo entre empresas relacionadas. La diferencia principal con los métodos de distribución formularia es la ausencia de una fórmula predeterminada. Una división correcta está basada en una remuneración adecuada por las funciones y riesgos de las partes involucradas.

Puesto que la información necesitada para la aplicación de la división de utilidades está, en principio, disponible dentro del grupo involucrado, una complicada búsqueda por comparables no es necesaria como regla general. En Japón y Canadá, la división de utilidades parece adquirir una posición más prominente que la propuesta por las Pautas de la OCDE[21].

Un aumento en la aplicación de la división de utilidades puede, por consiguiente, reducir los problemas en el área de precios de transferencia.

4) El impuesto europeo a la empresa

Varios autores han hecho propuestas para un impuesto a la empresa dentro de la Unión Europea. Morris Tabaksblat, el presidente del Directorio de Unilever en 1993, ha sugerido la introducción de tal impuesto, el que estaría basado en los resultados consolidados de actividades de multinacionales dentro de la Unión Europea. El impuesto se reclutaría por una institución de la Unión y la recaudación se prorratearía entre los estados miembros según una fórmula de distribución convenida. El Impuesto de la Unión reemplazaría completamente los impuestos nacionales a las empresas respecto de las compañías que opten para este sistema. De una vez por todas un gran número de problemas se resolvería: problemas de precios de transferencia dentro de la Unión Europea ya no existirían, las

[21] Véase *Tax Management Transfer Pricing Report.* 30 de junio de 1999, p. 175.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

fusiones tendrían lugar sin las complicaciones tributarias (hasta donde no han sido ya resueltas por la Directiva Comunitaria sobre Fusiones) y también no sería necesario pagar impuestos de retención en la fuente sobre intereses y *royalties,* y pérdidas dentro de la Unión Europea podrían ser compensadas[22].

Plasschaert[23] también describe las ventajas de un impuesto a la empresa dentro de la Unión Europea comparándolo con la introducción de un impuesto unitario dentro de la Unión. Concluye que un impuesto a la empresa dentro de la Unión Europea para EMNs sería preferible a la tributación unitaria, especialmente porque el principio de neutralidad fiscal sería satisfecho en un mayor grado. Los problemas precios de transferencia con terceros países, sin embargo, permanecen en cualquier caso.

Hablando económicamente, el impuesto a la empresa dentro de la Unión Europea es una opción atractiva, porque los costos disminuirán considerablemente tanto para las compañías europeas como para los servicios de impuestos internos, pero desde un punto de vista político desgraciadamente no es realista. Ningún estado miembro parece estar preparado a estas alturas para renunciar su soberanía en esta área. Un pequeño paso en la dirección correcta se ha logrado, sin embargo, con la instalación de un comité de estados miembros que estudiarán críticamente la competencia tributaria[24]. Aún más, acciones posiblemente exitosas por el Comisionado para la Competencia dentro de la Unión Europea, usando el artículo 92 del tratado en contra de subsidios gubernamentales en la forma de incentivos tributarios pueden al menos eliminar un incentivo para mantener los impuestos nacionales a las empresas.

5) Tributación europea del estado del domicilio

En un ensayo de 18 de junio de 1999[25], el denominado "Grupo de Estocolmo" propuso la idea de llevar adelante un impuesto del Estado del domicilio de las compañías de la Unión Europea (*Home State Taxation* o HST). HST permite a las empresas que tienen su oficina principal en un Estado miembro adoptar el sistema impositivo de ese Estado y aplicarlo a sus actividades en aquellos estados miembros que se han unido al sistema. De esta manera la base imponible para un grupo de compañías que operan en varios estados miembros es calculada bajo las reglas del sistema tributario del Estado del domicilio de la compañía matriz. Luego la base imponible se asigna a los estados miembros donde el grupo lleva a cabo sus actividades en base a una fórmula (por ejemplo la base del IVA ajustada). Cada Estado miembro aplica su propia tasa de impuestos a la base imponible asignada.

[22] Véase M. Tabaksblat, *Intertax*, 1993, p. 16.
[23] Véase S. Plasschaert, "An EU Tax on the Consolidated Profits of Multinational Enterprises", *European Taxation* 1997, pp. 2 y sgtes.
[24] El denominado "Código de Conducta Grupal".
[25] Fue publicado en *European Taxation*, agosto de 1999. Autores principales: prof. S.O. Lodin y Malcolm Gammie.

Artículo: Introducción a precios de transferencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hubert Hamaekers

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Este sistema elimina los problemas de precios de transferencia entre los estados miembros participantes y también el riesgo de doble tributación, y a la vez permite la compensación total de pérdidas. Como consecuencia, la carga administrativa se reduciría tanto para EMNs como para los servicios de impuestos internos respectivos. A diferencia de los otros sistemas de distribución formularia, el sistema tributario del Estado del domicilio (concepto que necesita de un desarrollo más extenso) es la base clara y firme de un HST. Una base imponible para efectos del IVA parece ser una mejor base para la distribución que las fórmulas tradicionales fundamentadas en producción, activos, planilla de pagos, etc.

Si resultare exitoso en Europa, HST podría introducirse también en otros países (siempre que exista acuerdo en la fórmula).