

RELATORÍA

GENERAL

ÍNDICE

SIGLAS Y ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

I. INTRODUCCIÓN

II. PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN LATINOAMÉRICA

III. ACCIÓN 8: INTANGIBLES

- a) Identificación de intangibles
- b) Propiedad de intangibles e identificación de transacciones que involucran su desarrollo, ampliación, mantenimiento, protección y explotación
- c) Transacciones que involucran el uso o transferencia de intangibles
- d) Aplicación del principio de plena competencia a los casos de intangibles, abordando la valoración de éstos y las particularidades de aquellos cuya valoración sea compleja
 - Aplicación del principio de plena competencia
 - Valoración de intangibles
 - Intangibles de valoración compleja

Acuerdos de Contribución de Costos

IV. ACCIÓN 9: RIESGOS Y CAPITAL

V. ACCIÓN 10: OTRAS TRANSACCIONES DE ALTO RIESGO

- 1. Commodities
- 2. Servicios intra-grupo de bajo valor agregado

VI. ACCIÓN 13: DOCUMENTACIÓN

VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

* Socio de la División de Tax Services de EY Perú. Abogado por la Universidad de Lima; Máster en Derecho Petrolero y Minero por la Universidad de Dundee - Reino Unido; en Tributación por la Universidad de Georgetown - EE. UU. y en Administración de Empresas por la Adolfo Ibañez School of Management.

** Socio de Tax & Legal Services de PricewaterhouseCoopers Perú. Abogado por la Universidad de Lima; Maestría en Administración de Empresas y post grado en Comercio Electrónico en el Centro de Estudios Financieros de Madrid, España. Profesor en la Universidad de Lima y en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SIGLAS Y ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

APA:	Acuerdo anticipado de precios
C-b-C report:	Country-by-Country Report
CDI:	Convenio para evitar la doble imposición
CI:	Costo Incrementado (o Adicionado)
Directivas PT OCDE:	Directivas de la OCDE en materia de precios de transferencia
EMN:	Empresa multinacional
G-20:	Grupo de los 20 (países industrializados y emergentes)
IR:	Impuesto a la Renta (o las ganancias)
LIR:	Ley del Impuesto a la Renta (o las ganancias)
M:	Puesto delante de cualquiera de las abreviaturas de los métodos, indicará que nos referimos a dicho método (p. ej. MPR: Método del precio de reventa)
MCOCDE:	Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio de la OCDE
MCONU:	Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo
MNT:	Margen neto transaccional
OCDE:	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
PCNC:	Precio comparable no controlado
Plan BEPS	Plan de acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y traslado de beneficios
Plena competencia:	Arm's Length
PR:	Precio de reventa
PPC:	Principio de Plena Competencia
PT:	Precios de transferencia
PU:	Partición de utilidades
RIR:	Reglamento de la LIR
RPU:	Residual de partición de utilidades

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 8 de octubre de 2015 fue un día histórico. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“OCDE”), integrada por las 34 economías más desarrolladas del planeta, tras poco más de dos años de trabajo, aprovechó la cumbre del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, celebrada en Lima-Perú, para presentar a los ministros de Finanzas del G-20 el resultado final de su revolucionario plan de acción para luchar frontalmente contra el problema de la “erosión de la base imponible y la transferencia de beneficios” (conocido como “Plan BEPS”, por sus siglas en inglés).¹

El Plan BEPS fue lanzado por la OCDE en julio del 2013, a solicitud de los líderes del G-20, con el afán de diseñar estándares homogéneos, transparentes y coordinados a nivel mundial para hacer frente a determinadas maniobras que, sin ser necesariamente ilegales, permiten reducir la carga impositiva global de los grupos de empresas multinacionales (“EMN”), de forma artificial, mediante el traslado de sus ganancias hacia jurisdicciones donde son objeto de un trato fiscal más favorable.²

En buena cuenta, este proyecto busca garantizar que las grandes empresas tributen en aquellos países en los que efectivamente están realizando actividades económicas y generando valor. A ello se agrega el enorme interés de las principales economías de mundo por propiciar la transparencia y el intercambio de información automática entre las Administraciones Tributarias de los diferentes países afectados por este fenómeno.

Se trata de la más ambiciosa iniciativa para combatir una serie de estrategias de planificación fiscal agresiva de las multinacionales, que según la OCDE provocan una pérdida de entre el 4% y el 10% de la recaudación mundial por concepto de Impuesto a la Renta. Esto representa un forado para las arcas públicas, tanto de países industrializados como emergentes, de entre US\$ 100 y 240 mil millones anuales.

El Plan BEPS contempla 15 “acciones”, cada una claramente delimitada y definida. Al margen de los objetivos específicos de cada acción, desde una perspectiva general, todas ellas tienen por finalidad frenar la elusión fiscal por parte de las mul-

¹ De un total de 34 países sólo dos latinoamericanos (México y Chile) hasta la fecha son parte de la OCDE.

² El G-20 es un foro integrado por la Unión Europea más 19 países industrializados y en desarrollo, incluyendo Argentina y Brasil que no son miembros de la OCDE. Este bloque de países concentra cerca del 85% de la producción mundial, 80% del comercio internacional y dos tercios de la población del mundo.

tinacionales y asegurar una tributación justa de los beneficios empresariales alrededor del mundo.

Desde su fundación en la década de 1960 para promover el progreso en democracia, la OCDE se ha convertido en un organismo que dicta tendencias. La lectura del Plan BEPS invita a pensar que lo que propone ahora es una profunda reestructuración del actual modelo de la tributación internacional, impulsando un esquema donde todos los sistemas tributarios del mundo guarden coherencia con el objetivo que lo anima.

Somos testigos de un esfuerzo sin precedentes que marca un antes y un después en la historia de la cooperación fiscal internacional. Para dotarlo de mayor consenso y legitimidad se ha involucrado activamente a más de 80 países en desarrollo y otras economías no pertenecientes a la OCDE y al G- 20 que participaron en numerosas consultas regionales y foros mundiales. Estas citas han servido para tener un acercamiento entre países, ayudando a aliviar tensiones dadas sus distintas posturas en materia de política tributaria.

Si bien se han dado pasos significativos, aún hay mucha tela por cortar y lo más complicado está por venir. El fruto de dicho trabajo se ha visto plasmado en recomendaciones para homogeneizar la normativa interna de los diferentes países participantes en el proyecto y los más de 3 mil Convenios para Evitar la Doble Imposición (“CDI”). Es decir, las propuestas de la OCDE no serán aplicables por sí mismas, sino que deberán incorporarse a las respectivas legislaciones nacionales o a los correspondientes convenios internacionales. Como bien lo ha advertido el secretario general de la OCDE, el mexicano Ángel Gurría, *“esto no prosperará sin su implementación”*.

No son pocos los países de América Latina que apoyan esta medida. Es lógico que sea así pues uno de los desafíos que tiene la región es mejorar la recaudación fiscal para no depender de los vaivenes de los precios de las materias primas. Por un lado, tanto México como Chile han mostrado su respaldo al ser miembros plenos de la OCDE; mientras que Argentina, Brasil y Colombia son países “asociados BEPS”, que están siguiendo el liderazgo de dicha organización para estrechar el cerco contra el fraude y la evasión fiscal. De hecho, algunos de ellos (p. ej. México) ya han desarrollado normas con claro sesgo anti-abuso inspiradas en el proyecto, sin haber esperado los resultados de éste. Los intentos de otro grupo de países de la región, como Costa Rica y Perú, por formar parte de la OCDE pueden reforzar esa tendencia.

Estamos, pues, a puertas de un cambio sustancial de las reglas de juego de la tributación internacional. Pero no sólo se trata de “cortar y pegar”. Los gobiernos

de nuestros países deberán tener el tino de implementar tales medidas en el momento adecuado, adaptándolas a sus respectivas realidades económicas y garantizando rigurosamente la seguridad jurídica que las empresas de todos los tamaños necesitan.

En ese contexto, salta a la vista que una de las áreas que concentra los mayores esfuerzos de la OCDE es la relativa a las operaciones entre partes vinculadas, sujetas a las normas, que habitualmente se denominan de “precios de transferencia”. Ese enfoque se justifica pues los precios de transferencia son usados con frecuencia, indebidamente, para desplazar utilidades, al interior de un mismo grupo multinacional, de una compañía a otra que en ese momento pudiera tener un régimen tributario más beneficioso, habiéndose convertido en la actualidad en el instrumento más utilizado de planificación fiscal internacional. Dado ese panorama, la importancia de una adecuada regulación tributaria de los precios de transferencia queda fuera de toda duda.

Al fin y al cabo, como acertadamente lo ha sostenido el reconocido catedrático español FRANCISCO GARCÍA PRATS, *“la utilización de los precios de transferencia puede quebrar la equidad entre naciones (inter-nations equity), si como consecuencia se produce un trasvase de rentas de una jurisdicción a otra, lo que puede generar una pérdida recaudatoria para alguno de los Estados y una posible ganancia para otro”*.³

La preocupación por evitar las transferencias irregulares de beneficios, a través de los precios que se acuerden entre partes vinculadas, ha llevado a que se incluyan cuatro acciones en el Reporte Final del Plan BEPS que pretenden frenar la evasión tributaria que pueda producirse por la concertación de negocios en condiciones diferentes a las que hubieran sido pactadas entre partes independientes. Metodológicamente se pueden agrupar en dos bloques:

- (i) Aspectos vinculados a los intangibles, riesgos y capital y otras transacciones de alto riesgo, cuyo fin es asegurar que los precios de transferencia estén en línea con la creación de valor (8, 9 y 10).
- (ii) Reexaminar la documentación de precios de transferencia para aumentar la transparencia hacia la Administración Tributaria considerando el costo de cumplimiento de las empresas (13).

Nos encontramos, por tanto, ante un asunto de enorme complejidad y de actualidad evidente que ha dado lugar a que se haya considerado conveniente examinar

³ GARCIA PRATS, Francisco Alfredo. “Los Precios de Transferencia: Su Tratamiento Tributario desde la Perspectiva Europea”. En: *Crónica Tributaria*. Número 117, España, (2005) p. 33.

los posibles efectos del Plan BEPS en las reglas de precios de transferencia de distintas jurisdicciones de la región en el marco del “8vo Encuentro Regional Latinoamericano de la Asociación Fiscal Internacional (IFA)”. El presente trabajo constituye la Ponencia General del Tema 1 de este importante evento, que como es habitual ha sido elaborada con el valioso aporte de los relatores nacionales que presentaron informes cubriendo brillantemente los aspectos planteados en las Directivas impartidas por los Relatores Generales.

Estos destacados especialistas abordaron, desde la perspectiva de la normativa interna de sus respectivos países, distintos temas de alto impacto relacionados con el proyecto BEPS, entre los cuales se encuentran la valoración de intangibles, de servicios intra-grupo de bajo valor agregado, la caracterización de operaciones, el tratamiento de transacciones con *commodities*, la documentación “País por País”, entre otros, los mismos que serán incorporados como parte de las Directivas de la OCDE en materia de Precios de Transferencia (“Directivas PT OCDE”), las cuales son una guía de interpretación en la materia en la mayor parte de los países de la región.

Por todo ello, nuestro más profundo agradecimiento a cada uno de los siguientes ponentes:

País	Relator Nacional
Argentina	Adriana Piano
Brasil	Francisco Lisboa Moreira
Chile	José Escudero Treder
Colombia	Julián Moreno
Ecuador	Karilin Arenas
México	Yoshio Uehara
Perú	Jenny Morón y Juan Carlos Vidal
Venezuela	José Manuel Valecillos

Hecha esta introducción, pasamos a exponer los distintos temas que comprende esta Ponencia General, los cuales han sido agrupados en la misma forma y orden en que fueron planteados en las directivas preparadas para estos efectos. De ese modo, se cubrirán los principales aspectos de cada una de las cuatro medidas del Plan BEPS relativas a los Precios de Transferencia (acciones 8, 9, 10 y 13) para tener una mejor comprensión de sus alcances, de su trascendencia, así como de sus implicancias y perspectivas.

En ese proceso haremos referencia a las ponencias nacionales, las mismas que servirán de sustento para hacer un análisis comparado. Conforme a los objetivos académicos propios de este encuentro regional, luego de examinar las cuestiones tratadas en dichas ponencias se propondrán las conclusiones y recomendaciones del caso.

Pero antes de comenzar con el desarrollo de los asuntos referidos es necesario efectuar algunas precisiones de carácter general con relación a las diversas regulaciones de precios de transferencia que existen actualmente en Latinoamérica. A ello se suma la necesidad de analizar previamente las diferencias interpretativas acerca del alcance y contenido de las Directivas PT OCDE en cada país y las posibilidades de que sus autoridades adopten las sugerencias que ofrece el Reporte Final del Plan BEPS.

II. PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN LATINOAMÉRICA

Las disposiciones de precios de transferencia de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Perú y Venezuela tienen más de una cosa en común. Quizás el aspecto más llamativo que comparten reside en que someten a las operaciones entre partes vinculadas al Principio de Plena Competencia (“PPC”) o “*arm’s length principle*”, como comúnmente se le conoce en el ámbito internacional, al valorarlas al precio que sería acordado en condiciones normales de mercado entre partes independientes.⁴

Ese principio constituye la piedra angular de las normas que adoptan para la determinación de los precios de transferencia y no sólo se encuentra recogido en Directivas PT OCDE, sino también se halla formulado en los CDIs que siguen los Modelos de Convenio de la OCDE y de las Naciones Unidas (MCOCDE Y MCONU, respectivamente).

Con ello estos países habrían tratado de alinear su normativa con las más modernas tendencias en materia de precios de transferencia, representadas por las Directivas PT OCDE. Aunque hay que decir que Brasil es un caso aparte. Tal como lo destaca FRANCISCO LISBOA MOREIRA, los métodos brasileños se alejan notoriamente de dicho estándar.

Todas esas jurisdicciones aplican sus regímenes de precios de transferencia a ope-

⁴ El principio *arm’s length* ha sido traducido en la literatura en español como principio de plena competencia, principio de libre competencia, el principio de total independencia, o como condiciones normales de mercado. Sin embargo, para efectos del presente trabajo preferimos la utilización de la denominación principio de plena competencia.

raciones internacionales con sujetos vinculados como mecanismo para hacer frente a los problemas de evasión fiscal. La mayor parte somete al mismo control a las operaciones con sujetos independientes domiciliados en territorios de baja o nula imposición, más conocidos como paraísos fiscales. En algunos casos, estas disposiciones también son aplicables a transacciones con partes vinculadas del mismo país.

Pero pese a todo lo avanzado, en la actualidad difícilmente puede hablarse de una regulación homogénea de precios de transferencia a nivel regional, pues de hecho existe disparidad entre las normativas de cada país. Esa disparidad se manifiesta tanto en la forma como en el fondo, así como en el alcance, grado de complejidad, en cuanto a las metodologías aplicables, en los requisitos de documentación e incluso en la onerosidad de las sanciones por incumplimiento, por citar sólo algunos aspectos diferenciales.

Para efectos de tema planteado, conviene tener presente que si bien las normas de precios de transferencia de los países analizados siguen en líneas generales, a excepción de Brasil, las Directivas PT OCDE, existen ciertas diferencias propias de cada régimen, siendo algunas de ellas notables, como por el ejemplo el “sexto método” argentino aplicable a la exportación de *commodities*, que luego fuera recogido con ciertos matices por las legislaciones de países como Brasil, Ecuador y Perú.

Todos requerirán aprobar reformas en su normativa interna si buscan adoptar, en mayor o menor medida, las recomendaciones impartidas por la OCDE en el marco del Plan BEPS. Si hay algo en lo que los ponentes nacionales parecen estar de acuerdo es en la necesidad de respetar el principio de reserva de ley, en tanto esos cambios pudieran modificar elementos esenciales del hecho imponible del Impuesto a la Renta.

No son casos de transgresión del principio de reserva de ley, sin embargo, aquellos en el que un reglamento de la ley se limita a precisar los alcances de los elementos constitutivos del tributo sobre la renta para hacer efectiva su aplicación. En ese sentido, tal como lo explica JULIÁN MORENO “*varios de estos aspectos podrían ser incorporados al ordenamiento tributario colombiano a través de decretos reglamentarios*”; pudiéndose hacer extensivo ese mismo razonamiento a los demás países de la región.

Solamente en México serían de aplicación automática las modificaciones a las Directivas PT OCDE para la interpretación de las obligaciones referentes a precios de transferencia, siempre que no sean incongruentes con las disposiciones de su regulación local, ni con los tratados que ese país haya celebrado. Así lo entiende YOSHIO UEHARA pues existe una remisión expresa a dichas directivas o “a

aquellas que las sustituyan”.

Hay que advertir que la legislación venezolana es comparable a la mexicana en ese extremo en la medida que también prevé la aplicación supletoria de las Directivas PT OCDE o “*a aquellas que las sustituyan*”. Sin embargo, JOSE MANUEL VALE-CILLOS considera que las recomendaciones del Plan BEPS y las nuevas Directivas PT OCDE deben ser incorporadas a la legislación venezolana antes de ser aplicadas supletoriamente en los aspectos no regulados por las reglas de precios de transferencia de ese país.

En el Perú eso tampoco está tan claro, aunque JENNY MORÓN y JUAN CARLOS VIDAL aseguran que “*en la práctica se observa que tanto los contribuyentes como la Administración Fiscal suelen referirse a las versiones más actualizadas disponibles de las Directivas PT OCDE*”.⁵

Interesante es el caso de Colombia donde existe un pronunciamiento jurisprudencial sobre una disposición similar contenida en su legislación tributaria, que fuera cuestionada en una acción de inconstitucionalidad interpuesta por considerarse que la misma transgredía el principio de reserva de ley.⁶ En esa sentencia, la Corte Constitucional declaró que las Directivas PT OCDE no tienen fuerza vinculante en ese país, aunque JULIÁN MORENO señala que “*si ha aceptado su utilización como un criterio auxiliar de interpretación, posición que igualmente ha sido adoptada por la autoridad tributaria nacional*”. No obstante, en su opinión “*es recomendable que los cambios (a las Directivas PT OCDE) se incorporen domésticamente para facilitar la resolución de controversias que puedan darse a partir de los procesos de fiscalización*”.

Las leyes del resto de países no hacen remisión específica a las mismas, salvo en el caso de Ecuador en que se establece como referencia técnica en materia de precios de transferencia las Directivas PT OCDE pero del año 1995, con lo cual la aplicación supletoria de las modificaciones recomendadas en el Plan BEPS queda descartada para la interpretación de las reglas ecuatorianas, mientras no sean recogidas en su ordenamiento interno.

Frente a esta diversidad de regulaciones, el Plan BEPS plantea desarrollar reglas de juego más claras, predecibles, equilibradas y armonizadas para responder con

⁵ Adviértase aquí la existencia de posiciones encontradas, pues al igual que ocurre con los CDI, algunos sostienen que los MCOCDE y MCONU ayudan a encontrar el sentido real de la interpretación que debe darse a sus textos, recurriendo sólo a aquellos que estuvieron “vigentes” durante el periodo de negociaciones y que sirvieron de orientación a las misma, de lo contrario no se hallaría la intención única que acompaña el proceso.

⁶ Artículo 260 - 9 del Estatuto Tributario de Colombia, incorporado a dicho cuerpo normativo por el Artículo 28 de la ley 788 de 2002.

mayor eficacia a los enormes desafíos de la globalización, reconociendo que los rígidos ordenamientos tributarios existentes no le han podido seguir el paso, dada su incapacidad de adaptarse oportunamente al veloz ritmo de los negocios internacionales. Para tales efectos, propone modificaciones significativas a las Directivas PT OCDE, las cuales son reconocidas en muchos países como un instrumento de primer orden para la interpretación de la propia normativa interna de regulación de los precios de transferencia. A continuación veremos cuáles son los principales cambios que se vislumbran.

III. ACCIÓN 8: INTANGIBLES

Pensando en intangibles, quizá el caso que mayor impacto mediático ha tenido en los últimos años es el de GSK. Allá por el año 2006 la filial norteamericana (GSK US) de esta farmacéutica internacional tranzó con la administración tributaria estadounidense (IRS) por un reparo a su impuesto sobre la renta de varios billones de dólares. Este acuerdo llegó a extinguir las deudas fiscales de GSK US por los períodos 1989 a 2005, aun cuando los periodos en disputa judicial fueron sólo de 1989 a 2000.

Recordando el tema controvertido por el IRS, éste fue la sobrevaloración de los pagos realizados por GSK US a su casa matriz (GSK UK) por los precios y regalías de sus principales productos (Ceftin, Imitrex, Serevent, Ventolin, Zantac y Zofran), lo que redujo de modo importante su utilidad fiscal en Estados Unidos de América. En particular, el IRS cuestionó la realidad económica del acuerdo de distribución entre GSK US y GSK UK, imputando a la primera en atención a las funciones, actos y riesgos que asumía una licencia gratuita por las marcas a comercializar dentro de Estados Unidos y otros intangibles de marketing. GSK US reiteró al IRS que GSK UK era el propietario y desarrollador de los productos (medicamentos) patentados y sus marcas, y que sus funciones se habían limitado a las de un distribuidor a cargo de la venta local, por las que siempre buscó ser retribuido a valores de mercado.

El IRS consideró que, respecto de los productos licenciados, GSK US desarrolló e implementó estrategias de marketing que eran únicas, intensivas y arrolladoras, yendo incluso más allá de los requerimientos legales y regulatorios existentes, por lo que sus costos terminaron siendo superiores a las prácticas usuales en el sector, lo que originaba a su vez un intangible. Según el IRS, la contribución de GSK US al desarrollo de la marca y los productos fue suficiente para considerar a ésta como “propietario” para efectos impositivos de los intangibles (know-how y otros) bajo la figura del “desarrollador / asistente en el desarrollo” (Developer - Assister Rule). Por esta institución de la norma americana, independientemente

del titular legal de un intangible, quien colabore en mayor medida al desarrollo del mismo sin recibir contraprestación era considerado como un titular para fines impositivos.

El CDI entre Estados Unidos de América y Reino Unido (1975 / 2001),⁷ que contiene un procedimiento de acuerdo mutuo (PAM) por el que las administraciones tributarias de ambos países deben buscar mitigar los posibles impactos derivados de ajustes fiscales, y un eventual problema de doble imposición, no sirvió de mucho en este caso.

La controversia de GSK nos permite reparar sobre varios aspectos que aún se presentan como poco claros cuando de intangibles se trata. Así por ejemplo: i) Se advierten dificultades en la valoración; ii) se cuestiona la realidad económica del hecho u operación realizada; iii) Puede en ocasiones y atendiendo a las funciones y actos de las partes identificarse más de un intangible involucrado; iv) La existencia de un CDI (como el celebrado entre Estados Unidos de América y Reino Unido) no siempre ayuda a delimitar la controversia (por ejemplo no considera una definición de intangibles); y, v) Los PAM no siempre zanján las controversias surgidas entre los contribuyentes de países convenidos y sus correspondientes administraciones fiscales (no hay obligación de llegar a un acuerdo, ni plazo claro e identificable del proceso asociado).

Sin perjuicio de ya lo mencionado, los bienes intangibles se prestan de especial manera para escenarios de planificación fiscal, quizá por algunas de las mismas razones enunciadas arriba, pero sin duda porque es común que en las normas fiscales y las de precios de transferencia no se encuentren definidos claramente; de igual modo, su relocalización no se muestra como un procedimiento particularmente complicado, todo lo contrario; permiten conferir derechos y potestades sobre los mismos con algún tipo de compensación aparejada; su valoración suele ser compleja, al punto que incluso entre partes independientes resulta a veces difícil acordar su retorno o la aproximación metodológica para llegar a éste.

Bajo este marco de situaciones, en donde el caso GSK es tan sólo uno de muchos ejemplos, un punto base del Plan BEPS de la OCDE fue reexaminar las actuales guías en materia de precios de transferencia relativas a intangibles, pues según advierte éstos representan entre el 40% y el 80% del valor agregado de las empresas y grupos multinacionales, y la aparente importancia otorgada a la asignación de funciones, activos y riesgos ha permitido escenarios de artificial manipulación, generando resultados distorsionados que no se corresponden con el valor creado

⁷ <[https://www.irs.gov/Businesses/International-Businesses/United-Kingdom-\(UK\)-Tax-Treaty-Documents](https://www.irs.gov/Businesses/International-Businesses/United-Kingdom-(UK)-Tax-Treaty-Documents)>.

por la actividad económica de las partes involucradas. Consecuentemente, el Plan BEPS pretende aclarar y consolidar en este campo las bases de la aplicación práctica del denominado “principio de plena competencia”.⁸

Producto del Reporte Final sobre intangibles del Plan BEPS, será aprobada una totalmente nueva versión del Capítulo VI de las Directivas PT OCDE, cuya versión del año 2010 es la última y más actual. Ahora bien, la estructura de estas Directivas se mantiene, conteniendo cuatro secciones que orientan sobre:

- a) Identificación de intangibles;⁹
- b) Propiedad de intangibles e identificación de transacciones que involucran su desarrollo, ampliación, mantenimiento, protección y explotación;
- c) Transacciones que involucran el uso o transferencia de intangibles; y
- d) Aplicación del principio de plena competencia a los casos de intangibles, abordando la valoración de éstos y las particularidades de aquellos cuya valoración sea compleja.

Seguidamente nos referiremos brevemente a cada uno de ellas, pues su aterrizaje y real entendimiento demandarán un estudio bastante más prolongado.

a) Identificación de intangibles (sólo para fines de precios de transferencia)

De acuerdo con el Numeral 6.6 del Reporte Final “*la palabra «intangible» tiene por objeto hacer frente a algo que no es un activo físico o un activo financiero,*¹⁰ *que es capaz de ser poseído o controlado para su uso en actividades comerciales, y cuyo uso o transferencia sería compensada si hubiera ocurrido tal transacción entre partes independientes en circunstancias comparables*”.¹¹ El mismo numeral aclara que, “*en lugar de centrarse en la contabilidad o definiciones legales, la idea central de un análisis de precios de transferencia en casos de intangibles debe partir por la determinación de las condiciones que se acuerden*

⁸ Arm’s Length Principle, por su denominación en idioma inglés.

⁹ Sólo para fines de precios de transferencia.

¹⁰ El Reporte Final remite en esta parte a la Nota 14, la cual señala lo siguiente: “*Tal como se usa en este párrafo, un activo financiero es cualquier activo que sea efectivo, un instrumento de patrimonio, un derecho o una obligación contractual a recibir efectivo u otro activo financiero o de intercambiar activos o pasivos financieros, o un derivado. Los ejemplos incluyen bonos, depósitos bancarios, valores, acciones, contratos a plazo, contratos de futuros y swaps*”.

¹¹ Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation. Actions 8-10: 2015 Final Reports. OECD.

entre partes independientes para una transacción comparable".¹²

En ese orden de ideas, y sin que sea un listado exhaustivo, se proporcionan algunos ejemplos de intangibles que llevan la pauta de la definición, tales como marcas, patentes, know-how, secretos comerciales, nombres comerciales, licencias y concesiones administrativas, derechos contractuales, entre otros. Asimismo, se señalan algunos supuestos que pudiendo contribuir a la obtención de ingresos por una empresa no serían intangibles ad-hoc, dentro de estos considera a las sinergias de grupo y las características específicas de los mercados locales.¹³

Esta definición no se encontraba recogida en las Directivas PT OCDE vigentes hasta la fecha (2010), y está claro conforme a la misma que todo análisis debería partir por la identificación y dimensionamiento de las premisas que comprenden el concepto de intangible ya señalado, teniendo para ello en cuenta que, en una gran cantidad de casos, este tipo de bienes no están reconocidos como tales por la contabilidad y los estados financieros de las empresas, pues han sido objeto de desarrollos propios.

El Reporte Final también explica en este apartado las dificultades que pueden surgir en la determinación de los precios de transferencia de considerarse definiciones de activo intangible más estrechas o más amplias. Así, una definición más estrecha podría originar que muchos supuestos de hecho inicialmente contemplados caigan fuera del alcance de la definición; y, en consecuencia, permitir su uso o la transferencia del intangible sin una compensación, a pesar que dicha transferencia hubiera y debiera haber sido retribuida bajo el principio de plena competencia. Una definición bastante más amplia podría lograr el efecto contrario; es decir, que casi todo sea alcanzado por la definición.

Dicho esto y a los efectos del presente trabajo, quedaría por ver qué aproximación se ha venido tomando regionalmente en las legislaciones y precedentes jurisprudenciales de los países participantes de esta reunión, que es lo que seguidamente comentaremos con base en la ponencias oportunamente recibidas.

En este sentido, ADRIANA PIANO por Argentina, JOSE ESCUDERO por Chile, JULIAN MORENO por Colombia, KARILIN ARENAS por Ecuador, YOSHIO UEHARA por México, JENNY MORON y JUAN CARLOS VIDAL

¹² Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation. Actions 8-10: 2015 Final Reports. OECD.

¹³ Con relación al Goodwill y los derechos de llave, no se definen los términos ni se consideran o no como intangibles. No obstante, se reconoce que constituyen un valor relevante en transacciones entre terceros, y que deberían ser considerados para establecer el principio de plena competencia.

por Perú, así como JOSE MANUEL VALECILLOS por Venezuela, señalan en sus respectivas ponencias que las legislaciones de sus países no han contemplado una definición clara y precisa de bienes intangibles, llegándose a estos a través de ejemplos, remisiones normativas e interpretaciones jurisprudenciales.

Bajo este escenario, los vacíos legales han tenido que llenarse de diversas formas, así PIANO destaca que existen dos Resoluciones Técnicas de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas, la Número 9 y la Número 17, que contienen respectivamente una definición y una aproximación al reconocimiento contable de activos intangibles.¹⁴ Señala además que en el caso de gastos para actividades de Investigación y Desarrollo (I+D) se ha tenido que recurrir a las normas contables, como la Norma Internacional de Contabilidad 38 (NIC 38).

Esta última aproximación ha sido un recurso advertido también por JOSE ESCUDERO, JULIAN MORENO, KARLIN ARENAS, JENNY MORON y JUAN CARLOS VIDAL, así como JOSE MANUEL VALECILLOS, quienes argumentando por sus países coinciden en destacar el uso de la NIC 38¹⁵ en el afán de complementar los alcances de la normativa interna o a falta total o parcialmente de ella.¹⁶

JULIAN MORENO por su parte es claro al señalar que si bien se puede encontrar una aproximación a la definición de intangibles en la NIC 38, no se alcanza el criterio amplio contenido en el Reporte Final BEPS. El y JOSE ESCUDERO

¹⁴ La Resolución Técnica de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas N° 9 define a los activos intangibles como *“aquellos representativos de franquicias, privilegios u otros similares, incluyendo los anticipos por su adquisición, que no son bienes tangibles ni derechos contra terceros, y que expresan un valor cuya existencia depende de la posibilidad futura de producir. Este concepto abarca, entre otros, los derechos de propiedad intelectual; patentes, marcas, licencias, gastos de organización y pre-operativos, y erogaciones relacionadas con el desarrollo”*.

La Resolución Técnica de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas N° 17 señala que *“Un intangible se reconoce contablemente cuando se demuestre su capacidad de generar beneficios económicos futuros y su costo pueda determinarse sobre bases confiables”*.

¹⁵ Norma Internacional de Contabilidad N° 38 (NIC 38). Activos Intangibles. Párrafo 8. International Accounting Standard Board (IASB).

¹⁶ JOSE ESCUDERO señala que al atender a los principios contables generalmente aceptados, por ausencia de disposiciones especiales en la legislación tributaria chilena que determinen el tratamiento contable de los activos intangibles, debe tenerse en cuenta el pronunciamiento del Servicio de Impuestos Internos (SII) contenido en el Oficio N° 2563, del 29 de junio de 2000, donde ha declarado que *aquél Servicio “carece de competencia para impartir normas contables sobre la forma en que los contribuyentes deben contabilizar sus inversiones, los ingresos o gastos, provenientes de las operaciones o actividades que desarrollen, puesto que tal materia está radicada en los organismos técnicos que tienen facultades para ello”*.

destacan a su vez que la definición de intangibles del Reporte Final, a diferencia de la norma contable, pone particular foco en la determinación de los hechos que serían acordados por personas independientes en transacciones comparables. Es decir, que la referencia y comparación siempre deben estar presentes para guiar el entendimiento.

Mención aparte merece el caso de Brasil. En efecto, FRANCISCO LISBOA señala que *“hay consenso en decir que el texto final de la Acción 8 no va a generar cambios significativos en la legislación brasileña. Ello porque ya adopta conceptos anti-elusión para las operaciones con intangibles que protegen su base imponible”*.

LISBOA nos recuerda además, que la legislación brasileña de control de los precios de transferencia es una de las más antiguas de Latinoamérica, pues fue implementada con la dación de la Ley Federal n.9430, del 27 de diciembre de 1996, y que si bien se inspira en las Directivas PT OCDE, presenta importantes matices diferenciadores como: i) la existencia de márgenes de lucro predeterminados; ii) la inexistencia de ajustes correlativos en los convenios para evitar la doble imposición suscritos por Brasil; iii) la obligación de testear todos los productos y transacciones; iv) la imposibilidad de aplicar el método del Margen Neto Transaccional; y, v) la inexistencia de la regla del mejor método, donde existe obligación de aceptar el método de menor ajuste por las autoridades tributarias.

b) Propiedad de intangibles e identificación de transacciones que involucran su desarrollo, ampliación, mantenimiento, protección y explotación

El Reporte Final de BEPS contiene en este extremo orientación sobre qué entidad o entidades dentro de un grupo multinacional deberían participar en los resultados económicos de los intangibles que explotan. Así, y con un planteamiento sin duda imbuido del principio contable de “sustancia sobre forma” o “realidad económica”,¹⁷ parte por señalar que la mera propiedad legal de un intangible no confiere de por sí derecho a un retorno sobre su explotación. Más bien, sugiere que el rendimiento económico de los intangibles, junto con sus costos y cargas económicas, debiera ser asignada a las entidades encargadas de agregarles valor, y que controlan las funciones importantes de su desarrollo como la mejora, mantenimiento, protección y explotación.

¹⁷ Se trata de una base comprensiva de la contabilidad. *Marco Conceptual para la Preparación y Presentación de los Estados Financieros*. Normas Internacionales de Contabilidad Oficializadas - NIC, p. 64. Consulta: 17 de marzo de 2016. <https://www.mef.gob.pe/contenidos/conta_public/con_nor_co/vigentes/nic/PREFACIO_A_LOS_PRONUNCIAMIENTOS_SOBRE_NICS.pdf>.

Esta aproximación, junto con el Capítulo I de las propias Directivas PT OCDE, con orientaciones para la identificación de las relaciones comerciales o financieras entre empresas vinculadas, así como el contenido de las Acciones 1 y 6 del Plan BEPS, sobre Economía Digital y Utilización de Beneficios de Convenios en Circunstancias No Adecuadas, hacen evidente el decantamiento por un escenario de interpretación agresiva, por decir lo menos, que imaginamos pondrá en conflicto a más de un abogado cuando en contiendas con la Administración Tributaria intente defender casos en los que participen entidades legales que de alguna manera intermedian en la explotación de intangibles.

Con el objeto de delimitar mejor la aproximación seguida, el Reporte Final aclara, por ejemplo, que en el supuesto de una empresa que no es la propietaria legal de un intangible pero que realiza funciones de creación de valor en relación con éste, aquella puede esperar una retribución acorde con el principio de plena competencia. La naturaleza y alcance de tal retribución debiera partir por evaluar si la empresa asume y controla los riesgos asociados a las funciones de mejora, mantenimiento, protección y explotación, total o parcialmente.

En línea con el ejemplo anterior, se señala también que cuando una empresa vinculada proporciona financiación y asume los riesgos financieros propios de ésta, pero no desempeña ninguna otra función importante relativa al intangible (mejora, mantenimiento, protección y explotación), entonces sólo debiera esperar un retorno acorde con el riesgo de financiación asumido. Al efecto, se precisa que si la empresa vinculada que proporciona la financiación no ejerciera en realidad control sobre los riesgos financieros de la operación, tendría entonces tan sólo derecho a un retorno libre de riesgo.

Abordando un punto altamente controvertido, el Reporte Final contempla que cuando una empresa vinculada asume contractualmente el riesgo de las funciones de mejora, mantenimiento, protección y explotación, entonces es lógico suponer que busque y se le asigne una compensación financiera acorde con dicho riesgo, aclarando que ello ocurrirá siempre que funcionalmente ejerza el control de cada riesgo asumido. Si la empresa no ejerciera este control, el riesgo y sus consecuencias financieras debieran asignarse a quien efectivamente los ejerza. Siendo así, imaginamos que será crucial que los contratos suscritos por las partes de un mismo grupo económico conlleven un minucioso análisis de los hechos y circunstancias concurrentes, y pueda verse en torno a ellos que son realmente fiel reflejo de una realidad.

Como no podía ser de otra forma, precisa finalmente que una empresa ejerce control sobre un riesgo cuando tiene la capacidad de decidir si tomarlo, suspenderlo o declinar en relación al mismo, así como la capacidad para decidir cómo

responder frente a éste.

En buena cuenta, el Reporte Final trae como novedad un marco para el análisis de las transacciones vinculadas con intangibles en función de los riesgos asociados, junto con una orientación particular sobre el retorno que podría esperarse por quienes proporcionan financiación para el desarrollo de intangibles.

En este apartado entendemos que dos serían los aspectos de cuidado, tanto para los contribuyentes como para la Administración Tributaria, y estarían dados básicamente por un adecuado y exhaustivo análisis funcional, así como la verificación del principio de sustancia sobre forma (o realidad económica). Ambos aspectos, en cuanto a su aproximación en los informes de los países participantes de esta reunión, serán desarrollados al momento de tratar sobre la Acción 9 del Plan BEPS (Riesgos y Capital).

c) Transacciones que involucran el uso o transferencia de intangibles

El Reporte Final menciona que, aunado a los dos puntos precedentes, es necesario identificar y caracterizar adecuadamente, al inicio de cualquier análisis de precios de transferencia que involucre intangibles, el tipo de transacción que tenemos en frente. Dispone a su vez que, en términos generales, existen dos tipos de transacciones para las que la identificación y examen de los intangibles puede ser relevante en contextos de precios de transferencia, siendo éstas: 1) aquellas que impliquen la transferencia de intangibles o derechos sobre los mismos; y 2) aquellas que involucren el uso de intangibles de la mano con la venta de bienes o la prestación de servicios.

En relación con las primeras, señala que es esencial identificar con especificidad la naturaleza de los intangibles que son transferidos entre empresas vinculadas. Siendo también esencial identificar la naturaleza de las limitaciones, así como la extensión de los derechos, cuando hayan sido impuestas ciertas limitaciones para proceder con la transferencia.

Reconoce a su vez que los intangibles (incluyendo los derechos sobre estos) pueden ser transferidos junto con otros intangibles. Al efecto, considera que debe darse especial atención a la identificación de todos y cada uno de los intangibles que se pretenden transferir, así como a la naturaleza de las interacciones económicas y legales que se puedan dar entre aquellos. Un ejemplo de ello sería el caso de un producto farmacológico que: i) tiene patente sobre el principio activo - intangible 1; ii) durante el periodo de testeo ha obtenido autorización administrativa para ser comercializado en un área geográfica y bajo ciertas circunstancias es-

pecíficas - intangible 2; y iii) cuenta a su vez con una marca ya registrada para su comercialización - intangible 3.

Del mismo modo, contempla el escenario que ocurran transferencias de intangibles en combinación con otras transacciones de negocio. Así, señala que existen situaciones en las que es posible y adecuado separar transacciones que incluyen bienes tangibles o servicios junto con la transferencia de otros intangibles o derechos sobre los mismos. En estas situaciones, el precio de lo que podríamos llamar un “combo” o “paquete” debiera descomponerse para confirmar que cada elemento de la transacción respeta el principio de plena competencia. No obstante, apunta que en otras situaciones los bienes pueden encontrarse tan estrechamente relacionados que sería difícil separarlos, y que la fiabilidad de los comparables disponibles será determinante en la consideración de si las transacciones deben ser analizadas por separado o de modo conjunto.

En cuanto al segundo tipo de transacciones, es decir, aquellas que vinculan el uso de intangibles junto a la venta de bienes o la prestación de servicios, el Reporte esboza ejemplos y asigna particular peso a la realización de un detallado análisis funcional, un consistente análisis de comparabilidad, la aplicación realmente del mejor método y la selección de la entidad sujeta a análisis. Todo lo anterior, bastante en línea con las situaciones previamente reseñadas.

Las recomendaciones del Plan BEPS en este apartado lidiarán con escenarios distintos en la región, al menos así pareciera conforme veremos a continuación.

ADRIANA PIANO, YOSHIO UEHARA y JOSE MANUEL VALECILLOS, por Argentina, México y Venezuela respectivamente, no hacen referencia expresa a que la legislación de sus países considere la transferencia combinada de intangibles, y si resulta necesario o posible evaluar la transacción por separado, salvo escenarios de estrecha vinculación entre unas y otras. No obstante, tratándose de México y Venezuela, que tienen como norma la aplicación supletoria de la Directivas PT OCDE, entenderíamos que esta aproximación sería por demás obligada. Por su parte, Argentina podría quizá llegar al mismo escenario, pero ello sería producto de la práctica y de la utilización orientativa de las Directivas que han sido norte todos estos años.

JOSE ESCUDERO destaca sobre este punto que la Circular N° 29 (14.06.2103) del SII de Chile, está alineada con el principio de desagregación, al contemplar que aun cuando en ocasiones se transmitan intangibles o derechos sobre los mismos, en combinación con servicios o en conjunto con activos materiales, toda transacción debe evaluarse de manera independiente. Ello claro está, salvo que formen parte de un conjunto de operaciones cuyo análisis no pueda hacerse sepa-

radamente de manera fiable. La misma tónica nos refieren JULIAN MORENO, en cuanto a la normativa colombiana expresada en el Decreto Reglamentario 3030 (Ministerio de Hacienda y Crédito Público), de diciembre de 2013; y JENNY MORÓN y JUAN CARLOS VIDAL, sobre la norma peruana, cuyo sustento está en el Artículo 112°, Numeral 1, Inciso d) del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta.

Por su parte, al decir de KARILIN ARENAS, *“Las Directivas PT SRI no establecen expresamente realizar un desglose del valor de los intangibles inmersos en una operación, sin embargo se solicita señalar «las características relevantes que afecten de manera significativa el precio, valor de la contraprestación o margen de utilidad»*”. Cabe aquí recordar que las Directivas PT OCDE de 1995, que son las que Ecuador considera como referencia técnica, sólo contemplaban el escenario de transacciones separadas que estuvieran tan estrechamente relacionadas que no pudieran ser evaluadas de manera independiente, más no así el caso contrario.¹⁸

d) Aplicación del principio de plena competencia a los casos de intangibles, abordando la valoración de éstos y las particularidades de aquellos cuya valoración sea compleja

Aplicación del principio de plena competencia

En este apartado el Reporte Final contiene algunas recomendaciones generales en torno a las transacciones que involucran intangibles.

Destaca por ejemplo que, al aplicar las Directivas PT OCDE relacionadas con el contenido y proceso para efectuar un análisis de comparabilidad sobre transacciones que involucran intangibles, el análisis de precios de transferencia debe evaluar realísimamente las opciones disponibles para cada una de las partes intervinientes. Un análisis de comparabilidad que se centre en un sólo lado de la transacción, generalmente no proporcionará base o elementos suficientes para evaluar aquella que involucre intangibles.

Asimismo, menciona que si bien es importante tener en cuenta los puntos de vista de las partes al realizar el análisis de comparabilidad de una transacción, las circunstancias específicas del negocio de una de ellas no debieran ser utilizadas para mostrar un resultado contrario a las opciones realistas existentes para la otra.

Sin duda esta aproximación del Reporte, que luego se plasmará en las Directivas, requerirá en la práctica un esfuerzo importante, el cual entendemos que se com-

¹⁸ La incorporación de un capítulo para los intangibles en las Directivas PT OCDE de 1995 se da recién con la publicación de marzo de 1996.

plementará con la Acción 13 sobre Reporte país por país y la Acción 15 sobre el Desarrollo de un tratado multilateral de intercambio de información, de lo contrario, lo que se entendería como la evaluación realista de las opciones disponibles para cada una de las partes intervinientes, difícilmente llevaría a considerarlas validadas.

En este apartado cabe llamar la atención sobre las aproximaciones de Argentina y Brasil. Al efecto, PIANO destaca que la legislación argentina ha tomado partido y en consecuencia obliga a realizar los análisis de precios de transferencia desde la perspectiva del sujeto local. Señala también que *“No se permite el análisis bajo la óptica del sujeto del exterior y esto podría llevar a descartar el método más apropiado para el análisis de la transacción”*.

Por su parte, FRANCISCO LISBOA MOREIRA nos recuerda que las normas brasileñas de precios de transferencia son particulares, considerando márgenes de rentabilidad predeterminados para algunas transacciones, impidiendo los ajustes correlativos, y no aceptando la aplicación de la regla del mejor método. Adicionalmente, menciona que el Artículo 55 de la Instrucción Normativa 1.312/12, obliga a la aplicación de reglas de precios de transferencia sólo para los pagos al exterior de regalías, asistencia técnica, científica, administrativa o similares; y que cuando se limitó la deducibilidad de las regalías pagadas al exterior, la Administración tomó partido por la opción de proteger su base imponible local.¹⁹ Todo lo anterior sin duda sería contrario con el análisis de una transacción considerando las posiciones de todas las partes involucradas.

Valoración de intangibles

Importante aquí destacar que el Reporte Final reconoce al método del Precio Comparable No Controlado (PCNC) y al de Partición de Utilidades (PU) como los que serían más probablemente adecuados para demostrar el valor de mercado de transacciones entre partes vinculadas que involucran intangibles.²⁰ En relación

¹⁹ Incluso LISBOA para sustentar su posición hace referencia al caso 3M, en relación al cual relata que la entidad brasilera de este grupo multinacional había celebrado un *“Trademark License Agreements”* con su casa matriz en los Estados Unidos de América; y, para que fuera posible cumplir con la regla brasileña de precios de transferencia, el contrato se pactó con un límite del 1%. El IRS no estuvo de acuerdo con ello, y después que una revisión del mismo bajo el principio de *“Arm’s Length”*, llegó a determinar un porcentaje mínimo de retribución del 6%. Lo anterior ha dado lugar a un procedimiento contencioso tributarios que se encuentra pendiente de resolución.

²⁰ Incluso se reconoce el uso de bases de datos para la determinación de valores de mercado. Sin embargo, especial cuidado debe mantenerse en que los aspectos de comparabilidad sean estudiados. En este sentido, se hace hincapié en que los principios contenidos en el Párrafo 3.38

a este último método, al que se efectúan remisiones constantes en los casos de activos intangibles cuya licencia o transmisión sea de difícil valoración por medio de operaciones comparables, cabe destacar que queda pendiente y se espera que estén terminadas para el primer semestre de 2017, unas guías que informen mejor sobre su alcance y utilización.

Se encuentra a su vez especial mención y reconocimiento al uso de técnicas de valoración financiera para situaciones relativas a la transferencia de intangibles o derechos sobre estos. Así, se indica que las técnicas de valoración financiera basadas en previsiones de flujos de caja descontados pueden ser una herramienta útil en la evaluación de transacciones sobre intangibles. Incluso en ausencia de transacciones no controladas comparables y fiables, pueden resultar más fiables que otros métodos de fijación de precios.

En torno a este punto, el Reporte igualmente especifica que debe hacerse una estimación a través del flujo de caja descontado, desde la perspectiva de ambas partes de una transacción, y que el valor de mercado del intangible estaría en algún punto entre ambos valores presentes. La consideración a ambas partes no habría sido utilizada antes, por lo que entendemos que este aspecto también sería uno de aquellos para los que los alcances de las Acciones 13 y 15 jugarán de manera importante.

Sin perjuicio de lo anterior, es cuidadoso al señalar que debe tenerse precaución al usar técnicas de valoración financieras realizadas para otros fines, y que se debe buscar entender y validar los supuestos subyacentes de cualquier modelo de valoración, ya que pequeños cambios en los parámetros utilizados pueden tener un impacto significativo en la estimación resultante del valor del intangible.

En cuanto a este apartado, PIANO señala que la legislación Argentina “no ha definido o priorizado la aplicación de un método de precios de transferencia para el caso de intangibles”. La misma línea habría sido tomada en Chile, Colombia, Perú y Venezuela según referencias de JOSE ESCUDERO, JULIAN MORENO, JENNY MORON y JUAN CARLOS VIDAL y JOSE MANUEL VALECILLOS, respectivamente, salvo en algunos casos referidos a intangibles valiosos a los que nos referiremos más adelante.

De otro lado, PIANO señala que “*las valorizaciones de intangibles realizadas por expertos o peritos con registro no son aceptadas como valor de mercado en el caso de operaciones con partes vinculadas aún ante la ausencia de comparables. La reglamentación exige la elección entre alguno de los métodos establecidos por la Ley*”.

de las Directivas PT OCDE, sobre los aspectos de comparabilidad, deban ser seguidos.

Posición contraria se tendría en Colombia, donde al decir de JULIAN MORENO, *“En la práctica las valorizaciones de todo tipo de activos por expertos o peritos son aceptadas, en general, como una adecuada referencia de valor de mercado”*. Al efecto, destaca que el Artículo 260-3 del Estatuto Tributario menciona que *“aquellas operaciones que involucren la transferencia de otros tipos de activos y que presenten dificultades en materia de comparabilidad, se deberán utilizar los métodos de valoración financiera comúnmente aceptados, en particular aquel que calcule el valor del mercado a través del valor presente de los ingresos futuros, (...)”*.

Línea similar se tendría en Ecuador, país en el cual, al decir de KARILIN ARENAS, *“Si se trata de compraventa de intangibles y éste es revelado, se solicita una valoración financiera del mismo, que usualmente es aceptada sin discusión”*. México también transitaría por esta senda, pues YOSHIO UEHARA nos recuerda que para escenarios de transmisión o enajenación de un activo intangible entre partes relacionadas, en la práctica se recurre a metodologías de valuación financiera para estimar un valor que cumpla con el PCNC.

En cuanto a Chile, JOSE ESCUDERO señala que *“para la venta o cesión, se utiliza más en la práctica el método residual, que en el caso se representa a través de los utilizados de un método basado en flujos de caja”*. Es decir, habría una suerte de adaptación de las valorizaciones vía flujo de caja descontados a lo que sería un método basado en la partición de utilidades.

En el caso peruano, JENNY MORON y JUAN CARLOS VIDAL mencionan que existiría alguna preferencia en la reglamentación peruana por evaluar las operaciones que involucran intangibles valiosos a través del MPU, pero que ante las limitaciones que plantea la norma, generalmente se recurre a métodos estándar para la valuación de intangibles. Precisan a su vez que, a pesar que la norma peruana no los recoge de manera explícita como una alternativa de análisis válida, a fin de brindarle soporte legal al uso de dichos métodos, suele enmarcarse su uso dentro de algunos de los métodos reconocidos por la normativa peruana (usualmente el PCNC).

JOSE MANUEL VALECILLOS, comentando el caso venezolano, concluye este apartado señalando que *“en la práctica, es posible ver valoraciones realizadas por expertos, principalmente con base en los principios contables de aceptación general”*.

Intangibles de valoración compleja

El Reporte Final califica como intangible de difícil valoración o valoración compleja a aquellos para los que, en el momento de su transferencia entre entidades de un mismo grupo económico: i) no existieron comparables fiables; y, ii) las

predicciones de los flujos de efectivo futuros, o ingresos esperados de la transmisión del intangible, o las proyecciones utilizadas para la valoración del mismo fueron inciertas. En buena cuenta, se trataría de *“aquellos intangibles que no son comparables a otros utilizados en transacciones comparables, y cuyo uso en operaciones de negocios se espera que genere beneficios económicos mayores a su ausencia en la transacción”*.²¹

Recuérdese aquí que, en la medida que un activo intangible representa una barrera de entrada, impide que el mercado opere en competencia perfecta y; en consecuencia, la tendencia a equilibrar la tasa de retorno hacia su valor de plena competencia, dando origen a la existencia de una supra-renta. A los efectos de precios de transferencia, es importante definir e identificar quién tiene derecho a gozar de esa supra-renta.

Considera además que la asimetría de información entre los contribuyentes y la Administración sobre el valor potencial de un intangible, así como el tiempo transcurrido desde el momento en que tuvo lugar una operación, hacen particularmente difícil para la Administración comprobar el valor de la misma. Dado lo anterior, reconoce la necesidad de realizar valoraciones ex-post en determinados supuestos. En especial, cuando las hipótesis consideradas en el momento inicial no estuvieran adecuadamente soportadas o fueran claramente inapropiadas.

Asimismo, reconoce que la sola valoración de un intangible (D3. 6.183) en función de sus beneficios futuros no protege contra los riesgos que implica la incertidumbre, mencionando situaciones donde la conducta de terceros debería ser el norte en cuanto a la cuantía y forma de la transacción. Aspectos como el plazo de los contratos, el uso de cláusulas de ajustes de precios, de estructuras de pagos que prevean situaciones contingentes, entre otras serían esperables, y su uso, un indicio para la Administración Tributaria de que al menos se intentó llegar a un acuerdo bajo el principio de plena competencia. De ser los supuestos iniciales los mejores a ser considerados, desde una mirada de evaluación ex-post, las administraciones tributarias no deberían efectuar ajustes a los precios acordados inicialmente entre las partes vinculadas.

En atención de lo anterior, este apartado nos pone frente a una reciente definición de intangible de valoración compleja, así como de la posibilidad que la Administración Tributaria pueda considerar los resultados ex-post de una operación que involucra intangibles como evidencia de la observación del principio de plena competencia de los acuerdos establecidos ex-ante.

En torno al primer punto, ninguna de las ponencias nacionales alcanzadas oportu-

²¹ BEPS y el Arte de la Tributación Internacional. PwC Argentina. Noviembre 2015.

namente para evaluación ha destacado que la legislación de un país participante contenga ya una aproximación a la definición de intangible valioso o significativo, más bien, el hecho de su inexistencia es comentado en varios casos como un escenario de dificultad práctica. Ello es así por cuanto países como Chile, México y Perú se han referido a este tipo de intangibles sólo en el momento de destacar cuando es mejor aplicable una determinada metodología de análisis.

Efectivamente, JOSE ESCUDERO menciona en torno al caso chileno que la normativa no hace diferencia entre intangibles valiosos y no valiosos, o de primer o segundo nivel, y que sólo se encuentran referencias a intangibles únicos o de gran valor cuando la Circular N° 29 se refiere a la aplicación de los métodos de MCM y MPU. YOSHIO UEHARA, así como JENNY MORON Y JUAN CARLOS VIDAL expresan a su vez que una aproximación similar habría sido tomada en los casos de México y Perú, en los que alguna referencia se encuentra al concepto de activos significativos en torno a la explicación de los métodos de partición de utilidades.

Caso interesante presentaría Colombia, para el que JULIAN MORENO nos refiere que la normativa de dicho país no contempla distinción entre intangibles valiosos y los que no lo son, que la jurisprudencia hasta la fecha poco o nada ha ayudado en la labor, por lo que las normas generales del régimen de precios de transferencia son aplicables a todos los intangibles por igual. No obstante, MORENO destaca que existen aspectos del Plan BEPS que en Colombia podrían tener implicación inmediata por la vía interpretativa, y que dentro de ellos estaría lo relativo a la identificación de intangibles valiosos y los parámetros para aplicar en relación con éstos el principio de plena competencia.

Acuerdos de Contribución de Costos

De acuerdo con el Reporte Final, la Acción 8 del Plan BEPS no sólo cubre los precios de transferencia sobre intangibles, a los cuales nos hemos referido previamente; sino también, una actualización de las Directivas PT OCDE en lo atinente a los denominados Acuerdos de Contribución de Costos (ACC),²² lo que dará lugar a la sustitución del actual Capítulo VIII contenido en ellas.

En cuanto a este tema, el objetivo del Reporte Final es asegurar que los ACC no sean utilizados para eludir el nuevo marco sobre la aplicación del principio de plena competencia en torno a las transacciones que implican la asunción de riesgos o el uso o transferencia de intangibles.

²² Cost Contribution Agreements (CCA), por sus siglas en inglés.

Recordemos que los ACC son, en el marco de las Directivas, acuerdos contractuales especiales entre las empresas para compartir los aportes y riesgos del desarrollo conjunto, la producción o la obtención de intangibles, activos tangibles o servicios, ello bajo el entendido que dichos intangibles, activos tangibles o servicios crearán beneficios para el negocio individual de cada uno de los participantes. En ese orden de ideas, si las aportaciones al, y los beneficios del ACC, no se valoran adecuadamente, tal situación conduciría a que los beneficios sean desplazados fuera del lugar donde se crea valor a través de la realización de actividades económicas.

Consecuentemente, el Reporte Final en este apartado proporciona una guía general para determinar cuándo las condiciones establecidas por empresas de un mismo grupo económico en torno a un ACC respetan el principio de plena competencia. Los aspectos que entendemos más relevantes contenidos en este nuevo enfoque del Reporte Final son los siguientes:

- Una empresa vinculada sólo puede ser participante de un ACC si existe para ella una expectativa razonable de beneficiarse con los objetivos de tal acuerdo,²³ si mantiene el control sobre los riesgos específicos²⁴ que asume en virtud del mismo, así como si tiene la capacidad financiera para enfrentarlos. Al efecto, señalar que el aludido control de los riesgos no sólo debiera ser decisional, sino también funcional, lo que implica estar en la capacidad de controlar su evolución en el tiempo y su impacto financiero. En cuanto a la capacidad financiera, ésta debe permitir acceder a fondos para el gerenciamento del riesgo, así como absorber las consecuencias desfavorables del mismo. Destacar aquí lo relativo al control de los riesgos, pues no se encontraba mencionado antes en las Directivas PT OCDE.
- El valor de las contribuciones de las partes de un ACC deben estar en proporción a los beneficios que razonablemente se espera. Cuando estas contribuciones no están en proporción a los beneficios razonablemente esperados, entonces pueden requerirse pagos compensatorios.
- El valor de la participación de cada parte se determinará de acuerdo con el va-

²³ Cuando este no sea el caso debe ser tratado como un proveedor de bienes o servicios externo al ACC y compensado de manera adecuada.

²⁴ Son considerados seis pasos para el análisis específico de riesgos: i) Determinación de su asignación contractual; ii) Identificar a las empresas que controlan y manejan el riesgo, iii) Quiénes absorben las consecuencias del riesgo; iv) Buscar consistencia en los resultados mediante la revisión de los pasos 1 y 3; v) Recaracterizar las transacciones, vi) Definir los mecanismos de precios adecuados.

lor que habrían acordado empresas independientes en circunstancias comparables. No obstante, debe quedar claro que en algunos casos no puede asumirse que los costos incurridos o contribuidos por una parte del ACC son adecuada medida de su contribución.

- Las contribuciones hechas a un ACC, con especial énfasis en intangibles, no debieran ser medidas a su costo cuando fuera poco probable que proporcione una base fiable para determinar el valor de las mismas, ya que esto puede conducir a resultados que no cumplan el principio de plena competencia.
- Las partes que realizan actividades en virtud de acuerdos con características económicas similares, deben esperar recibir rendimientos similares, independientemente de si el acuerdo, en un caso particular, se denomina ACC. Al efecto, el análisis de los ACC debe basarse en las consideraciones reales llevadas a cabo por empresas vinculadas y no en términos contractuales que no reflejan la realidad económica.

Por lo demás, el mismo marco analítico para delimitar una transacción, incluyendo la asignación de riesgos, es aplicable a los ACC como a otros tipos de acuerdos contractuales. De igual modo, la misma orientación para valorar intangibles, incluyendo aquí los de difícil valoración, son aplicables a los ACC como a otros tipos de acuerdos contractuales.

En resumen, ésta revisión del Capítulo VIII de las Directivas PT OCDE busca asegurar que los ACC sean analizados apropiadamente y produzcan resultados consistentes con cómo y dónde se crea valor entre empresas vinculadas.

Las ponencias individuales presentadas por los representantes acreditados no se expresan sobre este extremo, imaginamos que ello en virtud a que no son ampliamente utilizados en América Latina, región particularmente importadora de inversiones, constituyéndose en casos aislados en relación con los cuales no se tendrían tampoco precedentes jurisprudenciales.

Independientemente de ello, se trata de estructuras bastante utilizadas para la planificación fiscal con intangibles, al punto que además de ser tratadas en el Plan BEPS, han meritado la expresa recomendación de la OCDE a México durante 2015, en el sentido de incluir su tratamiento en la legislación fiscal correspondiente, lo que entenderíamos habría sido subsanado con los cambios recientes que se practicaron sobre el Artículo 32º de la Ley del Impuesto sobre la Renta mexicana.

IV. ACCIÓN 9: RIESGOS Y CAPITAL

Al igual que cuando comentamos la Acción 8 del Plan BEPS, en este apartado queríamos iniciar con un ejemplo de situaciones de público conocimiento que han meritado la atención de la OCDE, del G-20 así como de muchas Administraciones Tributarias, y que tienen que ver con el fondo y no la forma²⁵ al momento de llevar a cabo los negocios de una empresa.

Por ello, si hacemos un ejercicio y pensamos en algunas de las grandes empresas del sector de tecnologías de la información (TI), probablemente las asociemos con emprendimientos que dieron luz en los Estados Unidos de América, Canadá, Alemania, entre otros países, y que han sido lugares de constitución de las sociedades utilizadas para llevarlos a cabo. En estricto, pensaríamos también que allí se encuentran sus sedes de dirección, el registro de su marca principal, de sus productos, el consolidado de sus ingresos, así como otros supuestos que uno normalmente asocia a la sede principal de un negocio, descontando claro está que existan procesos productivos o logísticos que puedan llevarse a sedes distintas por razones propias de cualquier emprendimiento, como la cercanía a proveedores, clientes y similares.

No obstante, lo que en realidad ocurre en la mayoría de casos es que la elección de ciertas plazas para realizar una actividad no tiene que ver en absoluto con el negocio propiamente dicho, sino con las consecuencias tributarias que pueden derivarse de aquella elección, a través de asignaciones de funciones y riesgos que al

²⁵ Al efectuar comentarios sobre la Acción 8 señalamos lo que para fines contables considerábamos el alcance del principio de sustancia sobre forma, queremos complementar esta aproximación mencionando que la doctrina del derecho tributario también lo ha desarrollado. Así por ejemplo, para autores como Héctor Villegas *“la interpretación según la realidad económica, se basa en que el criterio para distribuir la carga tributaria surge de una valoración política de la capacidad contributiva que el legislador efectuó teniendo en cuenta precisamente la realidad económica. Siendo ello así, sólo se logrará descubrir el verdadero sentido y alcance de la ley recurriendo a esa misma realidad económica que se quiso aprehender en el momento genésico del tributo”*. Ver VILLEGAS, Héctor. *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*. Bs. As. Ed. Depalma, 1990. De igual forma, el Modelo de Código Tributario del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT) 1997, lo recoge en su Artículo 7 al disponer: *“Cuando la norma relativa al hecho generador se refiera a situaciones definidas por otras ramas jurídicas, sin remitirse ni apartarse expresamente de ellas, el intérprete deberá asignarle el significado que más se adapte a la realidad considerada por la ley al crear el tributo. Las formas jurídicas adoptadas por los contribuyentes no obligan al intérprete, quien deberá atribuir a las situaciones y actos ocurridos una significación acorde con los hechos, cuando de la ley tributaria surja que el tributo fue establecido atendiendo a la realidad y no a la forma jurídica. Cuando las formas jurídicas sean manifiestamente inapropiadas a la realidad de los hechos gravados y ello se traduzca en una disminución de la cuantía de las obligaciones, la ley tributaria se aplicará prescindiendo de tales formas”*.

efecto serán relocalizadas.²⁶ Para ello, generalmente las plazas a elegir tienen una combinación de situaciones tales como regímenes tributarios que incentivan la inversión, tratamientos especiales para intangibles u operaciones foráneas, tasas del impuesto sobre la renta más bajas que en origen, redes de Convenios para Evitar la Doble Imposición con ciertos vacíos, etc.

En este orden de ideas, el trabajo realizado en el marco de la Acción 9 del Plan BEPS trata sobre *“la asignación contractual de riesgos económicos y la consiguiente atribución de ingresos a la(s) entidad(es) que asume(n) dichos riesgos, pudiendo no corresponderse dichos rendimientos con las actividades efectivamente desarrolladas. Asimismo, se aborda la tasa de retorno de la inversión realizada por una empresa del grupo multinacional con gran capital social y número de activos cuyos beneficios no corresponden al nivel de actividad realizado por la empresa que efectúa la inversión”*.²⁷

Para lograr lo anterior, el Reporte Final del Plan BEPS contiene una revisión de la Sección D del Capítulo 1 de las Directivas PT OCDE, la cual busca ser una contribución válida para *“alinear los resultados obtenidos en el negocio u operación con las actividades de creación de valor realizadas por las empresas miembro de un grupo multinacional”*.²⁸

El Reporte aclara que el análisis de comparabilidad es el corazón o centro a partir del cual se verifica el cumplimiento del principio de plena competencia, y que hay dos aspectos clave para realizar tal análisis: i) identificar las relaciones comerciales o financieras entre las empresas vinculadas, y las condiciones y circunstancias económicas correspondientes a aquellas, buscando que la transacción controlada sea delineada de la mejor manera posible; y, ii) comparar las condiciones y las circunstancias económicamente relevantes de la transacción controlada, delineando con mayor precisión las condiciones y circunstancias económicamente relevantes de transacciones comparables entre independientes.

Seguidamente, precisa que el primero de los aspectos mencionados es distinto del segundo, pues en este último ha de tenerse en cuenta el precio de la transacción controlada bajo el principio de plena competencia, y que tal situación será tratada

²⁶ Sin duda las preguntas que nos deberíamos hacer frente a estas circunstancias son: ¿De no obtener una ventaja fiscal hubiéramos realizado la transacción? ¿En exactamente las mismas condiciones?

²⁷ Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Informes Finales 2015. Resúmenes. p. 32.

²⁸ Adviértase la referencia a actividades de grupos multinacionales, siendo que algunos países como Ecuador, México y Perú han señalado que la normativa de precios de transferencia se aplica también a operaciones con partes vinculadas locales.

al abordarse los Capítulos II y III de las Directivas PT OCDE.

Retomando el primer punto y en cuanto a las características o factores económicamente relevantes que han de ser identificados en las relaciones comerciales o financieras entre empresas vinculadas para delimitar una transacción, el Reporte considera que éstos pueden clasificarse, en términos generales, de la siguiente manera:

- Términos contractuales de la operación (D.1.1).
- Funciones realizadas por cada una de las partes de la transacción, teniendo en cuenta los activos utilizados y riesgos asumidos, incluyendo cómo esas funciones se relacionan con la generación de valor para el grupo multinacional al que pertenecen las partes, las circunstancias en torno a la transacción, y las prácticas propias de la industria (D.1.2).
- Las características de los bienes transferidos o servicios prestados (D.1.3).
- Las circunstancias económicas de las partes y del mercado en el que éstas operan (D.1.4), y
- Las estrategias de negocio que realicen las partes (D.1.5).

El Reporte Final destaca también que cuando una operación ha sido formalizada a través de un contrato escrito, éste constituye el punto de partida para la identificación de las relaciones comerciales y financieras entre partes vinculadas, incluyendo aquí lo relativo a las responsabilidades, obligaciones y derechos, asunción de riesgos y acuerdos de precios. Sin embargo, la información provista por el contrato debe contrastarse con la evidencia de las relaciones comerciales y financieras proporcionadas por las otras cuatro características económicamente relevantes. Sólo así un análisis proporcionará evidencia de la conducta efectiva de las partes.

Precisa que, en caso que las características económicas relevantes de una transacción sean incompatibles con las condiciones contractuales, la transacción deberá apreciarse con base en el comportamiento real de las partes.²⁹

En particular, el Reporte Final pone especial relieve en la importancia de entender cómo el valor es generado por el grupo en su conjunto, las interdependencias de las funciones realizadas, y las contribuciones que hacen las partes a la creación de valor.

²⁹ Cuando no existan condiciones escritas, la transacción tendrá que ser deducida a partir de la evidencia de la conducta real de las partes.

Para ayudar con el enfoque planteado el Reporte Final contiene nuevas recomendaciones en cuanto al análisis de riesgos que debe realizarse y que es parte integral del análisis funcional. Así, y debido al enfoque económico por el cual la asunción de mayor riesgo normalmente está aparejada con una mayor rentabilidad, considera clave el determinar qué riesgos son asumidos, qué funciones son llevadas a cabo en relación con tales riesgos, y qué parte o partes los asumirán. Siguiendo esa tónica, el Reporte estipula que la orientación dada sobre los riesgos no significa que éstos sean más importantes que las propias funciones y activos, sino que dan lugar a dificultades prácticas para su adecuada apreciación. Por ello, proporciona un marco analítico con seis pasos para efectuar un análisis de riesgo que seguidamente son expuestos:

Paso 1: Identificar riesgos económicamente significativos

En este punto el Reporte Final se centra básicamente en la materialidad. Precisa que por riesgo debe entenderse “*el efecto de la incertidumbre en los objetivos del negocio*”, y que aquellos pueden clasificarse de distinta forma al considerar las fuentes de incertidumbre que los originan. Tales fuentes pueden incluir riesgos estratégicos o de mercado, de infraestructura, operativos, financieros, entre otros, advirtiendo que la naturaleza del riesgo puede dar claridad sobre cuál de las partes de una transacción se esperaría tome las decisiones relacionadas con un riesgo específico.

Paso 2: Determinar qué riesgos económicamente significativos son contractualmente asumidos por una parte vinculada bajo los términos de una transacción

El Reporte Final establece aquí que no debe concluirse que los acuerdos de precios dentro de contratos, por sí solos, determinan que parte debe asumir el riesgo. La atribución contractual de riesgos debería proporcionar clara evidencia del compromiso de asumir riesgos antes de la materialización de los resultados de un negocio. Tal evidencia es una parte importante en cuanto a los análisis de precios de transferencia de las administraciones tributarias sobre los riesgos de las relaciones comerciales o financieras, ya que, en la práctica, una auditoría realizada por la administración tributaria podría ocurrir años después de la toma de tales decisiones por empresas vinculadas, cuando los resultados sean ya conocidos.

Así, expresa que la atribución de riesgos por empresas vinculadas cuando los resultados del riesgo son ya conocidos no es por definición una atribución de riesgos, ya que no hay riesgo alguno. Del mismo modo, señala que las relocalizaciones *ex post* de riesgos por parte de la Administración Tributaria, cuando los resultados del riesgo son ciertos, podría ser inapropiada, a no ser que se base en las Directi-

vas PT OCDE y, en particular, en la Sección D.1.2.1.

Paso 3: Análisis funcional en relación con el riesgo

Bajo este punto, el Reporte Final considera que el análisis de las funciones que las partes de una operación realizan en relación con los riesgos. Este análisis proporciona información sobre cómo las empresas vinculadas operan en relación con la asunción y gestión de los riesgos específicos económicamente significativos. En particular, el análisis debiera considerar qué empresa o empresas desempeñan funciones de control y de mitigación de riesgo, qué empresa o empresas experimentan alzas o bajas como consecuencia de los resultados del riesgo, y qué empresa o empresas tienen la capacidad financiera para asumirlo.

La gestión de riesgos es definida en el Reporte Final como la función de evaluar y responder a los riesgos asociados a la actividad comercial. De acuerdo con el reporte, la gestión de riesgos comprende tres elementos: i) la capacidad para tomar decisiones de aceptar, dejar, o rechazar una oportunidad de asumir riesgos, junto con el desempeño real de la función de toma de decisiones; ii) la capacidad de tomar decisiones acerca de si se responde y cómo a los riesgos asociados con la oportunidad, junto con el desempeño real de la función de toma de decisiones; y iii) la capacidad para mitigar el riesgo; es decir, la capacidad de tomar medidas que afectan los resultados de los riesgos, junto con el desempeño real de tal mitigación de riesgos.

En esa línea, el control de riesgos según el Reporte requiere los dos primeros elementos de la gestión de riesgos previamente mencionada. Tanto la capacidad como el desempeño funcional son necesarios para ejercer el control de riesgos. La mitigación del riesgo se refiere a las medidas adoptadas que se espera afecten los resultados del riesgo, que incluyen medidas que reduzcan la incertidumbre o medidas que reduzcan las consecuencias, si el impacto negativo del riesgo se materializa. Realizar la mitigación de riesgos en el día a día no es requerido para que una parte tenga el control del riesgo.

Por su parte, la capacidad financiera para asumir un riesgo se define como la posibilidad de acceder a fondos para la gestión del riesgo, así como para absorber las consecuencias de la materialización del riesgo. La evaluación del acceso a fondos debe hacerse sobre la base en la que la parte que asume el riesgo está operando, como una parte independiente operaría en circunstancias similares.

Paso 4: Interpretando los pasos 1-3

Sobre la base de la información recogida en los Pasos 1-3 respecto de la asunción y gestión de riesgos, el Paso 4 determina si la asunción contractual de riesgos está

alineada con la conducta de las partes y otros hechos, analizando (i) si las partes cumplen con los términos contractuales; y (ii) si la parte que asume el riesgo lo controla y tiene la capacidad financiera de asumir el riesgo. Si la parte que contractualmente asume el riesgo lo controla y tiene la capacidad financiera para asumirlo, el siguiente paso del análisis es el Paso 6. Si no es así, el análisis continúa con el Paso 5.

Paso 5: Asignación de riesgo

Si la empresa vinculada que contractualmente asume el riesgo no ejerce su control o no tiene la capacidad financiera para asumirlo, entonces aquel debería ser asignado a la empresa que lo ejerza y tenga la capacidad financiera que le permita asumirlo.

Paso 6: Valorizando la transacción, tomando en cuenta las consecuencias de la asignación de riesgos

Si de acuerdo con los pasos precedentes la transacción ha sido definida correctamente, debería entonces tener un precio de acuerdo con las herramientas y métodos disponibles para los contribuyentes y las administraciones tributarias que tome en cuenta las consecuencias financieras y de otro tipo, así como una retribución por la gestión del riesgo.

La asunción de un riesgo debe ser compensada con un retorno apropiado, al igual que la mitigación de riesgos. Por tanto, un contribuyente que asume y mitiga el riesgo tendrá derecho a una remuneración mayor que aquél que sólo asume o mitiga un riesgo, pero que no se ocupa de ambos escenarios.

Llegados a este punto el Reporte Final se refiere a las empresas identificadas como “Cajas de Dinero” o “Cash Box”, que son aquellas con gran capital pero sin ninguna otra actividad económica relevante. Así, menciona que si una Caja de Dinero provee fondos, pero no controla sus riesgos financieros en relación con esos fondos, debería alcanzar no más que un retorno libre de riesgo, o menos si la transacción es comercialmente irracional. Al imponer requerimientos a las empresas para que ejerzan control sobre sus riesgos, aquellas que son Caja de Dinero tendrán que realizar funciones para controlarlos, de tal manera que tengan derecho a tener retornos relacionados con ellos. Si no fuese así, los riesgos serán asignados a la empresa del grupo que está ejerciendo dichas funciones de control, junto con los retornos relacionados, claro está.

El Reporte aclara que sus recomendaciones y ejemplos no están limitados a las Cajas de Dinero que invierten en intangibles, sino que son igualmente aplicables a inversiones en cualquier otro tipo de activos tangibles.

Ahora bien, en cuanto al reconocimiento de una transacción delineada con precisión, el Reporte indica que donde pueda observarse una misma transacción entre partes independientes en circunstancias comparables, el no reconocimiento no debería aplicar. Advierte también, que el hecho que una transacción no sea visible entre partes independientes no significa que, a-priori, aquella no deba ser reconocida.

Asimismo, puntualiza que las consecuencias del aludido no reconocimiento son el reemplazo de la estructura utilizada por el contribuyente con aquella otra alternativa que mejor se corresponda con los hechos de una transacción que alcanza un resultado comercialmente racional a un precio aceptable.

Señalados hasta aquí los puntos que hemos considerado de mayor relevancia en torno a la Acción 9 del Plan BEPS, cabe hacer notar que su real dimensión y alcance van más allá del aterrizaje que hasta la fecha han tenido las normativas de precios de transferencia en los países participantes de este evento regional.

JULIAN MORENO nos recuerda al efecto que bajo las actuales Directivas PT OCDE, orientadoras de la mayor parte de las normativas de precios de transferencia, se tienen dos circunstancias bajo las cuales se puede desconocer una transacción propuesta por un contribuyente: i) cuando la sustancia económica de la transacción difiera de su forma; y ii) cuando los acuerdos entre partes vinculadas difieran de aquellos que habrían suscrito empresas independientes que actuaran de manera racional desde un punto de vista comercial, y su estructura impida la determinación de un precio de transferencia apropiado (referida como la prueba de racionalidad comercial).

MORENO apunta también que la propuesta del Plan BEPS considera sólo la segunda circunstancia como válida para re-caracterizar las transacciones, y que *“Lo anterior no implica que la prueba de sustancia sobre forma se haya eliminado en las propuestas de BEPS. Si bien no está reconocida explícitamente como re-caracterización, puede considerarse que ésta se presenta en la sección de identificación de la transacción real; la cual sugiere que, para la identificación de las transacciones controladas, se debe tener en cuenta la conducta de las partes, más allá de lo que señalan los acuerdos escritos”*.

Es en cuanto a este último punto, el de la sustancia sobre la forma, es que la mayoría de los ponentes han hecho un interesante recuento sobre cómo ha venido teniendo acogida en sus respectivos países, lo que advierten se ha dado con bemoles entre las normativas internas y/o los referentes jurisprudenciales, resultando necesario ver el detalle, caso por caso, para hacernos una adecuada idea de su dimensionamiento.

En ese contexto, ADRIANA PIANO nos refiere en cuanto al caso argentino, que la recalificación económica de hechos imponible ha sido recogida por el Artículo 2° de la Ley 11.683.³⁰ También señala que ésta es un instrumento legítimo para el control fiscal, el cual se utiliza con más frecuencia por parte del fisco a través de actos administrativos y el control jurisdiccional derivado. A tal efecto, refiere precedentes jurisprudenciales como Parke Davis y Cia. de Argentina S.A. (1973) ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN); Refinerías de Maíz (1961), Productos Químicos CIBA S.A., Fleishmann Argentina Incorporated y Laboratorios Bago S.A. (2006), ante el Tribunal Fiscal de la Nación (TFN). Este último tendría particular relevancia, pues en torno a él el TFN se habría decantado por la aplicación del principio de plena competencia antes que el de realidad económica para lo relativo a operaciones con partes vinculadas (aplicación de una norma antielusiva específica frente a una general).

Con base en lo anterior, PIANO concluye que en su opinión *“no se descartaría por completo la aplicación del principio de la realidad económica a otras situaciones donde aun cuando resulten involucrados temas de precios de transferencia, se utilicen estructuras manifiestamente inapropiadas según el derecho privado y que además carezca de propósito de negocio o sustancia económica. En su caso la ley debería definir con claridad las situaciones o circunstancias bajo las cuales podría aplicarse este criterio”*.

Brasil por su parte no cuenta con una norma general antielusiva, su incorporación en la normativa interna vendría teniendo inconvenientes desde 2001, así nos lo refiere FRANCISCO LISBOA MOREIRA, quien advierte que la jurisprudencia administrativa ha llenado este vacío y confirmado procedimientos en los que se desconocen actos o negocios jurídicos donde no se verifica un sustrato económico compatible con la forma jurídica elegida por el contribuyente. También refiere que el Consejo Administrativo de Recursos Fiscales (CARF) se ha pronunciado de modo contradictorio en ciertas causas, como algunas asociadas a la empresa Marcopolo, pues en una referida al año 2001 identifica ausencia de sustancia y falta de propósito de negocio para luego desconocer transacciones llevadas con dos subsidiarias offshore, tratando la venta como si hubiera sido realizada directamente por

³⁰ *“(…) Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes. Cuando éstos sometan esos actos, situaciones o relaciones a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes, se prescindirá en la consideración del hecho imponible real, de las formas y estructuras jurídicas inadecuadas, y se considerará la situación económica real como encuadrada en las formas o estructuras que el derecho privado les aplicaría con independencia de las escogidas por los contribuyentes o les permitiría aplicar como las más adecuadas a la intención real de los mismos”*.

la empresa brasileña.³¹ Posteriormente, al juzgar un procedimiento sobre el año 2003, el CARF entendió lo contrario al advertir que las subsidiarias offshore asumían los riesgos de crédito y se responsabilizaban por los costos de las garantías contractuales provistas, entre otros, siendo con ello atendidas las reglas de precios de transferencia.³²

JOSE ESCUDERO TRADER señala en torno a Chile, que mediante la Ley 20.780 se incorporó en la normativa interna el principio de substancia sobre forma y una norma general anti elusiva (NGA). Destaca aquí lo dispuesto por la norma, en el sentido que *“los hechos imponderables contenidos en las leyes tributarias no podrán ser eludidos mediante el abuso de las formas jurídicas”*. Advierte también que, a través de la Circular N° 65,³³ se dispone que *“Conforme a la NGA, tanto la administración tributaria como los Tribunales no están restringidos a reconocer la forma jurídica elegida por los contribuyentes, y bajo la cual se presenta la transacción, si ésta vulnera los hechos gravados establecidos por la ley, en la medida, como se ha dicho, que tales formas jurídicas constituyan abuso o simulación”*. De igual modo, resalta la disposición mediante la cual, en los casos que sea aplicable, se prefiere una norma antielusiva especial frente a una general, lo que le permite concluir que la NGA se encuentra limitada frente a la existencia de normas especiales antielusión, como sería la norma sobre PT. Finalmente, refiere que no se cuenta aún con precedentes jurisprudenciales en la materia.

En torno a la perspectiva ecuatoriana, KARILIN ARENAS detalla que el Artículo 17 del Código Tributario faculta a la Administración Tributaria para que, *“posterior al proceso de fiscalización y de entender las operaciones según la sustancia económica por encima de la forma jurídica que tenga, pueda recalificar el hecho económico o el análisis planteado por el contribuyente”*. Advierte a su vez que, dada la generalidad con que ha sido redactado el Artículo 17, *“la posibilidad de la recalificación de las operaciones de un contribuyente son potestativas de quien lleva a cabo e interpreta las operaciones representando a la AT”*.

De igual modo, KARILIN ARENAS refiere que se han dado algunas fiscalizaciones, y que *“la tendencia de la Administración Tributaria ha sido desconocer la deslocalización del riesgo, a menos que tenga toda la información para verificarla”*.

YOSHIO UEHARA señala, refiriéndose al caso mexicano, que en lo que respecta a la recaracterización de operaciones, no existe norma particular en materia de

³¹ Acordada 105-17.084, del 25 de junio de 2008.

³² Acordada 9101-01.404, sesión del 17 de julio de 2012.

³³ Circular N° 65 de 23 de Julio de 2015.

precios de transferencia, aunque hay casos expresamente señalados en el régimen fiscal general donde se establece por ejemplo que *“los intereses que se deriven de créditos otorgados a personas morales o establecimientos permanentes en el país de residentes en el extranjero por personas residentes en México o en el extranjero que sean partes relacionadas de la persona que paga el crédito, tendrán el tratamiento de dividendos”*.

Sin perjuicio de lo anterior, UEHARA también hace referencia a un precedente jurisprudencial conforme al cual, *“para los efectos fiscales del artículo de mérito, las características particulares del acto jurídico concreto celebrado entre partes relacionadas deben ignorarse por el contribuyente y efectuar la determinación ordenada por el numeral en comento, conforme a la operación económica que hubiera ocurrido entre partes independientes, mediante la aplicación de cualquiera de los métodos previstos en el diverso artículo 216 del mismo ordenamiento”*. En consecuencia, al menos jurisprudencialmente, advierte que el reconocimiento de la sustancia sobre la forma tendría adecuado soporte en México.

Al comentar sobre el caso peruano, JENNY MORON y JUAN CARLOS VIDAL señalan que, si bien la normativa de Precios de Transferencia aún no recoge de manera específica disposiciones en torno a reestructuraciones empresariales o la asignación de riesgos y capital entre empresas vinculadas, el Código Tributario sí incluye un criterio a través del cual la Administración Tributaria puede realizar la recalificación económica de hechos imposables. En efecto, señalan que conforme al primer párrafo de la Norma XVI³⁴ del Código Tributario *“Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la SUNAT tomará en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios”*.

Mencionan a su vez que, a partir de la aplicación de tal norma, existe jurisprudencia que prioriza la realidad económica de los hechos antes que la forma jurídica de ciertas transacciones.³⁵ Destacan, sin embargo, que dicha jurisprudencia aún es ajena al mundo de precios de transferencia, dadas las escasas fiscalizaciones llevadas a cabo hasta la fecha en esa materia.

Por su parte, JOSE MANUEL VALECILLOS refiere que el Código Orgánico

³⁴ Mediante Ley 30230 ha quedado en suspenso de manera indefinida la aplicación de la Norma XVI, con excepción del primer y último párrafo que regulan, en los casos de actos simulados, la facultad de la SUNAT de calificar las operaciones con relevancia tributaria por su contenido económico.

³⁵ Por ejemplo, las RTF 5468 (caso de arrendamiento-venta), RTF 4315 (caso de pagos de gastos de investigación y laboratorio de una empresa del exterior), RTF 18364 (caso del vendedor de telas y accesorios de cortinas), RTF 5301-4-2002 (locación de servicios que encubre contrato de trabajo). Jurisprudencia citada por TALLEDO, César (2009).

Tributario (COT) venezolano contiene una cláusula general antielusión,³⁶ la cual faculta a la Administración Tributaria para desconocer las formas jurídicas adoptadas por los contribuyentes, atendiendo al principio de sustancia sobre la forma. En virtud a esta cláusula, la Administración Tributaria tiene la carga de probar caso por caso que se cumplen concurrentemente los siguientes requisitos: “(a) las formas utilizadas por el contribuyente deben ser «manifiestamente inapropiadas a la realidad económica», y (b) el empleo de la forma debe implicar «una disminución de la cuantía de las obligaciones tributarias»”.

VALECILLOS continúa señalando que existen decisiones del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) donde se han analizado las condiciones contractuales pactadas y las funciones desarrolladas por las partes en casos de recalificación o desconocimiento de las formas jurídicas.³⁷ Sin embargo, advierte que no hay jurisprudencia sobre la relevancia del personal involucrado o el capital comprometido en una transacción examinada bajo las reglas de precios de transferencia o en el contexto planteado por el Plan BEPS OCDE.

Finalmente, JULIAN MORENO apunta sobre Colombia que el principio de sustancia sobre forma se encuentra recogido de forma general en el Artículo 11 del Decreto 2649 de 1993, y que “también en la práctica es aplicado por las autoridades tributarias en sus procesos de fiscalización, y ha sido reconocido por las cortes colombianas en procesos en contra de los contribuyentes, en los que se ha desconocido el valor probatorio de elementos tales como la contabilidad, facturas, certificaciones de revisores fiscales y otros documentos cuando no reflejan la realidad de las operaciones glosadas por la administración tributaria”.³⁸

³⁶ “Artículo 16. Cuando la norma relativa al hecho imponible se refiera a situaciones definidas por otras ramas jurídicas, sin remitirse o apartarse expresamente de ellas, el intérprete puede asignarle el significado que más se adapte a la realidad considerada por la ley al crear el tributo. Al calificar los actos o situaciones que configuren los hechos imposables, la Administración Tributaria, conforme al procedimiento de fiscalización y determinación previsto en este Código, podrá desconocer la constitución de sociedades, la celebración de contratos y, en general, la adopción de formas y procedimientos jurídicos, cuando éstos sean manifiestamente inapropiados a la realidad económica perseguida por los contribuyentes y ello se traduzca en una disminución de la cuantía de las obligaciones tributarias”.

“Parágrafo Único: Las decisiones que la administración tributaria adopte conforme a esta disposición sólo tendrán aplicaciones tributarias y en nada afectarán las relaciones jurídicas-privadas de las partes intervinientes o de terceros distintos del fisco”.

³⁷ Sala Político Administrativa en decisión de fecha 14 de Julio de 2009, caso Proagro, CA vs. República de Venezuela.

³⁸ Aunque existen varios casos, se pueden citar los siguientes ejemplos: Consejo de Estado. Expediente 8725 de 1998 (C.P. Delio Gómez: Abril 30 de 1998). Y Consejo de Estado. Expediente 18106 de 2012 (C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas: Noviembre 1 de 2012).

MORENO precisa a su vez, que tratándose de precios de transferencia, el Decreto 3030 de 2013 dispone que *“Sin perjuicio de los requisitos, limitantes y prohibiciones respecto de los costos y deducciones contenidos en el Estatuto Tributario, en el caso de los servicios intragrupo (...), el contribuyente debe demostrar la prestación real del mismo y que el valor pagado o causado por dicho servicio, constitutivo de costo o gasto en el impuesto sobre la renta y complementarios, se encuentra cumpliendo con el Principio de Plena Competencia”*.³⁹ (Subrayado fuera de texto). Dado ello, considera que el principio de sustancia sobre forma, que existía previamente en las Directivas PT OCDE aunque con menor desarrollo, se encuentra recogido en el régimen de precios de transferencia colombiano. Sin embargo, aclara que se debe esperar que las explicaciones e ilustraciones que se desarrollan con mayor detalle bajo el Plan BEPS, puedan ser utilizadas para complementar vía interpretativa las disposiciones domésticas en esta materia.

Ahora bien, en referencia a la re-caracterización propiamente definida bajo el Plan BEPS, esto es aquella que se deriva de acuerdos que carecen de racionalidad comercial, MORENO aclara que no existe una disposición expresa que la habilite en Colombia, salvo en el caso particular de operaciones de financiamiento entre partes vinculadas, para las que se aplica norma expresa. A este respecto, concluye que *“la aplicación de medidas de re-caracterización puede ser de gran sensibilidad y su aplicación como interpretación de la norma local a partir de las Directivas PT OCDE podría generar mayores dificultades en la resolución de controversias que surjan durante los procesos de fiscalización; por ello, es recomendable que si la intención es que éstas apliquen en Colombia, se haga un cambio normativo que las adopte expresamente”*.

V. ACCIÓN 10: OTRAS TRANSACCIONES DE ALTO RIESGO

El trabajo realizado en el marco de la Acción 10, está encaminado a prevenir la erosión de bases imponibles a través de la realización de transacciones, entre partes vinculadas, que no se hubiesen llevado a cabo, o que raramente se darían entre terceros si no existiese el objetivo de conseguir ciertos beneficios tributarios.⁴⁰ En esa medida, pretende dar respuesta a este problema a fin de garantizar que los resultados de los precios de transferencia estén en línea con la creación de

³⁹ Decreto Reglamentario 3030 [Ministerio de Hacienda y Crédito Público]. Por el cual se reglamentan los artículos 260-1, 260-2, 260-3, 260-4, 260-5, los parágrafos 2° y 3° del artículo 260-7, los artículos 260-9, 260-10, 260-11 y 319-2 del Estatuto Tributario. Artículo 5. Diciembre de 2013.

⁴⁰ El informe final referido a esta acción está contenido en el reporte denominado “Alineando los resultados de precios de transferencia con la creación de valor”, conjuntamente con el relativo a las acciones 8 sobre intangibles y 9 sobre Riesgos y Capital.

valor al interior de una empresa multinacional.

Desde esa perspectiva, la asignación de bases imponibles o imputación de rentas entre diferentes entidades de un mismo grupo empresarial localizadas en diferentes jurisdicciones tributarias deberá efectuarse en proporción al peso económico relativo de cada entidad integrante, medido en base a las funciones que desarrollan, activos que poseen y riesgos que asumen.

Para ello, se proponen una serie de recomendaciones formuladas en forma de modificaciones a diversos capítulos de las Directivas PT OCDE y normas a implementar en los países que acojan los planteamientos del Plan BEPS, entre las que destacan las siguientes:

- Lineamientos sobre los aspectos ligados a los precios de transferencia del comercio internacional de *commodities*, de suma importancia para la región, por cuanto las exportaciones de materias primas constituyen una de sus principales fuentes de recaudación (implica una incorporación al Capítulo II de las Directivas PT OCDE).
- Modificaciones incorporadas en el Capítulo VII de las Directivas PT OCDE relativas a servicios de bajo valor agregado a fin de proporcionar protección contra los tipos más frecuentes de erosión de bases imponibles a través de cargos excesivos por concepto de servicios intra-grupo, especialmente, de los denominados “management fees”.

1. Commodities

La nueva guía con relación a transacciones transfronterizas con materias primas o productos básicos con cotización conocida en el mercado internacional, bolsas de productos o similares (“*commodities*”) para impedir la erosión de las bases imponibles, cierra un borrador sujeto a discusión anterior publicado en diciembre de 2014 e incluye párrafos adicionales a incorporar a continuación del párrafo 2.16 de las Directivas PT OCDE.^{41,42}

Como con acierto lo detalla ADRIANA PIANO “*la acción 10 propone, la incorporación, en el Capítulo II de las Directivas PT OCDE, de una nueva guía aplicable a las tran-*

⁴¹ REYERO, Rocío; PALACÍN, Ramón y ALONSO, Iñigo. “La OCDE presenta el informe final del Plan de Acción BEPS”. En: *Nota Técnica de EY*, España, Octubre 2015, p. 12.

⁴² En este Proyecto, el término “*commodities*” se refiere a productos genéricos básicos, que no tienen una diferenciación sustancial entre sí, cuyo precio se fija entre partes independientes tomando como referencia su valor de cotización. Son materias primas o bienes primarios de una calidad estándar mínima y homogénea.

sacciones de commodities entre empresas vinculadas. Se establece que:

- *el MPCNC podría ser generalmente, un método apropiado para las transacciones de commodities entre empresas vinculadas.*
- *el precio de cotización o de mercado transparente puede ser utilizado bajo el MPCNC bajo ciertas condiciones como una referencia para determinar el precio de transferencia bajo el criterio arm's length.*
- *deberían ser realizados los ajustes para mejorar la comparabilidad que permitan garantizar que las transacciones entre vinculadas y entre independientes son suficientemente comparables”.*

Pero sin duda uno de los aspectos más polémicos del trabajo desarrollado bajo el mandato de la Acción 10 del Plan BEPS con relación a transacciones con *commodities* está referido a la posibilidad de que la Autoridad Tributaria pueda presumir que la fecha de fijación del precio o el valor de cotización que deberá tenerse en cuenta para efectos del impuesto sea el correspondiente al día del embarque de la mercadería, en ausencia de un documento de fecha cierta donde conste el momento en que el precio o valor de cotización tomado como referencia fue pactado por las partes.

En consecuencia, cuando el contribuyente no pueda probar con suficiente evidencia cuál es la fecha en que se ha fijado el precio de la exportación de los *commodities*, la valoración deberá efectuarse en función a la cotización promedio que los mismos tengan en la fecha del embarque exclusivamente, sin considerar la de la fecha de concertación.

No queda del todo claro de la lectura de la Sección B del nuevo Capítulo II de las Directivas PT OCDE, si esa regla aplicará tanto cuando la cotización del *commodity* haya subido a la fecha de embarque, como cuando haya bajado. En la práctica, sin embargo, lo probable es que las Autoridades Tributarias, en su afán recaudatorio, considerarán como valor de mercado para fines fiscales el que resulte mayor entre el valor de la exportación pactado por las partes y el valor de cotización de tales *commodities* en la fecha de embarque, y no sólo el valor de cotización vigente en ésta última oportunidad.

La exigencia para el contribuyente de valorizar las operaciones con *commodities* de conformidad con el valor de cotización de la fecha del embarque situaría a las Autoridades Tributarias en una posición mucho más cómoda de revisión de la operación realizada por el contribuyente. Para JULIAN MORENO, sin embargo, ese enfoque es cuestionable pues (SIC) “*no se compadece con la realidad de lo que ocurre en acuerdos entre partes independientes en estas industrias, que se caracterizan por condiciones*

particulares de negociación con operaciones como los futuros”.

La posición de JULIAN MORENO no dista mucho de la que expresa ADRIANA PIANO. Después de todo, ella también advierte que el precio de cotización a la fecha del embarque “*no refleja las condiciones pactadas por terceros al fijar el precio al momento de la concertación, que es previo al embarque tal como usualmente ocurre en este tipo de operaciones*”.

El objetivo detrás del planteamiento del Plan BEPS es hacer frente a determinadas maniobras que permiten “desaparecer”, “reducir” o “trasladar” artificialmente rentas provenientes de la exportación e importación de materias primas a jurisdicciones de baja o nula imposición. Según la OCDE, entre los problemas identificados por algunos países se encuentran las dificultades para determinar los ajustes realizados al valor de las cotizaciones internacionales tomadas como referencia, la verificación de la fecha de fijación del precio y la valoración de la compensación que corresponde asignar a distintos miembros del grupo que intervienen en la cadena de producción y distribución.

Tal como se precisa en el Borrador de Proyecto sobre los Aspectos de Precios de Transferencia en Operaciones Transfronterizas de *Commodities* que forma parte de la Acción 10 del Plan BEPS, “[e]stas dificultades pueden ser de mayor envergadura en el caso de los países en desarrollo que dependen de los commodities, en los que dicho sector es la fuente principal de actividad económica, contribuyendo de forma significativa al empleo, a los ingresos públicos, al crecimiento de ingresos y los ingresos de divisas”.

Por cierto, no es la primera vez que se lanza una medida para hacer frente a planificaciones fiscales empresariales que permiten manipular los precios de transferencia en operaciones con *commodities* con el fin de reducir la carga impositiva, mediante el traslado de bases imponibles a jurisdicciones con una presión fiscal inferior.

En respuesta a esta problemática, en los últimos años, algunos países apostaron por implementar de forma unilateral enfoques específicos a fin de acabar (o al menos disminuir considerablemente) con tales prácticas para eludir el pago de impuestos, como por ejemplo el denominado “sexto método” de precios de transferencia en Latinoamérica.

La regulación del sexto método en los países de la región parece empeñada en utilizar el MPCNC, de manera forzosa, como mecanismo para prevenir la pérdida de recaudación fiscal propia, evitando deslocalizaciones de rentas que según su criterio corresponderían ser sometidas a gravamen en el país de origen o destino del producto.

El “sexto método”, como norma anti-elusión, encuentra su antecedente norma-

tivo en la legislación argentina (2003), habiendo sido instaurado para desalentar determinadas exportaciones triangulares de bienes con cotización conocida en mercados internacionales, en las que interviene un intermediario extranjero sin genuina sustancia económica, con el objeto de dejar en el exterior parte de la utilidad derivada de la operación. Desde entonces ha sido replicado, con matices y retrocesos eventuales, en cada vez más países de la región, como Ecuador (2008), Perú (2012) y Brasil (2012).

Una triangulación implica facturar las exportaciones a un destino, pero enviarlas a otro, utilizando para eso intermediarios -llamados “traders”- del mismo grupo económico, radicados generalmente en Suiza, Singapur u otros países donde los impuestos son bajos.

Las Autoridades Tributarias de diversos países sospechan que se trata de una mera estrategia de planeamiento fiscal consistente en interponer empresas fantasma, entre el exportador y el destinatario efectivo de los bienes. Su único fin sería comprarlos, sin tomar posesión de ellos en ningún momento, para luego revenderlos a un precio mayor y, de esta forma, dejar en el exterior parte de la utilidad que de otra manera se encontraría gravada, con tasas más altas, en el país donde se produce la materia prima.

Pero ese razonamiento supone que no hay otros factores. Desde la otra orilla, las multinacionales implicadas niegan haber incurrido en prácticas inapropiadas de fijación de precios y afirman que sus operaciones no han sido diseñadas para reducir impuestos sino fundamentalmente para facilitar sus ventas al exterior, a fin de continuar creciendo y expandiéndose. Después de todo, los “traders” agregan valor en la cadena de comercialización y distribución, encargándose de desarrollar nuevos mercados, de la logística y de la administración de los riesgos del negocio, lo que es perfectamente legal.

Pese a ello, la utilización de este tipo de esquemas se está poniendo en tela de juicio en distintos rincones del mundo. No se puede negar que las triangulaciones están generalmente, acompañadas de ventajas de carácter tributario, pero eso de por sí no es censurable cuando los intermediarios realmente desarrollan funciones, poseen activos y asumen riesgos que ameritan una retribución o rentabilidad acorde con los beneficios que producen. Desconocer la existencia de estos agentes y su rol en el mercado de *commodities* carece de rigor conceptual si cumplen con esos requisitos.

En consonancia con dicho entendimiento, el sexto método no resulta de aplicación si se demuestra fehacientemente que el intermediario internacional tiene sustancia económica, conforme a los estándares previstos en la legislación de cada

país. Los “tests” de sustancia económica que permiten salirse del sexto método, generalmente, se refieren a los activos del intermediario, sus riesgos, funciones, tipos de operaciones realizadas, al volumen de transacciones con sus empresas vinculadas. Estos parámetros buscan descartar que se trate de una empresa de fachada que pese a contar con personería jurídica no tenga sustancia empresarial en los hechos.

En Ecuador, por ejemplo, el sexto método no es de aplicación cuando el contribuyente demuestre fehacientemente que el intermediario del exterior reúne conjuntamente, lo siguientes requisitos:

- “(I) Tener real presencia en el territorio de residencia, contar allí con un establecimiento comercial donde sus negocios sean administrados y cumplir con los requisitos legales de constitución e inscripción y de presentación de estados contables. Los activos, riesgos y funciones asumidos por el intermediario internacional deben resultar acordes a los volúmenes de operaciones negociados.*
- (II) Su actividad principal no debe **consistir en rentas pasivas** ni la intermediación en la comercialización de bienes desde o hacia el Ecuador, o con otros miembros del grupo económicamente vinculados y,*
- (III) Sus operaciones de comercio internacional con otros integrantes del mismo grupo no podrán superar el 20% del total anual de las operaciones concertadas por la intermediaria extranjera”.*

KARILIN ARENAS destaca que la norma ecuatoriana es una réplica de la argentina. En tal sentido, en caso que el intermediario extranjero cumpla con los requisitos enunciados, el exportador no deberá aplicar el sexto método sino recurrir al método más apropiado.

Para quedar comprendido dentro de los alcances del sexto método se requiere la presencia de tres sujetos: (i) el exportador o importador nacional, (ii) el sujeto vinculado con el cual se realiza la operación y (iii) el intermediario internacional. En tales supuestos, el valor de mercado para efectos del Impuesto a la Renta se determina básicamente en función del valor de cotización del “commodity”, sin considerar el precio que hubiera sido pactado con el intermediario internacional. Se trata de un precio que no necesariamente coincide con el que hubiere sido pactado entre partes independientes en condiciones de libre competencia, lo cual contradice abiertamente las Directivas PT OCDE y es incompatible con las legislaciones de muchos países que siguen esas pautas. Tal desalineamiento puede ser fuente de situaciones de doble imposición internacional y, consecuentemente, de conflictos con otras jurisdicciones.

Este problema se presenta como consecuencia de la filosofía que subyace al sexto

método, el cual ha sido concebido como una norma anti-abuso o elusión, mientras que las Directivas PT OCDE parten de una concepción distinta, que no sólo se sustenta en la aplicación del principio de plena competencia para llegar al precio de mercado en operaciones entre empresas vinculadas, sino también para evitar la doble imposición.

No obstante, debido a la aparente manipulación de la cual han sido objeto las Directivas PT OCDE con relación a la aplicación de dicho principio, se han venido generando resultados distorsionados que no se corresponden con el valor creado por la actividad económica realizada por empresas dentro de un grupo multinacional. En consecuencia, el Plan BEPS introduce ciertas medidas especiales que se alejan de la concepción “clásica” del principio de plena competencia que todos conocemos, a fin de garantizar que los resultados de los precios de transferencia estén alineados con la creación de valor.

Dentro de ese marco se encuentra el régimen previsto en la Acción 10 del Plan BEPS para operaciones con *commodities*, el cual resulta congruente con el sexto método aunque contiene ciertas particularidades que lo dotan de mayor racionalidad como medida preventiva de elusión. Sin embargo, el diablo está en los detalles. Si bien tiene aspectos positivos, la solución propuesta no deja de ser cuestionable pues contiene criterios tan genéricos y abstractos que dificultarán su aplicación en la práctica, pudiendo dar lugar a interpretaciones diversas por diferentes administraciones y, en consecuencia, a conflictos de asignación de rentas, por lo que podría ser cuestionada desde la óptica de los principios de legalidad y seguridad jurídica.

Entre los problemas generados por la aplicación de dicha normativa destacan las dificultades para determinar los ajustes adecuados al valor de cotización tomado como referencia para fijar el precio, cuando se trata de bienes intermedios que aun requieren sufrir alguna transformación para alcanzar la fase en que se convierten en “*commodities*” con cotización conocida en el mercado internacional, bolsas de comercio o similares.

Pensemos, por ejemplo, en los concentrados de minerales que deben pasar por la fundición y refinación para obtener de ellos metales de altos niveles de pureza, siendo estos últimos los que en definitiva cuentan con cotizaciones oficiales que se determinan en las bolsas de metales en función de la oferta y la demanda.⁴³ Para hallar el valor del concentrado debe descontarse del valor de cotización el costo del proceso de fundición y refinación al que debe someterse el producto para obtener el metal. La imposibilidad ocasional de encontrar “benchmarks” de mer-

⁴³ La bolsa de metales no ferrosos más conocida es la London Metal Exchange (LME).

cado para practicar dicho ajuste por concepto de “maquila” reduce la fiabilidad de este método a situaciones menos complejas, en las que existe un valor de referencia u otros “comparables” similares.

Téngase en cuenta que tanto el sexto método como el esquema de la Acción 10 se basan en la utilización del MPCNC tomando como referencia el precio del *commodity* en el mercado internacional. La diferencia más destacable es que bajo la Acción 10 los contribuyentes pueden evitar aplicarlo, tal como está concebido, en caso muestren evidencia confiable de la fecha de fijación del precio, por ejemplo, proporcionando al fisco copia de los contratos de compraventa antes del embarque o desembarque. Luego de actuada esa prueba, solamente se considerará el valor de cotización fijado en el contrato siempre que esto sea consistente con la conducta real de las partes.

La consecuencia fundamental derivada de una obligación de esta naturaleza es que se presenta como altamente gravosa para el contribuyente, que es quien tiene que desplegar toda una labor probatoria orientada a la acreditación de la fecha de fijación del precio. Es necesario llamar la atención que la nueva redacción del Capítulo II de las Directivas PT OCDE no aporta mayores precisiones en torno a la prueba para acreditar la fecha de fijación del precio del *commodity*, por lo que deja a la discreción del legislador de cada Estado esa definición.

En el caso del Perú, por citar un ejemplo cercano, la Administración Tributaria (“SUNAT”) ha anunciado su intención de obligar a los exportadores de productos primarios a declarar al fisco los datos y copias de los contratos meses antes de su embarque o desembarque. *“La idea es habilitar en el portal web de la SUNAT una página en la que el contribuyente cargará los contratos apenas los celebren, y la SUNAT los tendrá registrados”*.⁴⁴

Es importante evaluar con sumo cuidado el impacto que pueda tener esta medida en las empresas vinculadas a los sectores extractivos tomando en cuenta que las Directivas PT OCDE no son una norma directamente aplicable en nuestros países y, además, no solucionan todos los problemas de aplicación del MPCNC en estos casos.

Desde una perspectiva internacional, la manifestación más clara de la presunción relacionada con la fecha de fijación del precio en transacciones con *commodities* que recomienda aplicar la Acción 10, pudiera terminar siendo la creación de conflic-

⁴⁴ “Exportadores primarios tendrán que registrar sus contratos en web de SUNAT”, <<http://gestion.pe/empresas/exportadores-primarios-tendran-que-registrar-sus-contratos-web-sunat-2124987>>, martes, 03 de marzo del 2015.

tos y, consiguientemente, doble imposición entre los países que decidan adoptar el planteamiento y aquellos no lo hagan. Nadie sabe qué tan grave será pero hay que estar atentos ante las señales de alarma. Por tanto, quedan avisadas las empresas.

2. Servicios intra-grupo de bajo valor agregado

Las Directivas PT OCDE han desarrollado de forma amplia los mecanismos de fijación de los precios de transferencia, definiendo los métodos que se ajustan al denominado principio de plena competencia o “*arm’s length principle*”, sustentándose en un análisis de comparabilidad entre la transacción vinculada efectuada y transacciones realizadas entre partes independientes, en condiciones iguales o similares.

Las “cuestiones de aplicación específica a los servicios intra-grupo” son objeto del Capítulo VII de las Directivas PT OCDE, donde existe toda una regulación o líneas directrices detallando los criterios y métodos que habrá que utilizar, en su caso, para valorar a precios de mercado los servicios entre entidades vinculadas. De ese modo, se busca reducir el riesgo de que el pago de un servicio intra-grupo no guarde proporción con el beneficio obtenido, que su cuantía exceda del valor que se hubiera pactado entre independientes en circunstancias comparables o incluso que se pague por algo que no se recibe.

De la revisión del citado capítulo de las Directivas PT OCDE se desprende que para esos efectos lo primero que hay que hacer es comprobar la efectiva prestación del servicio o, lo que es lo mismo, que éste es fehaciente. Consecuentemente, hasta que ello no ocurra, no puede haber aplicación de ninguno de los métodos previstos para valorar operaciones vinculadas, conforme lo hubieran hecho partes independientes, ni mucho menos procedería realizar ajustes por los precios de transferencia aplicados. Entenderlo de otra manera significaría empeñarse en valorar a precios de mercado una retribución de un servicio que no se ha demostrado que existe. Y esto sería un contrasentido, porque supondría admitir que puede haber retribución o contraprestación por servicios que nunca se llegan a prestar.

De esa forma, se condiciona la existencia misma de los servicios intra-grupo a que ellos produzcan o puedan producir una ventaja o utilidad a su destinatario. Más aún, se exige que de alguna manera se pueda demostrar que la actividad o servicio de que se trate le genere un beneficio directamente, en aspectos concretos y siempre relacionados con su actividad.

Una vez que se encuentre fehacientemente acreditada la realización de los servicios intra-grupo evaluados, lo que procederá es demostrar si la valoración de la

prestación acordada es consistente con la que hubieran fijado empresas separadas e independientes, en condiciones iguales o similares. A estos efectos, los factores a tener en cuenta son, especialmente, el valor del servicio para el destinatario y el importe que una empresa independiente hubiera estado dispuesta a pagar por ese servicio en circunstancias comparables, así como los costos para el proveedor del servicio.⁴⁵

Para la determinación del valor de mercado de la operación deberá atenderse nuevamente a lo dispuesto en el Capítulo VII de las Directivas PT OCDE, ya citado anteriormente. Tras analizarlo, se observa que éste establece que usualmente habrá que recurrir al método del precio comparable no controlado o al método de costo incrementado para fijar los precios de los servicios intra-grupo.⁴⁶ Cuando no resulte posible aplicar correctamente ninguno de los anteriores habrá que emplear los métodos basados en utilidades (*transactional profit methods*) o, para decirlo con toda claridad y mayor precisión, el método del margen neto transaccional (*transactional net margin method*, TNMM).

JOSÉ ESCUDERO TREDER afirma correctamente que *“en la práctica se ha preferido utilizar el método transaccional de márgenes netos por considerar que el método anteriormente expuesto deja de lado gastos operativos necesarios para la prestación del servicio analizado”*.

En ese mismo sentido se pronuncian los ponentes peruanos JENNY MORÓN y JUAN CARLOS VIDAL quienes argumentan que *“[e]n cuanto a la práctica fiscal, se observa que la metodología más utilizada por las empresas para establecer el precio de transferencia para servicios intragrupo consiste en la estimación de los costos en los que incurre en la prestación de dicho servicio más un margen de utilidad de mercado sobre dichos costos. Esta metodología usualmente se lleva a cabo considerando los costos y gastos a nivel operativo, de manera que el método aplicado es el del MNT”*.

YOSHIO UEHARA ha destacado que dicha metodología se basa en el *“análisis de los márgenes de utilidad que empresas comparables obtienen por la prestación de un servicio comparable. Las referencias de mercado son utilizadas mediante la búsqueda de empresas comparables que reporten información financiera al público inversionista”*.

Dicho esto, cabe indicar que como parte de los esfuerzos de la Acción 10 del Plan BEPS por evitar la erosión y la transferencia de beneficios a través de la fijación de precios desproporcionados por servicios prestados entre empresas que forman parte de un mismo grupo económico, se introducen modificaciones de gran cala-

⁴⁵ Directivas PT OCDE, párrafo 7.29.

⁴⁶ Directivas PT OCDE, párrafo 7.31.

do al Capítulo VII de las Directivas PT OCDE. Entre las principales novedades destaca el establecimiento de un régimen simplificado (safe harbor) electivo para la determinación de los precios de transferencia de servicios intra-grupo considerados de “bajo valor agregado”.

De acuerdo con la definición de la OCDE, entre los servicios que pueden considerarse como de bajo valor agregado se encuentran los de contabilidad y auditoría, procesamiento de cuentas por cobrar y cuentas por pagar, recursos humanos, tecnología de la información, relaciones públicas, servicios legales, actividades relacionadas con el cumplimiento de obligaciones tributarias y servicios administrativos en general.

Como bien lo ha observado JULIÁN MORENO en su ponencia se trata de servicios *“que por su naturaleza no hacen parte del negocio principal de las entidades multinacionales, y que no requieren ni implican la utilización de intangibles valiosos ni riesgos significativos”*.

Estas nuevas directivas contemplan una metodología para la asignación de los costos incurridos en la prestación del servicio de bajo valor agregado, sobre los que corresponderá aplicar un margen de utilidad estándar de 5%. Dicho “markup” no tiene que estar sustentado con un análisis de comparabilidad. Los contribuyentes que deseen acogerse a este método simplificado deberán contar con documentación e información de respaldo para el caso de una fiscalización. Este mecanismo tiene por finalidad facilitar la aplicación y el cumplimiento de las normas de precios de transferencia, reduciendo las controversias entre los contribuyentes y la Administración Tributaria.

ADRIANA PIANO dice por su lado que *“[l]a posibilidad de contar con valores o indicadores mínimos de rentabilidad para los servicios de bajo valor agregado, tornaría no solo en otorgar a los contribuyentes una mayor seguridad jurídica sino también en una mayor eficiencia en el costo de cumplimiento, a la vez de menor costo de verificación por parte del fisco”*.

Se trata, desde todo punto de vista, de una medida acertada, especialmente diseñada para reducir los costos de cumplimiento de las empresas y, al mismo tiempo, facilitar la labor de fiscalización de las Autoridades Tributarias. Sería deseable, sin embargo, que este régimen simplificado de precios de transferencia tuviera regulación expresa en la legislación interna de nuestros países, para que los contribuyentes tengan mayor claridad sobre las disposiciones les son aplicables en cada caso.

VI. ACCIÓN 13: DOCUMENTACIÓN

La mayoría de países de la región tiene en su legislación exigencias específicas en materia de documentación de las operaciones con partes vinculadas, de tal forma que esta documentación sea capaz de acreditar que el precio y la metodología que emplean es la más adecuada en la operación en cuestión. En algunos casos, la obligación de documentación se extiende también a operaciones realizadas con paraísos fiscales, aunque las partes involucradas no caigan dentro de los supuestos de vinculación regulados.

El cumplimiento de las obligaciones de documentación facilita la labor de la Administración Tributaria, que debe probar que tales operaciones se realizan a precios de mercado y contribuye a generar seguridad jurídica en el contribuyente, que sabrá cuáles serán las exigencias de la Administración en una eventual fiscalización que examine dichas operaciones. En tanto, aquellos que no cumplen con sus obligaciones de documentación de forma adecuada generalmente son objeto de sanciones.

A pesar de todo ello, hoy la sociedad le exige a las empresas multinacionales mayor transparencia. Esto implica privilegiar el suministro de documentación e información clara y suficiente que respalde la validez del cálculo de sus precios de transferencia. Se dirá que ello ya se hace, pero a la luz de los hechos pareciera que no de manera adecuada.

De ahí que en cumplimiento de la Acción 13 del Plan BEPS, la OCDE ha elaborado un nuevo Capítulo V de las Directivas PT OCDE relativo a la documentación de precios de transferencia, que supone un cambio radical respecto del enfoque anterior, permitiendo a todas las Administraciones Tributarias conocer información necesaria de las empresas multinacionales sobre la asignación y el reparto mundial de sus ingresos, la actividad económica e impuestos pagados en cada jurisdicción. Con ello se busca incrementar la transparencia en beneficio de los fiscos de los diferentes países.

La nueva redacción del Capítulo V contempla un enfoque estandarizado de documentación de precios de transferencia que gira en torno a los siguientes tres pilares:

- **Master File** (archivo maestro), al que tendrán acceso todas las Administraciones Tributarias pertinentes. Proporciona un detalle de las operaciones globales realizadas por la empresa multinacional. Incluye información acerca de la estructura organizacional del grupo, la actividad económica que lleva a cabo, de sus inversiones en investigación y desarrollo y los intangibles con los

que cuenta, sus actividades financieras intra-grupo, así como acerca de sus estados financieros consolidados, en su caso, y de los APAs que hayan celebrado en distintos países.

- **Local File** (archivo local), específico para cada país, que contiene información más detallada de las operaciones entre partes vinculadas realizadas por una sociedad o sociedades del grupo en una jurisdicción determinada, indicando el importe de dichas operaciones y el análisis (funcional y económico) efectuado por la empresa para la determinación de sus precios de transferencia. Se acercaría mucho a lo que conocemos actualmente como un Estudio de Precios de Transferencia.
- **Country-by-Country Report** (C-b-C report), constituye una de las principales novedades del trabajo de la OCDE, cuyo objetivo principal es facilitar la labor de fiscalización de las Administraciones Tributarias. Está concebido como un modelo estandarizado de documento que los grandes grupos multinacionales deberán preparar para informar a las Autoridades Tributarias sobre la distribución mundial de sus ingresos, utilidades, impuestos pagados y otros indicadores de la magnitud de la actividad económica desarrollada en cada uno de los países en que operan (p. ej. capital declarado, activos tangibles en cada ubicación, localización de intangibles, número de empleados, actividades de investigación y desarrollo, servicios administrativos o de soporte, etc.). La información contenida en este documento sería estructurada país por país de acuerdo a una plantilla común.

Estos tres documentos están entrelazados por lo que deben ser articulados por los contribuyentes de manera coherente para proporcionar a las Administraciones Tributarias información útil a efectos de comprobar el cumplimiento de sus obligaciones de precios de transferencia. Esta información contribuirá a que las Administraciones Tributarias puedan determinar si las empresas han incurrido en prácticas de precios de transferencia que tengan por objeto trasladar artificialmente sus utilidades a países en los que reciben un tratamiento fiscal más favorable.

Las empresas multinacionales han de presentar el Master File y el Local File directamente a las Administraciones Tributarias competentes que lo requieran en cada país. Por su parte, C-b-C report debe ser presentado por la casa matriz de la multinacional ante la Administración Tributaria de su país de residencia fiscal, la que a su vez compartirá su contenido con las autoridades de las jurisdicciones donde se ubican sus filiales a través del mecanismo de intercambio automático de información articulado en instrumentos de cooperación gubernamental como, por ejemplo, el *Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal*, conve-

nios bilaterales para evitar la doble imposición o acuerdos de intercambio de información tributaria.

La OCDE ha recomendado que la presentación de los primeros C-b-C report tenga lugar en relación a los años fiscales que comiencen en o con posterioridad al 1 de enero de 2016. Tal exigencia resulta aplicable, en principio, a los grupos multinacionales con sede en países del G-20 y OCDE, cuya facturación anual sea igual o mayor a los € 750 millones de Euros. No obstante, se reconoce que algunas jurisdicciones podrían necesitar más tiempo para completar los respectivos procesos legislativos internos que les permitan realizar las necesarias adaptaciones de carácter normativo.

A fin de facilitar la aplicación de los nuevos estándares de documentación de precios de transferencia, se ha desarrollado un paquete de medidas de implementación que consiste en un modelo de legislación, que pueden adoptar los países para instar a los grupos multinacionales a presentar el C-b-C report, así como en acuerdos entre autoridades competentes concebidos para posibilitar la implementación del intercambio automático de dichos informes entre Administraciones Tributarias.

Ahora bien, como lo argumenta JULIÁN MORENO, *“se debe reconocer que la documentación propuesta en materia de precios de transferencia bajo las acciones de BEPS requiere un análisis particular a partir de las condiciones específicas de cada jurisdicción, en particular tratándose de países en vía de desarrollo, y de sus objetivos de fiscalización”*. En todo caso, tanto JULIÁN MORENO, como sus colegas KARILIN ARENAS, JOSÉ MANUEL VALECILLOS, ADRIANA PIANO, JENNY MORÓN y JUAN CARLOS VIDAL coinciden en que seguramente serán pocas las empresas de sus respectivos países (Ecuador, Venezuela, Colombia, Argentina y Perú) que superen los altos umbrales establecidos bajo el Plan BEPS para estar obligados a presentar el aludido C-b-C report.

México es el único país de la región que se ha adelantado a los Reportes Finales de la OCDE en materia de precios de transferencia, recogiendo las obligaciones de documentación del Master File, Local File y del C-b-C report. YOSHIO UEHARA da cuenta que estas nuevas obligaciones de documentación serán exigibles a partir del ejercicio fiscal 2016, debiendo presentarse dicha documentación a más tardar el 31 de diciembre de 2017. Por excepción, la obligación de presentar el C-b-C report sólo alcanza a las compañías matrices residentes en México, cuyos ingresos anuales consolidados del grupo multinacional en el ejercicio inmediato anterior sean equivalentes o superiores a doce mil millones de pesos (aproximadamente € 750 millones de Euros).

Pero pese a las buenas intenciones, una de las mayores preocupaciones de las multinacionales está relacionada con la confidencialidad de la información sensible que será proporcionada a la Administración Tributaria mediante el C-b-C report. Para FRANCISCO LISBOA MOREIRA *“no está claro si las informaciones transmitidas por medio del C-b-C serán utilizadas solamente para los fines tributarios contenidos en los respectivos Acuerdos para Cambio de Informaciones en el Campo Tributario”*.

No obstante, otro grupo de ponentes (JOSÉ ESCUDERO TREDER, JENNY MORÓN y JUAN CARLOS VIDAL) considera que en virtud de la reserva tributaria la información dirigida a la Administración Tributaria u obtenida por ella únicamente podrá ser utilizada por ésta para los fines que le son propios. La confidencialidad de la información es un derecho de los contribuyentes, que garantiza que dichos datos, cifras e informes no serán utilizados por terceros en su perjuicio o de sus actividades comerciales.

Comentando este mismo asunto, JOSÉ MANUEL VALECILLOS sostiene por su lado que en el caso venezolano, *“la confidencialidad y uso exclusivo para fines tributarios de la información a suministrar por empresas multinacionales estaría protegida bajo el Código Orgánico Tributario, que expresamente otorga carácter reservado a la información y documentos que obtenga por cualquier medio, y dispone sanciones de prisión a los que divulguen o hagan uso indebido de información confidencial”*.

Esta acción refleja el enorme compromiso de los países participantes en el Plan BEPS por alcanzar un equilibrio entre las necesidades de información de las administraciones tributarias, las preocupaciones relativas al uso indebido de información de naturaleza reservada y los costos y cargas de cumplimiento que recaen sobre las empresas. La transparencia que se fomenta a través de estos nuevos estándares de documentación de precios de transferencia contribuirá a alcanzar el objetivo de comprender, controlar y combatir prácticas fiscales perjudiciales de forma más eficaz. Sin duda se trata de una medida sumamente significativa.

VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Los tiempos en que las multinacionales pagaban menos impuestos sirviéndose de una serie de estrategias de planificación fiscal agresiva parecen estar llegando a su fin. La OCDE ha emitido un paquete definitivo de medidas en el marco del “Plan BEPS” para llevar a cabo una reforma integral, coherente y coordinada de la normativa tributaria a nivel de cada país a fin de combatir estructuras internacionales dirigidas a trasladar artificialmente las utilidades de las grandes empresas a jurisdicciones de baja o nula imposición.
2. El Plan BEPS contempla 15 “acciones” para poner fin a la elusión fiscal por

parte de las multinacionales, mediante la formulación de diferentes propuestas cuya implementación debe realizarse a través de modificaciones de las normas de derecho interno, incluyendo las relativas a precios de transferencia. A esos cambios se suman otros de similar magnitud que la OCDE recomienda introducir tanto en los CDIs, como en las Directivas PT OCDE.

3. Lo que propone la OCDE es dotar a los distintos países de soluciones para evitar que las empresas multinacionales dejen de pagar impuestos, como lo vendrían haciendo aprovechándose de las diferencias tributarias existentes entre los regímenes de las diferentes jurisdicciones en las que actúan y se encuentran presentes.
4. Hoy, luego de un largo trabajo aún queda mucho trecho por recorrer. Con la publicación de los informes finales del Plan BEPS, le corresponderá ahora a los países involucrados evaluar las recomendaciones de la OCDE y ponerlas en práctica. No será fácil, pero la tendencia mundial va por ese camino.
5. La mayoría de países de América Latina se muestran dispuestos a acompañar a los desarrollados en este proceso de cambio. Si bien aún son pocos los que han dado ese paso, será sólo cuestión de tiempo para que se animen a introducir profundas modificaciones legislativas influenciadas por el Plan BEPS, sentando las bases para una verdadera transformación de sus sistemas tributarios.
6. Las modificaciones que plantea la OCDE, sólo pueden darse en ejercicio de la potestad tributaria de cada país, observando el principio de reserva de ley. En la región, únicamente en México serían de aplicación automáticamente las modificaciones a las Directivas PT OCDE, siempre que no sean incongruentes con su normativa local, ni con los tratados que ese país haya celebrado.
7. Las recetas que ofrece el Plan BEPS parecen tener todas las condiciones para funcionar, aunque existen aspectos que necesitan afinarse para evitar dificultades como las que se han presentado en algunos países, por ejemplo, con el sexto método. Para que los ajustes sean más efectivos, tales medidas deberán ser adaptadas a la realidad económica de cada uno, respetando el principio de seguridad jurídica.
8. No deben descuidarse tampoco en el proceso de reforma las exigencias derivadas de cada ordenamiento legal, que en ocasiones hacen que las soluciones validas en una jurisdicción no puedan trasladarse automáticamente a otra.
9. La OCDE ha dedicado gran parte de sus esfuerzos a desarrollar nuevos mecanismos dirigidos a evitar que las grandes empresas multinacionales utilicen los precios de transferencia para trasladar rentas y beneficios entre las diferentes

entidades del grupo y en consecuencia entre diferentes jurisdicciones tributarias.

10. En ese contexto, la Acción 8 del Plan BEPS incorpora una potente definición para los intangibles, al señalar que *“la palabra «intangible» tiene por objeto hacer frente a algo que no es un activo físico o un activo financiero, que es capaz de ser poseído o controlado para su uso en actividades comerciales, y cuyo uso o transferencia sería compensada si hubiera ocurrido tal transacción entre partes independientes en circunstancias comparables”*.
11. Precisa además en torno a este tipo de activos que la mera propiedad legal de un intangible no confiere de por sí derecho a un retorno sobre su explotación. Más bien, sugiere que el rendimiento económico de los intangibles, junto con sus costos y cargas económicas, debiera ser asignada a las entidades encargadas de agregarles valor, y que controlan las funciones importantes de su desarrollo, como la mejora, mantenimiento, protección y explotación.
12. Considera que los métodos probablemente más adecuados para la valoración de intangibles serían el Precio Comparable No Controlado (PCNC) el de Partición de Utilidades (PU), aunque reconoce también el uso de técnicas de valoración financieras como herramientas útiles para este acometer.
13. Se califica como intangibles de difícil valoración a aquellos para los que, al momento de su transferencia no existieron comparables fiables; y las predicciones de los flujos de efectivo futuros, o ingresos esperados de la transmisión del intangible, o las proyecciones utilizadas para la valoración del mismo fueron inciertas. En buena cuenta, son aquellos que no son comparables a otros utilizados en transacciones comparables, y cuyo uso en operaciones de negocios se espera que generen beneficios económicos mayores a su ausencia en una transacción.
14. Los países cuyas ponencias fueran recibidas para evaluación no cuentan en sus normativas internas con definiciones de intangibles e intangibles valiosos para fines de su Impuesto sobre la Renta y/o de precios de transferencia, teniendo que recurrirse a otras fuentes para dotar de contenido el concepto, incluso a la vía jurisprudencial. Bajo esta línea, es claro que el tratamiento que se ha dado a este tipo de activos, considerando no solo su transferencia sino su cesión en uso, no ha sido uniforme y consistente.
15. En cuanto a los Acuerdos de Contribución de Costos (ACC), se precisa que una empresa vinculada puede participar de aquel si existe para ella una expectativa razonable de beneficiarse con los objetivos de tal acuerdo, si man-

tiene el control sobre los riesgos específicos que asumiría en torno a él, así como si tiene la capacidad financiera para enfrentarlos. Las contribuciones de las partes a un ACC deben estar en proporción a los beneficios que razonablemente se espera, y su participación considerar el valor que habrían acordado empresas independientes en circunstancias comparables.

16. En torno a la Acción 9 sobre riesgos y capital, dos debieran ser las preguntas a efectuarnos como punto de partida: ¿De no obtenerse una ventaja fiscal, hubiéramos realizado la misma transacción? ¿En exactamente las mismas condiciones?
17. En esta materia el “Análisis de Comparabilidad” es el corazón a partir del cual verificar el principio de plena competencia, debiéndose poner particular énfasis en identificar las relaciones comerciales o financieras entre las empresas vinculadas y las condiciones y circunstancias económicas correspondientes a aquellas, buscando que la transacción controlada sea delineada de la mejor manera posible.
18. En caso que las características económicas relevantes de una transacción sean incompatibles con las condiciones contractuales, la transacción deberá apreciarse con base en el comportamiento real de las partes.
19. Si la empresa vinculada que contractualmente asume el riesgo no ejerce su control o no tiene la capacidad financiera para asumirlo, entonces aquél debería ser asignado a la empresa que lo ejerza y tenga la capacidad financiera que le permita asumirlo.
20. La asunción de un riesgo debe ser compensada con un retorno apropiado, al igual que la mitigación de riesgos. En consecuencia, un contribuyente que asume y mitiga el riesgo tiene derecho a una retribución mayor que aquel que sólo asume una de las dos funciones, pero no ambas.
21. Se proporciona un marco analítico con seis pasos para efectuar adecuadamente un análisis de riesgo.
22. Las consecuencias del no reconocimiento de una transacción delineada con precisión son el reemplazo de la estructura utilizada por el contribuyente con aquella otra alternativa que mejor se corresponda con los hechos y circunstancias de una transacción que alcanza un resultado comercialmente racional a un precio aceptable.
23. Algunos países han manifestado la existencia de conflictos frente a normas anti-elusivas como lo son las de precios de transferencia y aquellas que, por

ejemplo, recogen el principio de sustancia sobre forma o primacía de la realidad. Bajo este escenario, algunos de ellos se han mostrado en la línea de considerar preferente y excluyente la aplicación de normas de precios de transferencia frente a las otras, por ser aplicables en específico a un determinado caso.

24. Por su parte, la Acción 10 busca prevenir la erosión de bases imponibles mediante la realización de operaciones entre empresas vinculadas que raramente se producirían (o no se producirían) entre terceros. Una de las principales propuestas pasa por la modificación de las Directivas PT OCDE con el objetivo de precisar que el MPCNC puede ser un método válido para analizar el valor de mercado de transacciones con *commodities* entre partes vinculadas, usando como referencia su valor de cotización.
25. En ausencia de pruebas de una fecha efectiva de fijación del precio acordado por las partes, la valoración deberá efectuarse en función a la cotización promedio que los *commodities* tengan en la fecha del embarque. Esto implica un cambio de paradigma en relación con el principio de libre competencia.
26. Existen notables deficiencias técnicas y vacíos en la regulación del MPCNC para evaluar operaciones con *commodities*, que probablemente dificultarán su utilización en la práctica, por lo que puede ser cuestionado desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica. Se espera que algunos de estos problemas sean subsanados. Mientras más se demoren en aclararlo, sin embargo, más inseguridad habrá en los contribuyentes a los cuales se imponga esa metodología.
27. Los grupos multinacionales productores de materias primas que incorporen en sus modelos de negocios actividades de “traders”, como intermediarios internacionales, deberán justificar a los fiscos de los países en los que operan que dichas actividades han sido adecuadamente remuneradas en función al valor que añaden en la cadena de distribución y comercialización de los *commodities*.
28. La Acción 10 también pretende proteger a los países frente a prácticas frecuentes de erosión de bases imponibles a través de servicios intra-grupo de bajo valor agregado, especialmente aquellos de apoyo a la gestión (*management services*). Para ello, propone un margen fijo de 5% que deberá aplicarse sobre la base de los costos incurridos en la prestación de esa clase de servicios, a modo de *safe harbor*.
29. El paquete definitivo BEPS incluye nuevos estándares mínimos de documentación de precios de transferencia. La principal novedad está constituida por los “Informes País por País” (*country by country report*) que por primera vez brin-

darán a las administraciones tributarias una visión global de las operaciones de las empresas multinacionales en los distintos rincones del mundo, así como de la distribución de sus rentas, actividades económicas e impuestos pagados en cada jurisdicción, de acuerdo a una plantilla común. Esto permitirá mejorar la transparencia en beneficio de los fiscos de los diferentes países.

- 30 Esta nueva obligación de documentación incluye demasiada información sensible desde el punto de vista empresarial. Eso ha generado mucha preocupación entre las multinacionales. Sin embargo, en los países de la región la confidencialidad de dicha información estaría garantizada por la reserva tributaria.
31. Algunos países ya han empezado a incorporar algunas medidas a sus legislaciones, sin haber esperado si quiera que la OCDE completara su trabajo. Es el caso de México que ha aprobado nuevas reglas de información País por País (p. ej. el C-b-C report) que complementarían las obligaciones de documentación en materia de precios de transferencia que ya estaban previstas en su ordenamiento.
32. Está por verse si esta iniciativa de la OCDE tendrá los resultados esperados. Si no existe el necesario consenso entre los países desarrollados y emergentes sobre aspectos fundamentales del Plan BEPS, éste terminará condenado al fracaso. Lejos de generar certeza y seguridad, podría contribuir a causar inseguridad y conflictos, si los distintos Estados adoptan medidas sólo en función de sus intereses para evitar la pérdida de recaudación propia, en lugar de posiciones coordinadas para combatir la evasión fiscal internacional en beneficio común.
33. El riguroso seguimiento al que están sujetas las grandes empresas multinacionales tendrá que replicarse eventualmente en las que operan a menor escala, que quieran iniciar su expansión internacional, a fin que no le saquen la vuelta a la legislación. Existe cierto conceso en considerar que el nuevo modelo de tributación internacional impulsado por la OCDE sólo tendrá éxito si es de aplicación general, sin que quepa establecer diferencias significativas en el planteamiento en función del nivel de desarrollo de cada país.⁴⁷

Abril, 2016

⁴⁷ El establecimiento de regímenes simplificados o *safe harbor rules* (tales como sistemas de determinación objetiva o previa de márgenes de mercado) aparece como uno de los mecanismos que facilitarán el cumplimiento de las normas de precios de transferencia en caso de empresas de menor tamaño que buscan ampliar sus operaciones en el extranjero. Esa ciertamente es una tarea pendiente.

