

1. RESUMEN EJECUTIVO

Brasil es un país que siempre ha presentado medidas que tienen como objetivo la protección de su base imponible, como las limitaciones a las remesas y deducibilidad en los pagos por regalías, los métodos de precios de transferencia con las márgenes de utilidad fijas, sus reglas de tributación de rentas obtenidas en el exterior (que van mucho más allá de una regla CFC usual) y hasta sus reglas de subcapitalización, también con proporciones entre deuda y capital fijas, sirven para que el país, mismo con las compañías e individuos sufriendo con la doble imposición, garantice el recibimiento oportuno de su parte de las recetas.

En este contexto, surgen las medidas de la OCDE para combatir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios, para garantizar una actuación coordinada de los países contra el problema del planeamiento fiscal agresivo. La iniciativa de la OCDE es muy importante, porque permitirá una actuación coordinada evitando que sean introducidas medidas unilaterales de protección que perjudiquen la actividad empresarial y generen doble imposición del Impuesto a la renta.

A pesar de no ser un miembro activo de la OCDE, Brasil ha participado de forma muy activa de los grupos de trabajo y siempre ha manifestado sus posiciones en los borradores de los planes de acción. Sin embargo, tenga introducido una regla de información de planeamientos tributarios,² la comunidad empresarial de Brasil sigue criticando que el país se mantenga fuera del contexto global con las medidas de protección de su base imponible. La primera nota del texto final de los planes de acción 8, 9 y 10 trae la información de que Brasil “tiene en su legislación doméstica

¹ Abogado en São Paulo, Brasil. Maestría en Tributación Internacional por la New York University. Socio de Castro, Barros, Sobral, Gomes Abogados.

² Brasil introdujo, por medio de la Medida Provisoria N° 685, sus reglas de *Mandatory Disclosure*, en línea con el plan de acción 12 del proyecto BEPS, pero su congreso nacional no ha convertido la MP en Ley, resultando en pérdida de eficacia.

una política que hace uso de márgenes fijas, resultantes de prácticas habituales en la industria, y considera que ello está alineado con el principio del arm's length. Brasil continuará a aplicar esta política y utilizará las orientaciones de ese texto. Cuando los Acuerdos firmados por Brasil contengan el Artículo 9, párrafo 1 de las MCOCDE o de la MCONU y un caso de doble imposición sea presentado en el contexto de esa provisión del Acuerdo, Brasil le dará acceso al procedimiento amigable, en línea con los parámetros mínimos del plan de acción 14".³

Como se puede observar, el Fisco brasileño sigue con su posición y entiende no existir problemas con sus políticas; sin embargo la comunidad empresarial piensa lo contrario - y demostraremos las razones para tal.

2. COMENTARIOS INTRODUCTORIOS A LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

En la economía mundial y dentro del escenario internacional, hay una gran competición entre compañías por nuevos mercados, y también entre países por inversiones productivas. Dichas "competiciones" crean un contexto que puede ser clasificado como perjudicial, una vez que estos países quieren dejar de recibir recetas de impuestos para atraer dichas inversiones, pero al mismo tiempo también les toca combatir la deterioración de su base imponible. Es una situación casi irónica, cuando algunos países combaten la salida de inversiones con impuestos de salida (*exit taxes*) o incluyen en sus legislaciones internas medidas para combatir el uso abusivo de los acuerdos para evitar la doble imposición del impuesto sobre la renta.

Ello, sin una acción coordinada por parte de los países, puede llevar a que las legislaciones de dichos países no coexistan en armonía y generen situaciones de doble imposición sobre la misma renta. Al mismo tiempo, existía un consenso de que el combate a la Erosión de las Bases Imponibles y Traslado de Beneficios era necesario y debería ser un movimiento coordinado. Así, fue requerido a la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico) el liderazgo del movimiento, por medio del proyecto "BEPS" (*Base Erosion and Profit Shifting*). El proyecto consiste en la adopción de 15 (quince) planes de acción (*action plans*) que atacarán los problemas identificados como claves y ofrecerán recomendaciones de política tributaria a los países para que, actuando coordinadamente, ataquen el problema sin generar daños a las empresas y los individuos.

Como dicho, a pesar de no ser miembro de la OCDE, Brasil viene actuando y

³ OCDE (2015) *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Action 8-10 - 2015 Final Reports*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing, Paris. Nota 1, p. 185.

participando, activamente, de sus discusiones en plan tributario. Con relación al proyecto BEPS, Brasil pasó a hacer parte, después que de la inclusión de los países del G-20. Pero, al analizar el alcance del proyecto y, sobre todo, cuando dichos análisis incluyen la realidad brasileña, tenemos la siguiente situación: i) Brasil siempre fue un país importador de capital y demasiado protector de sus bases imponibles; y ii) Brasil siempre ha adoptado posiciones antagónicas con relación a lo que los otros miembros de la OCDE hicieron - siendo el privilegio al principio de la fuente una diferencia primordial en su política tributaria.

El Derecho Tributario brasileño es regido por el principio de la legalidad, haciendo con que sea necesario que todas las normas relativas a cobranza e institución de tributaciones estén previstas en Ley. La *Receita Federal de Brasil* (“RFB”), él órgano tributario, resta la reglamentación y interpretación de la Legislación Tributaria, cuya tarea se hace a través de las Instrucciones Normativas,⁴ Actos Declaratorios y de las respuestas a las consultas (“Soluciones de Consultas”) formuladas por los contribuyentes.⁵

Se observa, en este punto, la inexistencia de una norma general antielusiva (*General Anti-Avoidance Rule*). De hecho, ya hubo el intento de creación de tal norma general cuando, el 18 de agosto de 2002, con la publicación de la Medida Provisoria 66, el gobierno federal intentó introducir tal reglamento. Sin embargo, tras intensos debates, esa norma no fue convertida en Ley. Lo que se notó, entre tanto, fue un movimiento iniciado antes, en que el fisco brasileño buscaba la introducción de normas antielusivas específicas para combate a lo que se llama de planificaciones tributarias abusivas y en lo que las normas de control de los precios de transferencia no son diferentes.

La legislación brasileña de control de los precios de transferencia es una de las más antiguas de Latinoamérica, habiendo sido implementada en la publicación de la Ley Federal N° 9.430, del 27 de Diciembre de 1996. El legislador brasileño tenía por objetivo, a través de tal legislación, establecer normas y parámetros objetivos para combatir la elusión tributaria generada por la transferencia de ganancias al extranjero a través de la manipulación de precios practicados entre partes relacionadas. Dichas normas brasileñas de precios de transferencia fueron

⁴ La primera Instrucción Normativa a reglamentar el tema fue la Instrucción Normativa 38/97. Enseguida, se publicaron las Instrucciones Normativas de número 32/01, 243/02 y, finalmente, la actual Instrucción Normativa 1.312/12.

⁵ El procedimiento de consulta fiscal (actualmente regulado por la Instrucción Normativa 1.396/13) es utilizado, en Brasil, para clarificar aspectos importantes acerca de la interpretación y aplicación de la legislación tributaria. Vinculan apenas a las partes (el consultante y el Fisco), manteniéndose la prerrogativa del Fisco de modificar su entendimiento en el futuro.

inspiradas en las Directivas PT OCDE, pero presentan modificaciones importantes: i) la existencia de márgenes de lucro predeterminadas; ii) la inexistencia de ajustes correlativos (*correlative adjustments*) en los acuerdos para evitar la doble imposición firmados por Brasil; iii) obligación de testar todos los productos y transacciones; iv) la imposibilidad de aplicación del método *Transaction Net Margin Method* (TNMM); y v) la inexistencia de la regla del mejor método (*best method rule*), donde hay obligación de aceptar el método de menor ajuste por las autoridades tributarias, desde que sea debidamente comprobado.

2.1. ¿Brasil adopta el estándar *arm's length*?

Hay mucha discusión sobre la adopción, o no, del principio internacional del *arm's length* por la legislación brasileña. Según el profesor Luis Eduardo Schoueri,⁶ después de casi 20 años de la introducción de las normas de Precios de Transferencia en el ordenamiento jurídico brasileño, el término "*arm's length*" fue incorporado al lenguaje jurídico patrio, designando un principio que debe ser alcanzado en la práctica de operaciones entre partes tenidas como relacionadas y que deberían actuar como si fueran independientes. Ante ello, el profesor aún explica que los métodos previstos en la Ley N° 9.430/1996 constituyen apenas alternativas para que se alcance un parámetro de mercado en esas transacciones en que se pierda el control de revisión por el Fisco - un precio "*at arm's length*" aceptable para dichos tipos de operación. Sin embargo, el profesor alerta, con mucha propiedad, que el fisco brasileño, en infeliz desacierto y lejos del principio inspirador de la legislación brasileña de precios de transferencia, siempre busca ampliar el valor del ajuste a ser ofrecido por tributación.

Otro punto que se impone es el concepto de costo para fines de determinación de un precio parámetro de comparación *at arm's length*. Debe observarse que, entre partes independientes, no es el costo efectivo, basado apenas en los valores pagados, aquel tomado por base para el precio parámetro, pero sí un costo planificado, que agrega en sí valores en veces no desembolsados pero es el parámetro para que terceros independientes agreguen su margen de ganancia. Ante ello, los márgenes predeterminados por la legislación brasileña se adoptarán cuando se habla del mismo costo practicado entre partes independientes, y no del costo efectivo incurrido *intramuros*.

Es muy importante recordar que Brasil ha manifestado expresamente su posición de no aceptar el ajuste correlato por la otra parte contratante, que resulte de precios de transferencia, dentro de un acuerdo para evitar la doble imposición. Nin-

⁶ SCHOUERI, Luis Eduardo. Presunções jurídicas, Arm's Length e o Conceito de Custo para Fins de Preços de Transferência. Revista de Direito Tributário Atual N° 31, p. 96-116

guno de los acuerdos firmados por Brasil para evitar la doble imposición contiene el párrafo segundo del artículo nueve del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio de la OCDE (“MCOCDE”).⁷ Es posible concluir que, aunque estén inspirados en los métodos de la OCDE y en el principio del *arm’s length*, los métodos brasileños no están alineados con dichos principios.

3. ACCIÓN 8: INTANGIBLES

Es un consenso decir que el texto final de la acción 8 no va a generar cambios significativos en la legislación brasileña. Ello porque Brasil ya adopta conceptos anti-elusión para las operaciones con intangibles que protegen su base imponible.

La legislación brasileña no posee ninguna metodología específica para valoración de intangibles. Los métodos brasileños de precios de transferencia son muy poco flexibles y no permiten una adaptación a las situaciones prácticas. Para BIFANO, los métodos PIC y PVEX, que tienen base en el CUP, solamente serán aplicables si hay operaciones anteriores a comparar; el método del costo de adquisición más margen es de difícil aplicación, pues habrá siempre secretos comerciales involucrados; los métodos de atacado y de ventas al por mayor y venta por el menor no se aplican pues el intangible no es comercializado en mercados; y el precio de reventa menos lucro (PRL) difícilmente se utilizará, pues los intangibles son, en la mayoría de las situaciones, adquiridos para propia utilización.⁸

Otro punto de extrema importancia: por disposición legislativa, las reglas brasileñas de precios de transferencia en la importación no se aplican a “*los casos de regalías y asistencia técnica, científica, administrativa o similar, que permanecen subordinados a las condiciones de deducibilidad de la legislación vigente*” (Ley 9.430/1996, art. 18, párrafo 9). Es posible decir que dicha restricción no es aplicable a las exportaciones. El artículo 55 de la Instrucción Normativa 1.312/12 (que regula la aplicación de las reglas de precios de transferencia en Brasil) obliga la aplicación de las reglas solamente para los pagos al exterior de “*regalías, asistencia técnica, científica, administrativa o similares*”, en refuerzo a la afirmación de que la RFB solamente podrá exigir la comprobación de precios en caso de recibimiento de dichos pagos.⁹

⁷ Brasil ha manifestado sus reservas al contenido del párrafo 2 del artículo 9 de la MCOCDE. Hay que observar la tentativa de poner en práctica procedimientos amigables, en línea con el plan de acción 14 - pero aun no se sabe cuando Brasil introducirá dichas acciones.

⁸ BIFANO, Elidie Palma. *Apuração de Preços de Transferência em Intangíveis, Contratos de Prestação de Serviços, Intragrupo e Cost Sharing Agreements*. En: *Tributos e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2009. v. 3, p. 36.

⁹ SCHOUERI, Luis Eduardo. *Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2013. 3ª. Ed., p. 36.

El término “*regalia*”, utilizado en la Ley brasileña, sirve para cualificar los pagos por la utilización o explotación de derechos intangibles que no incluyen la entrega de bienes fungibles o la prestación de servicios. Incluye, en su concepto, los pagos para remunerar el derecho de uso de bienes incorpóreos, incluidos ahí las patentes de invención y los procesos o formulas de fabricación. El artículo 22 de la Ley 4.506/1964 también comprende el derecho de coger o extraer recursos vegetales, incluyendo exploración de florestas; el derecho de investigación y extracción de recursos minerales; la utilización o explotación de invenciones, procesos o formulas de fabricación y de marcas de industria o comercio; y la explotación de derechos autorales, sino si debidos al autor o creador do bien o de la obra.

Es interesante observar que la Ley tributaria brasileña contiene limitaciones objetivas a la deducción de pagos de regalías. En líneas generales, los gastos relacionados a regalías, incluyendo los de asistencia técnica, científica o administrativa y de alquileres ligados a dichas regalías, solamente serán deducibles después del registro del contrato en el Instituto Nacional de la Propiedad Intelectual y en el Banco Central de Brasil. El monto deducible es del 1% (un por ciento) de las ventas netas, como en el caso de marcas y símbolos, o variable hasta el 5% (cinco por ciento) de las ventas netas para las patentes de invención, procesos y formulas de fabricación y los correspondientes gastos de asistencia técnica, científica, administrativa o similares.¹⁰

Es posible observar que, cuando limitó la deducibilidad de las regalías pagas al exterior, el Fisco brasileño hizo la opción por la protección de su base imponible y, por tal razón se justifica la ausencia de reglas de precios de transferencia a este tipo de pagos.

Un ejemplo de cómo esa regla puede demostrar la posición de Brasil, al mismo tiempo que contraria a la de otro país a quien también le toca proteger su base imponible es el caso 3M, que está siendo juzgado actualmente en la corte tributaria de los EEUU y confronta la compañía multinacional 3M y su subsidiaria brasileña. Como hemos visto, la ley brasileña solo permite los pagos y la deducción de una regalía del 1% para las marcas de comercio. La 3M de Brasil había firmado contratos con su casa matriz en los EEUU (“*Trademark License Agreements*”) y, para que fuera posible cumplir con la regla brasileña, el contrato se quedó dentro del límite de 1%. El fisco estadounidense no estuvo de acuerdo,¹¹ después que una revisión dentro del parámetro *arm's lenght* llegó a un porcentaje mínimo del 6% (seis por ciento). El caso sigue pendiente de resolución y nos permite concluir

¹⁰ Según la “Portaria 436/1958” del Ministerio de la Hacienda, que sigue vigente.

¹¹ 3M Co et. al. v. Commissioner; N° 005816-13, Tax Analysts, 2013 WTD 66-26

que, aunque dos países soberanos intenten proteger su base imponible, si no se hace de forma coordinada (como propone el plan de acción 8 del BEPS) los contribuyentes sufrirán la doble imposición.

A pesar de la existencia del artículo 12 en el MCOCDE como un artículo específico para las regalías y su recomendación para que la competencia para tributarlas sea mantenida con el estado de la residencia, los convenios firmados por Brasil siempre incluyen dicha competencia dentro de las del estado de la fuente (como un importador de tecnología). Además, Brasil siempre ha negociado con sus parejas la inclusión, en los protocolos anexos a los convenios, de un ítem que incluye los gastos con asistencia técnica y servicios técnicos dentro del alcance del artículo 12, cuando normalmente estarían incluidas en el artículo 7 (excepto por los acuerdos de Austria, Dinamarca, Finlandia, Francia y Japón). Cuando estudiamos la posición de la RFB de incluir todos los pagos de asistencias técnicas y servicios técnicos dentro del artículo 12 de los convenios para evitar la doble imposición, es posible decir que la aplicación de los protocolos serviría para evitar planeamientos abusivos que redujeran el monto de regalías y aumentarían el monto de asistencia técnica cuando los contratos incluyeran las asistencias y servicios técnicos directamente ligados a una transferencia de tecnología.¹² Algunos acuerdos firmados por Brasil confirman la posición extensiva de la *Receita Federal* e incluyen los términos “servicios digitales y empresariales, inclusive las consultorías” (Acuerdo entre Brasil y Perú),¹³ o “asistencia o servicios de naturaleza gerencial, administrativa, científica, técnica o de consultoría” (Acuerdo entre Brasil e India)¹⁴ en su protocolo como alcanzados por el artículo 12. En el pasado, dicha posición de la RFB también se observaba en la legislación general, donde el tratamiento para las remesas de asistencia técnica y de servicios técnicos sin transferencia de tecnología se encuadrarían en el artículo de “rentas no expresamente mencionadas”, también sujetas a tributación en la fuente.¹⁵

Hace poco ha sido juzgado el caso “Copesul”¹⁶ en el Superior Tribunal de Justicia (STJ). En este caso, el contribuyente cuestionaba la exigencia del Impuesto sobre la Renta en la Fuente sobre pagos por servicios prestados por empresas canadienses y alemanas donde la empresa brasileña era beneficiaria de los servicios. El

¹² XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 623.

¹³ Decreto N° 7.020, de 27 de noviembre de 2009

¹⁴ Decreto N° 510, de 27 de abril de 1992

¹⁵ Acto Declaratório N° 1, de 5 de enero de 2000, ya revocado por el Acto Declaratório Interpretativo N° 5/2014

¹⁶ Recurso Especial N° 1.161.467/RS

fisco brasileño defendía que la renta por el servicio prestado por el extranjero no componía su lucro, y no podría caer en el alcance del artículo 7, pero el STJ mantuvo la posición de que “*dicha parte compone el lucro del non-residente*”.¹⁷

Como consecuencia del caso “Copesul”, la Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) emitió el Parecer PGFN/CAT/Nº 2363/2013, donde aclaró que: i) concordaba con el juzgado; ii) también compartía la interpretación de que el término “lucro” mencionado en la MCOCDE incluía el concepto de “lucro operacional”; y iii) que las remesas al exterior para pagos de servicios técnicos hechos por compañías domiciliadas en los países con los cuales Brasil mantiene un convenio para evitar la doble imposición deben ser cualificadas en el artículo 7 (*business profits*) y no en el artículo 21 o 22 (rentas no expresamente mencionadas), excepto cuando el convenio contenga un dispositivo que lo incluya en el artículo 12, como una regalía. La RFB hizo lo mismo, con el Ato Declaratorio Interpretativo Nº 5/2014, aclarando que solamente obligará a la retención a la fuente cuando el Acuerdo contenga el dicho protocolo, o cuando la remesa sea para un país que no posee acuerdo firmado con Brasil.

4. ACCIÓN 9: RIESGOS Y CAPITAL

El objetivo de la acción 9 (“Riesgos y Capital”) consiste en prevenir el BEPS hecho por medio de la transferencia disimulada de riesgos o la atribución excesiva de capital entre entidades del mismo grupo empresarial. Un análisis de las propuestas de la acción 9 permite deducir que las posiciones brasileñas, de alguna manera, ya se encuentran alineadas con sus objetivos. A ver.

4.1. La posibilidad de recalificación económica de hechos imponibles

En primer lugar, es necesario clarificar la actual situación de la norma general “anti-elusiva” de Brasil. En 2001 fue cambiado el Código tributario Nacional (Ley 5.172/66), para incluir el párrafo único al artículo 116. Dicho dispositivo preveía poderes para que la autoridad fiscal pudiese desconsiderar los actos o negocios jurídicos practicados con la finalidad de disimular la ocurrencia del hecho imponible del tributo o la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, pero preveía la reglamentación de esos poderes por Ley Ordina-

¹⁷ MATARAZZO, Giancarlo Chamma e BISELI, Rubens Barrionuevo. O caso COPESUL: serviços prestados por não residentes e os acordos para evitar a dupla tributação. En: Revista de Direito Tributário da ABDF, Nº 14. Disponible en: <<http://www.abdf.com.br/revista/artigo/124-o-caso-copesul-servicos-prestados-por-nao-residentes-e-os-tratados-para-evitar-a-dupla-tributacao>>. Acceso en: 15.01.2016.

ria, hecho que hasta hoy no ha sido llevado a cabo.

En Brasil se discute mucho el papel de dicha norma, sobre todo si es realmente una norma general anti-abuso. Compartimos con la posición de CASTRO,¹⁸ en que el legislador brasileño deseó introducir comandos que permitiesen la desconsideración de operaciones por medio de las doctrinas del *substance over form* y del *step transaction*, que vienen de los sistemas de *common law*. Vale observar que, mismo sin su reglamentación por Ley Ordinaria, la jurisprudencia administrativa viene confirmando procedimientos que desconsideran actos o negocios jurídicos sin motivaciones extratributarias - cuando no se verifica un sustrato económico compatible con la forma jurídica que fue escogida por el contribuyente.

La legislación interna e incluso la jurisprudencia brasileña también han sufrido cambios para cohibir o recalificar hechos imposables. Es importante señalar que la misma ley que introdujo el concepto de sub-capitalización, la Ley 12.249/10, en su artículo 26, ha traído una regla que tiene base en el concepto de beneficiario efectivo.

Este concepto ya era visible en unos acuerdos para evitar la doble imposición firmados por Brasil, pero la ley determinó que cualquier pago hecho a individuos o compañías residentes o domiciliadas en paraísos fiscales¹⁹ o beneficiarias de regímenes fiscales privilegiados²⁰ solamente será deducible en la base imponible brasileña si hay: i) identificación del beneficiario efectivo de los pagos; ii) comprobación de la capacidad operacional de la entidad en el exterior para hacer la opera-

¹⁸ CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Planejamento Tributário Internacional: Conceito de Beneficiário Efetivo nos Acordos para Evitar a Bitributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 292.

¹⁹ La legislación brasileña no hace referencia expresa a “paraísos fiscales”, pero utiliza el término “Países de Tributación Favorecida”, que son aquellos donde no se tributa la renta, o se hace con una alícuota igual o inferior a veinte por ciento. La RFB publica una lista (Instrucción Normativa 1.037/2010) con los países que sufren tal encuadramiento, y solamente esos países son sufren la aplicación de la norma. Hace poco, el Ministerio de la Hacienda publicó la Portaria MF 488/2014, reduciendo la alícuota mínima para 17% (para fines de encuadramiento como paraíso fiscal), pero la lista de la RFB no ha sido cambiada.

²⁰ El concepto de Régimen Fiscal Privilegiado fue introducido por la Ley 11.727/2008, con el objetivo de ampliar la aplicación de reglas anti-elusión específicas (como las de precios de transferencia) a países o regímenes que presentasen por lo menos una de las siguientes características: i) no tribute la renta, o la tribute a menos de 20%; ii) que ofrezca ventajas fiscales a empresas que no presenten actividad económica substantiva en su país o condicionadas a que a su no ejercicio; iii) que no tributen rentas obtenidas fuera de su territorio, o que la tributen en alícuotas inferiores a 20%; o iv) que no permitan el acceso a información de titularidad de sociedades, activos o de operaciones económicas practicadas. También depende de la lista de la Instrucción Normativa 1.037/2010.

ción; y iii) comprobación documental del pago del precio y recibimiento de los bienes y derechos o utilización de los servicios correspondientes. Para efectos de la regla, se comprende por beneficiario efectivo la persona, individuo o compañía, que no ha sido constituida para el único fin de economía tributaria, y no como agente, mandatario o administrador fiduciario de tercero. Dicha regla podría ser aplicada, por ejemplo, si el beneficiario de una regalía ubicado en paraíso fiscal no consiga comprobar su capacidad operativa.

Un buen ejemplo para elucidar la postura del fisco brasileño se puede observar en la línea de casos “Marcopolo”, juzgado por el CARF (el Consejo Administrativo de Recursos Fiscales, la última instancia administrativa). La empresa fabricante de carrocerías de autobuses creó una estructura en el extranjero para la exportación de sus productos, que consistía en la creación de dos *offshores*, “MIC” (domiciliada en las Islas Vírgenes Británicas) y la “Ilmot” (domiciliada en Uruguay). Las dos entidades eran controladas de Marcopolo, que vendía sus productos para esas empresas, cumpliendo las reglas brasileñas de precios de transferencia, y estas las revendían a los clientes finales. El primer procedimiento fiscal, relativo al año-calendario de 2001, llevó en cuenta la ausencia de sustancia y la falta de propósito de negocio para desconsiderar las dos subsidiarias y tratar la venta como si hubiera sido realizada directamente por la empresa brasileña (Acordada 105-17.084, del 25 de junio de 2008). Sin embargo, posteriormente, al juzgar nuevo procedimiento que recayó sobre el año-calendario de 2003, el CARF entendió lo contrario, una vez que las empresas offshore asumían los riesgos de crédito y se responsabilizaban por los costos de las garantías contractuales provistas, entre otras (Acordada 9101-01.404, sesión del 17 de julio de 2012), y ya estaban atendidas las reglas de precios de transferencia - pero el año-base del procedimiento era 2003 y el artículo 26 de la Ley 12.249/10 no podía ser aplicado.

El caso “Eagle 2” presenta otra situación de recalificación. En este caso, el contribuyente ha utilizado una compañía en España para funcionar como *holding* de una compañía operativa en Uruguay (Brasil tiene acuerdo para evitar la doble imposición con España y Argentina, pero no con Uruguay). Durante el juicio, el CARF interpretó que la *holding* española no tenía sustrato económico, pues la mayoría de sus ganancias eran obtenidas de las inversiones en Argentina y Uruguay y, por eso, dichas ganancias deberían ser incluidas en la base imponible en Brasil. Hay que notar que no existe una norma anti-elusiva en el acuerdo Brasil - España, pero el CARF razonó que, en una situación de abuso es posible desconsiderar el planeamiento tributario.²¹

²¹ RISCADO JÚNIOR, Paulo Roberto e PEREIRA, Moisés de Souza Carvalho. Jurisprudência Comentada: o artigo 74 da Medida Provisória 2.158-35/2001 e o planejamento tributário

4.2. La tributación de las ganancias obtenidas en el exterior

Brasil ha introducido una legislación que tiene como objetivo reconocer, en la base imponible de la compañía brasileña las ganancias obtenidas en el exterior. A pesar de que algunos afirman que es una legislación “CFC”, en realidad es una norma recaudatoria, pero que acaba disminuyendo el espacio para acciones que vengan a ocasionar el BEPS.

La ley 12.973/2013, que substituyó la Medida Provisoria 2.158-35/2001, determina que las ganancias obtenidas por compañías brasileñas por medio de sus controladas en el exterior deberán ser reconocidas en la base imponible de la controladora brasileña el 31 de diciembre de cada año-calendario. Podrán optar por el pago del tributo en hasta ocho años a partir de la ocurrencia del hecho imponible (con creces de interés), las compañías que no sean beneficiarias de régimen de sub-capitalización, no estén ubicadas en paraísos fiscales o regímenes fiscales privilegiados, que no sean controladas por compañías que sean beneficiarias de dichos regímenes y que obtengan, por lo menos, 80% de sus rentas de naturaleza activa.

A su vez, la Ley 12.973/14, en su artículo 87, párrafo 10, ha garantizado un crédito del 9%, correspondiente a la contribución social sobre el lucro neto, de tal manera que sobre esas ganancias la carga tributaria será del 25% (veinticinco por ciento), pero el crédito no está disponible para todas las compañías.²² El concepto de compañía controlada requiere una participación en el capital de por lo menos 10% o que la compañía brasileña tenga influencia significativa en el comando de la compañía extranjera.

La función anti-abuso de la norma brasileña aparece con más claridad en caso de una compañía sin control, “coligada”, donde no hay influencia significativa, aunque dicha compañía obtenga por lo menos 20%, o más de rentas pasivas; en esa situación, la Ley brasileña atraerá la tributación de esas rentas a la base imponible en Brasil.

4.3. Las reglas brasileñas de sub-capitalización

Después de la tributación de las ganancias obtenidas en el exterior, no podemos

com base na utilização de acordos. O “Caso Eagle II” (ACÓRDÃO No 101-97.070). Revista da PGFN, Año I, N° 2. p. 277. Disponible en: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-ii-2011/001.pdf>>, acceso en 15/01/2016.

²² Inversiones en compañías en el exterior que realicen las actividades de fabricación de bebidas, de productos alimenticios y de construcción de edificios y de obras de infraestructura, e industrias en general.

dejar de hablar de las reglas de sub-capitalización. De hecho, dichas reglas son recientes: fueron introducidas por medio de la Medida Provisoria 449/10, convertida en la Ley 12.249/10. Los límites son bastante objetivos: i) para operaciones de préstamo con partes relacionadas, la proporción deuda para capital es de 2:1 (dos reales de deuda para cada real de capital);²³ y ii) para operaciones con cualquier entidad que esté ubicada en paraísos fiscales o régimen de tributación favorecido, la proporción deuda para capital cae para 0,3:1 (treinta céntimos de deuda para cada real de capital).²⁴

5. ACCIÓN 10: OTRAS TRANSACCIONES DE ALTO RIESGO

La posición de Brasil en lo que toca las transacciones de alto riesgo, aun que no integralmente alineadas con las posiciones y recomendaciones de la OCDE, podemos decir que están mucho más cerca que las posiciones, por ejemplo, del plan de acción 8.

5.1. Los servicios intragrupo y de bajo valor añadido

Cuando analizamos la posición de la OCDE y la comparamos con Brasil, un punto de partida se aclara: no hay dudas de que se trata de una prestación de servicios intragrupo. Sobre ello, el plan de acción BEPS 10 habla en añadir un margen de lucro baja, del 5%, para disminuir la posibilidad de planeación abusiva con tales operaciones. Mientras que en la OCDE no se requiere contrato, en Brasil esto sigue como una obligatoriedad. El plan de acción BEPS habla de servicios de bajo valor añadido - que presentan similitudes con el concepto brasileño de “actividad-medio”. No es posible hacer el reembolso de gastos o el rateo de gastos de operaciones que representen el objeto social, la principal actividad de la entidad.²⁵ A estos casos, siempre se dará el tratamiento de prestación de servicios y, si hablamos de operación transfronteriza, la aplicación de las reglas de precios de transferencia será automática. También se dará dicho tratamiento a una operación en que una compañía brasileña sea parte en un *Cost Contribution Agreement*, donde sea beneficiaria de servicios prestados en el exterior.

En lo que tocante a los servicios intragrupo, en Brasil siempre hubo una discusión acerca de su tratamiento fiscal - incluso entre compañías nacionales, sin el componente transfronterizo. La compañía centralizadora de los gastos consolidaba costos de funciones administrativas, como contabilidad, jurídico, financiera y

²³ Ley 12.249/2010, artículo 24.

²⁴ Ley 12.249/2010, artículo 25.

²⁵ BIFANO, Elidie Palma. Op. Cit. p. 45

otros, y hacía el cobro, sin margen de lucro. A eso se nombra “repartición de costos” o “reembolso de gastos”. La RFB comprendía que ello tenía que ser considerado como parte integrante de los ingresos y sujeto a todos los tributos, pero el entendimiento que se consolidó en el CARF fue por el tratamiento de un “reembolso de gastos”, pues no comprendía la actividad fin de la compañía centralizadora y visaba solamente la recomposición patrimonial de la entidad.²⁶ Hoy día la RFB acepta el reembolso o la repartición de esos gastos sin incrementos de margen de lucro.

El problema empieza cuando multinacionales extranjeras poseen centros de servicios compartidos y desean que sus subsidiarias fuera del país de origen utilicen estas ventajas mediante pago. La RFB no tiene medios para verificar si el monto cobrado corresponde efectivamente al costo incurrido. Hay tres problemas principales: i) La tributación de reembolsos de costos pagos a la casa matriz; ii) La deducibilidad de los costos en la empresa brasileña; y iii) La aplicación (o no) de las reglas de precios de transferencia a estos pagos.

Cuando hay la repartición de costos relacionados a actividades hechas por la casa matriz, normalmente de contabilidad, actividades financieras, jurídico e incluso actividades mercadológicas (“marketing”), que generan beneficios a varias entidades del grupo, la RFB, por medio de la Solución de Consulta N° 8/2012 de la COSIT (departamento de la RFB) indica que si: i) la entidad es capaz de demostrar que los costos corresponden a servicios o productos efectivamente entregados; ii) que son gastos normales y usuales a la actividad; iii) que el criterio de repartición es razonable y objetivo (normalmente con base en *time-sheet* o porcentaje de recetas), previamente incluso en un contrato; iv) que el costo compartido es compatible con la parte imponible a cada entidad; y v) además que a la compañía que centraliza los gastos solamente le toca su parte en ellos, la remesa hecha por la compañía brasileña a su parte relacionada debe ser completamente deducible.

Por el texto de la Solución de Consulta 8/2012, extraemos una interpretación lógica: el pago se haría sin retención del IRRF²⁷ y sin la tributación general sobre la importación de servicios (CIDE,²⁸ PIS/COFINS²⁹ y ISS³⁰), justo por no com-

²⁶ ROCHA, Sérgio André. Aspectos Fiscais do reembolso de despesas e do compartilhamento de custos. En: Revista Dialética de Direito Tributário N° 132, p. 97.

²⁷ Impuesto sobre la renta retenido en la fuente (IRRF): tiene como base imponible el precio del servicio, a una tasa del 15% (o 25% si el beneficiario se queda en un tax haven). Si hay algún acuerdo o cláusula contractual para determinar el *gross-up* del IRRF, el valor del impuesto se añade a la base imponible.

²⁸ CIDE (Contribución sobre la Intervención al Dominio Económico): esa contribución tiene su

prender renta de la compañía extranjera. Se refuerza esta interpretación en la Solución de Consulta 23/2013 (emitida dentro de un contexto nacional), que apunta que para los acuerdos de repartición de costos internos, los montos recibidos por la entidad centralizadora no son vistos como ingresos. Por fin, si se constatan las condiciones listadas arriba - los costos repartidos son compatibles con los beneficios esperados, los beneficios individuales de cada compañía del grupo son proporcionales al costo que se le compete y el regreso de los fondos compartidos (reembolso) ocurre sin margen de lucro (sin *mark-up*), los pagos no estarán sujetos a las reglas de precios de transferencia. Pero, hay que observar que si dichas características no son observadas, las reglas de precios de transferencia serán aplicables.³¹

Es importante observar que existe un requerimiento informativo muy importante: el SISCOSEV, que es el sistema para monitorear transacciones ocurridas con servicios e intangibles *cross-border*. La Solución de Consulta COSIT 21/2015 dispone que mismo cuando sean servicios prestados por la casa matriz internamente y no contratados a terceros (y posteriormente repartidos), hay la obligación de informar en el SISCOSEV, una vez que produce una variación en el patrimonio de la entidad brasileña.

Es muy importante, cuando clarificamos el entendimiento de la RFB, explicar que a la llamada “contratación deservicios indirectos” no será posible dar el tratamiento de repartición de costos. En dichas ocurrencias, cuando la casa matriz contrata servicios de una manera centralizada y les reparte a todas las compañías

alícuota firmada en 10% e incidirá sobre el precio del servicio (sin ningún tipo de *gross-up*). La CIDE es un costo del tomador del servicio y no puede ser compensado en el exterior.

²⁹ PIS/COFINS (sobre la importación de servicios): el legislador brasileño decidió introducir estas contribuciones desde 2004, para igualar a los extranjeros y a los prestadores de servicios locales que están sujetos a las mismas contribuciones. Inciden sobre el precio del servicio a ser remitido, en el momento de la remesa, y el valor de las contribuciones debe ser incluido en la base imponible también (como un *gross-up*). La tasa es del 9,25%, pero si el pago es encuadrado dentro de las condiciones de los créditos de PIS y COFINS disponibles para el pagador brasileño, ese pago podrá convertirse en un crédito al tomador brasileño. El contribuyente es el tomador del servicio en Brasil.

³⁰ ISS (Impuesto sobre Servicios): Es el impuesto de competencia municipal e incide sobre las importaciones de servicios a Brasil, cuando el resultado del servicio es verificado aquí. La alícuota varía del 2% al 5%. Es un Impuesto muy discutible, porque, en teoría, el contribuyente es el prestador de servicio, pero como la Ley municipal no posee competencia sobre los extranjeros, se les impone la obligación en la fuente pagadora. Muchos brasileños acaban haciendo esa retención sobre los pagos al exterior.

³¹ La Solución de Consulta es muy clara: serán aplicables los métodos PIC y CPL caso las características del rateo de gastos no sean observadas.

del grupo que sean beneficiarias, sigue presente el componente de “importación de servicios”, y a esto también será necesario aplicar las reglas de precios de transferencia, aunque creemos no será difícil cumplir los métodos si la margen de lucro añadida será de 5% (como dice la OCDE). Aquí, todo el tratamiento dispensado a una importación de servicios será aplicable, y también se hará necesario demostrar que el gasto es regularmente deducible.

Al final, la RFB ha emitido otra Solución de Consulta, la solución 43/15, comentando que sobre la repartición de costos, en cualquier caso (interno o externo), habrá la incidencia de la CIDE. Tal Solución de Consulta generó mucha inseguridad para los contribuyentes en Brasil, porque regresó al marco cero el tratamiento a los acuerdos de repartición de costos internacionales. Sobre ello, considerando que las soluciones de consulta no representan Ley, sino solamente el pensamiento de las autoridades fiscales, es posible que caso los valores sean representativos, los contribuyentes salgan vencedores en las cortes judiciales.

De una manera general, los contribuyentes encontrarán problemas para hacer dichas remesas, pues las instituciones financieras son co-responsables por la retención del impuesto de renta en la fuente y siempre solicitarán que se obtenga una decisión judicial para permitir que el pago sea hecho sin el impuesto (y aplicable el entendimiento de una repartición de costos).

5.2. Las transacciones con *commodities*

La OCDE ha publicado un borrador en febrero 2015, donde se analizaron las transacciones con *commodities* entre partes relacionadas, y se puede verificar que la tendencia es por una utilización, con pequeñas modificaciones, del método CUP (*comparable uncontrolled method*) que tiene base en los precios públicos de las *commodities*. Los beneficios, de acuerdo con el borrador, es generar más consistencia entre las administraciones tributarias, sobretodo de los países menos involucrados y que la exportación de materias primas representa una de las principales fuentes de recaudación.

Brasil ya viene adoptando técnicas muy semejantes a las del borrador de la OCDE. En 2012 fueron introducidos dos métodos, uno aplicable a las importaciones, el Método del Precio bajo Cotización en la Importación (“*Preço sob Cotação na Importação*” o “PCI”) y el Método del Precio bajo Cotización en la Exportación (“*Preço sob Cotação na Exportação*” o “PECEX”).

El PCI es definido por el artículo 18-A de la Ley 9.430/1996 (con la redacción dada por la Ley 12.715/2012), y comprende, para efectos de comparabilidad, los valores promedios diarios de la cotización de bienes o derechos sujetos a precios

públicos en bolsas de mercaderías y futuros internacionalmente reconocidas. Se permiten ajustes que afecten el precio de la transacción, el premio promedio de mercado, en la fecha de la transacción, también se permiten otros ajustes, pero siempre relacionados con el hecho económico de la operación y según listado en la reglamentación de la RFB (Instrucción Normativa 1.312/12).

El PECEX, a su vez, es muy parejo con el PCI. Tiene su definición introducida artículo 19-A de la Ley 9.430/1996 (también con su redacción dada por la Ley 12.715/2012) y es definido como los valores promedios diarios de la cotización de bienes o derechos sujetos a precios públicos en bolsas de mercaderías y futuros internacionalmente acreditadas. La utilización de los dos métodos es prescriptiva para operaciones envolviendo *commodities* con partes relacionadas, o con cualquier parte residente o domiciliada en paraísos fiscales o regímenes de tributación favorecida.

6. ACCIÓN 13: DOCUMENTACIÓN

El plan de acción 13 permite la mayor cantidad de cambios para acercar las obligaciones documentales impuestas a los contribuyentes brasileños a la práctica internacional. Las propuestas del plan de acción son las siguientes: i) el *Masterfile*, que representa el archivo maestro y consolida todas las políticas y prácticas utilizadas por la compañía a nivel global; ii) el *Local File*, o archivo local, que detalla todas las prácticas y operaciones hechas por la compañía en su jurisdicción; y iii) el *Country-by-Country report*, que representa el archivo comparativo de todas las compañías, sucursales, filiales o oficinas, mundialmente, y requiere informaciones específicas como ingresos, rentas, ganancias, número de empleados, cantidad de activos y otras informaciones relacionadas con la relación de ubicación de ganancias donde realmente se produce la renta.

En Brasil no existen los archivos del *Masterfile* o del *Local File*. La RFB ha dicho que intentará crear un informe *Country-by-Country report* (“CBC”), pero aun no lo ha hecho. Los métodos brasileños son métodos transaccionales y la RFB requiere que todas las transacciones sean testadas, documentadas y enviadas electrónicamente a las computadoras de la RFB. La periodicidad es anual y dicho procedimiento supone muchas horas de trabajo y una carga de *compliance* que, a veces, es mayor que la carga tributaria propiamente dicha.

Otro punto a observar es la aceptación, por parte de la RFB, de informaciones acerca de ingresos y costos en el exterior, de la parte relacionada. Es una práctica en los países miembros de la OCDE aceptar informes y declaraciones prestadas por la parte relacionada fuera del país de origen, pero la RFB nunca fue muy re-

ceptiva a dichos documentos e informaciones, pues requiere una carga excesiva de comprobaciones que, en la mayoría de las ocurrencias, hace con que el contribuyente no aplique dicho método. Un ejemplo es el método CPL (el Método del Costo de Producción más Lucro), que definido como el costo promedio ponderado de producción de bienes, servicios o derechos, idénticos o similares, incrementado de los impuestos y tasas cobrados en la exportación en el país donde han sido originariamente producidos, y de margen de ganancia del 20% (veinte por ciento), calculada sobre el costo evaluado. Hay decisiones más recientes del CARF que desconsideran los cálculos del CPL cuando hechos por compañía de auditoría independiente (Acordada 1102-001.238, de 25/11/2014) y cuando no se comprueba la adquisición de insumos por la parte extranjera (Acordada 1201-001.161, de 05/03/2015).

Las autoridades fiscales brasileñas han manifestado su voluntad de poner en práctica el requerimiento del CBC, como dicho, pero aún no han definido su forma. Hay que resaltar la mayor cantidad de críticas se refieren a la confidencialidad de los datos - no está claro si las informaciones transmitidas por medio del CBC serán utilizadas solamente para los fines tributarios contenidos en los respectivos Acuerdos para Cambio de Informaciones en el Campo Tributario). Otra recomendación de la OCDE está relacionada con la utilización de la información, y una jurisdicción jamás podrá emitir cobros con base solamente en el CBC - que debe funcionar como herramienta para direccionar los esfuerzos de fiscalización. Todo eso aún debe ser aclarado en Brasil caso pretenda seguir con la implementación del CBC.

7. CONCLUSIONES

Como ha sido visto, Brasil tiene posiciones de protección de su base imponible, incluso en momentos anteriores a la creación del grupo de la OCDE acerca del BEPS, que intentaban crear protecciones de sus ingresos. En realidad, las limitaciones a las remesas y deducibilidad en los pagos por regalías (Brasil no es un exportador de tecnología), las márgenes de utilidad fijas y la inexistencia de un *profit split*, sus reglas de tributación de rentas obtenidas en el exterior (reglas recaudatorias y no anti-elusión) y hasta sus reglas de sub-capitalización, indubitablemente sirven para proteger la base imponible brasileña.

Dichas reglas siempre generarán conflictos entre los contribuyentes brasileños y la RFB y, más adelante, con sus compañías que califican como partes relacionadas en el exterior. Ejemplos no faltan: las discusiones acerca de los pagos de regalías y servicios que llevaron al caso *Copesul*, hasta la imposibilidad práctica de precios extranjeros que tengan como fundamentación una política global sean aceptados

en Brasil si no cumplen con los métodos disponibles en el país.

Hay promesas del Fisco brasileño para que sean creadas medidas para alinear las reglas brasileñas a la práctica internacional: Brasil permitirá procedimientos amigables en línea con el plan de acción 14, serán creados informes en línea con el CBC y, lo más importante de todo, Brasil seguirá los principios que guían el BEPS. En numerosas ocasiones, las autoridades fiscales brasileñas han dicho que sus reglas están en línea con los principios *arm's length*, pero, en la práctica, no lo están.

Por todo ello los contribuyentes esperan este cambio de postura y verificación de los principios del BEPS para que Brasil deje de ser el “pez fuera del agua” y permita que sus compañías sean más competitivas en el escenario mundial.

Enero, 2016