

RESUMEN EJECUTIVO

El presente artículo pretende evaluar la influencia que ejercen las directrices revisadas de la OCDE en materia de precios de transferencia (PT), parte integrante del proyecto de lucha contra la erosión de la base imponible y transferencia de beneficios (Proyecto BEPS), en las reglas de PT de Uruguay. En la primera sección se incluye la introducción y el alcance del presente trabajo. En las secciones siguientes se describen y analizan los objetivos del Proyecto BEPS en materia de PT, en particular los contenidos en las acciones 8, 9, 10 y 13, y se examinan los posibles efectos de éstos en Uruguay. Por último, se incluye una sección con conclusiones y recomendaciones. El Proyecto BEPS supone un cambio en el paradigma fiscal internacional. En materia de PT en el mundo *pre*-BEPS, la propiedad legal de los intangibles y las asignaciones contractuales de riesgos eran factores considerados relevantes. En el mundo *post*-BEPS, la propiedad legal de intangibles o el mero financiamiento es insuficiente para obtener los derechos al retorno, cobrando importancia en tal sentido el control de riesgos, la capacidad financiera para asumirlos y el desarrollo de las funciones importantes, lo que deberá evaluarse a través de la conducta de las partes. Resulta difícil a la fecha predecir qué ocurrirá a nivel local en lo concerniente a lo dispuesto en el Proyecto BEPS. Sin embargo, insertos en un contexto internacional activo, con países dominantes propulsores de dicho proyecto, procurando la consistencia internacional, es de esperar, en pos de la atracción de inversión extranjera, que Uruguay se prepare para acompañar las nuevas tendencias, articulando posiciones comunes con Estados en similar situación.

¹ Contadora Pública (Universidad de la República Oriental del Uruguay); Gerente del departamento tributario y legal de PwC Uruguay; Miembro del Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios.

² Contadora Pública (Universidad de la República Oriental del Uruguay); Postgraduada en Derecho Tributario Internacional (Universidad de Montevideo); Master en Derecho y Técnica Tributaria (Universidad de Montevideo); Gerente del departamento tributario y legal de PwC Uruguay; Miembro del Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios.

INTRODUCCIÓN

El trabajo realizado en relación a las acciones 8, 9 y 10 del Proyecto BEPS se ha volcado en la revisión de las directrices sobre PT,³ con el objetivo de lograr que el principio de plena competencia (principio *arm's length* o ALP) pueda abordar los retos que plantean, por una parte, la estrategia de integración de las cadenas de valor de las entidades multinacionales (MNE), y por otra los casos en que la generación de valor no se encuentra apropiadamente reflejada en los acuerdos y operaciones entre las partes de la MNE. Por su parte, la acción 13 contiene una revisión de los estándares aplicables a la documentación sobre PT, para aumentar la transparencia hacia la Administración Tributaria (AT).

En el ámbito local, la reforma tributaria⁴ estableció, en el ámbito del Impuesto a la Renta de las Actividades Empresariales (IRAE), normas específicas de PT, las cuales recogen el ALP. La normativa uruguaya si bien, en términos generales, sigue las directrices de la OCDE, no se remite a éstas expresamente. No obstante, la recurrencia a éstas se ha verificado en la práctica,⁵ pues dichas directrices resultan de utilidad para interpretar aspectos sobre los cuales la normativa uruguaya no tiene posición asumida, siempre que no exista contradicción entre las normas impositivas uruguayas y dichas directrices, dado el prestigio alcanzado por las elaboraciones surgidas en el seno de la OCDE en materia de PT.

El presente relato analiza las acciones del Proyecto BEPS en materia de PT a fin de examinar los posibles efectos de las mismas en Uruguay.

PROPIEDAD INTANGIBLE

El trabajo resultante de la acción 8 del Proyecto BEPS analiza los aspectos de PT relativos a las operaciones de intangibles y tiene como objetivo asegurar que los beneficios asociados a la transferencia y uso de intangibles sean atribuidos correctamente de acuerdo con la creación de valor.

A efectos de PT se considera intangible aquello que, sin ser un activo físico o fi-

³ Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias de julio de 2010.

⁴ Ley 18.083 de fecha 27/12/2006, de aplicación a partir del 1/07/2007. En lo que refiere a los PT, dicha ley fue reglamentada a través de los decretos 56/009 de fecha 26/01/2009 y 392/009 de 24/08/2009 y sendas Resoluciones administrativas.

⁵ En la sentencia N° 19/005, de fecha 2/2/2005, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA) confirma a las directrices de PT como lineamientos válidos en materia de cuantificación de transacciones entre partes vinculadas.

nanciero, es susceptible de ser propiedad de alguien o de ser controlado para su uso en actividades comerciales, y cuyo uso o transferencia sería compensado de haberse realizado en transacciones entre partes independientes en situaciones comparables. Dicho concepto no está limitado a la noción contable de intangible, no requiere protección de ninguna clase, ni que sea posible su transferencia por separado y debe distinguirse de las sinergias corporativas o las características específicas del mercado.

Con el propósito de facilitar la identificación de intangibles, la OCDE establece una lista no exhaustiva de activos normalmente considerados en los análisis de PT relativos a intangibles, en la que se identifican (i) las patentes, el *know-how*, los secretos comerciales, las marcas comerciales, los nombres comerciales, la marca, las licencias gubernamentales o concesiones, derechos establecidos en los contratos o los derechos limitados sobre intangibles; y (ii) otros activos, el valor llave o *goodwill*, respecto de los que no se precisa si se trata de intangibles o no pero se indica la necesidad de tenerlos en cuenta para determinar el precio de plena competencia de una transacción.

En cuanto a la atribución de los retornos derivados de la explotación de los intangibles, establece que la propiedad legal del intangible por sí sola no amerita el derecho a la totalidad de la renta que surge de su explotación. Y agrega, que las entidades deben ser compensadas por las funciones realizadas, activos utilizados y riesgos asumidos en el desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación del intangible.

Para el análisis de los PT de las operaciones relacionadas con intangibles, la OCDE establece que resultan generalmente útiles el método de precios comparables entre partes independientes (MCUP) y el método de partición de utilidades (MPU). Asimismo, apunta a las técnicas de valuación como herramientas útiles en ausencia de transacciones comparables no controladas, pero sin intención de establecer un resumen de las técnicas de valuación utilizadas por profesionales valuadores. A modo de ejemplo, se mencionan las técnicas de valuación que estiman el valor descontado de flujos futuros de fondos derivados de la explotación o transferencia del intangible.

Se incluyen consideraciones específicas para intangibles difíciles de valorar, en los casos que no se disponen de comparables confiables y que al momento de la transacción el flujo de fondos futuros derivado de la transferencia del intangible es altamente incierto. Para lidiar con los activos difíciles de valorar, la OCDE autoriza a la AT a considerar los resultados ex-post como evidencia de la naturaleza *arm's length* de los acuerdos de precios establecidos ex-ante pero sujeto a ciertas limitaciones.

En lo que refiere a la legislación uruguaya en materia de PT, no existe una definición clara y precisa de lo que son intangibles. Sin perjuicio, el artículo 6 del decreto 56/009 de fecha 26/01/2009 establece que a efectos de la comparabilidad, en el supuesto de la explotación o transferencia de intangibles, deberán ser considerados elementos tales como la forma asignada a la transacción (venta, cesión del uso o derecho a uso), su exclusividad, sus restricciones o limitaciones espaciales, singularidad del bien (patentes, fórmulas, procesos, diseños, modelos, derechos de autor, marcas o activos similares, métodos, programas, procedimientos, sistemas, estudios u otros tipos de transferencia de tecnología), duración del contrato o acuerdo, grado de protección y capacidad potencial de generar ganancias (valor de las ganancias futuras). Al respecto, entendemos que el legislador no pretendió dar una definición taxativa de activo intangible sino proporcionar ejemplos con el ánimo de clarificar que se entiende cuando se refiere a singularidad del bien.

En ausencia de una definición en el ámbito de PT, apuntaremos al concepto de activo intangible que desarrolla PEREZ PEREZ,⁶ a partir del examen de las normas que regulan los tributos a la renta y al valor agregado vigentes en nuestro país, que arrojan menciones a activos calificados por éstas como intangibles, siguiendo el criterio interpretativo que surge del inc. 1 del artículo 6 del Código Tributario.⁷

En el IRAE, el literal E) del artículo 21 del T4 del Texto Legal Ordenado de 1996 (T.O. de 1996) alude a la “*amortización de bienes intangibles tales como marcas, patentes, privilegios y gastos de organización*”. Por su parte, el artículo 94 del decreto reglamentario 150/007 de fecha 26/04/2007 se refiere bajo el título de “Activos intangibles” al valor llave, al derecho de concesión de obra pública y a los gastos de organización.

En el IRPF,⁸ el artículo 16 del T7 del T.O. de 1996, menciona como “bienes incorporales” a “*llaves, marcas, patentes, modelos industriales, derechos de autor, derechos federativos de deportistas, regalías y similares*”.

⁶ PEREZ PEREZ, Juan Antonio, El Tratamiento Tributario de los Intangibles, Revista Tributaria (RT) N° 232, enero-febrero 2013, pp. 67-136.

⁷ Dice PEREZ PEREZ en RT N° 232, enero-febrero 2013, pp. 67-136: “*En nuestra opinión, cuando las normas que regulan aquellos tributos hacen referencia a los bienes intangibles, lo hacen sin remitirse a ninguna norma jurídica; en consecuencia, debe el intérprete dar a esos términos una significación acorde con la naturaleza de los respectivos hechos generadores, sobre cuya sustancia económica -y no jurídica- no cabe duda alguna. Ese razonamiento nos lleva a la conclusión que el concepto de intangibles debe responder a una acepción económica y no jurídica*”.

⁸ Impuesto a la Renta de las Personas Físicas.

En el IVA,⁹ el literal B) del artículo 3 del T10 del T.O. de 1996 identifica como “bienes inmateriales” a las marcas y patentes.

Finalmente, el literal D) del artículo 7 de la ley 16.906 de fecha 07/01/1998 considera que son bienes inmateriales “las concesiones otorgadas para la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales”.

A partir de lo anterior PEREZ PEREZ construye el siguiente concepto:¹⁰ “*en tren de abstraer un concepto que pudiese representar a aquella nómima podríamos hacer referencia a una capacidad económica especial asociada directamente a la obtención de beneficios económicos y originada en una acumulación de conocimientos, en el desarrollo de una actividad durante un periodo pasado o de un crédito no monetario resultante de una obligación asumida por un tercero*”. Asimismo, agrega que “*en algunos casos las normas jurídicas se hacen cargo de la importancia de proteger la explotación comercial de ese activo por la entidad poseedora (...)*”, “*en cambio, en otros casos, la existencia de aquel estatuto (de protección), si bien necesaria, no resulta imprescindible para permitir la explotación comercial por su titular dado que éste puede ejercitar medios legales y/o prácticos a fin de mantener el activo bajo su control*”. Finalmente, establece que este concepto de activo intangible “*reconoce una vinculación innegable con el que definen las normas contables, en particular, la NIC 38,¹¹ aunque no necesariamente coincida plenamente con éste*”, terminando de complementar con dicha normativa el concepto de activo intangible.

Para la NIC 38 un activo intangible es un activo identificable, de carácter no monetario y sin apariencia física. Son notas necesarias para la existencia de éste la identificación, el control sobre el recurso en cuestión y la existencia de beneficios económicos futuros.

Por lo expuesto, el concepto de activo intangible que construye PEREZ PEREZ a partir del examen de la normativa tributaria vigente en combinación con la normativa contable uruguaya, es en líneas generales, consistente con la definición de la OCDE. Sin perjuicio, la OCDE no se afilia a los criterios de prudencia y simplificación al que se afilian las normas contables a la hora de definir un intangible

⁹ Impuesto al Valor Agregado.

¹⁰ Ver *supra* nota al pie 6.

¹¹ En la actualidad son obligatorias en Uruguay la Norma Internacional de Contabilidad N° 38 (NIC 38) v. 2015 y el módulo 18 de la NIIF para las PYMES v. 2009, aplicables según el caso, tal como se desprende del decreto 291/2014 de fecha 20/10/2014. Una de las principales diferencias entre la NIC 38 y el Módulo 18 de la NIIF para las PYMES es que la primera requiere que todos los costos de investigación sean considerados como gasto cuando se producen, pero los costos de desarrollo incurridos después de que el proyecto ha sido considerado comercialmente viable, deben ser capitalizados. Mientras que la NIIF para las PYMES requiere que todos los costos de investigación y desarrollo se reconozcan como gastos.

para PT.

El tratamiento fiscal de las operaciones en Uruguay dependerá de si se trata de una transferencia del activo intangible o de un servicio que lo tiene por objeto. En este sentido, PEREZ PEREZ¹² señala que *“su origen en una circulación de bienes o en un servicio afecta la consideración del momento de reconocimiento dado que mientras las primeras se reconocen en el momento de la circulación, las otras se difieren a lo largo del período de prestación”*. Por su parte, la consideración de la fuente territorial define la gravabilidad en Uruguay. Al respecto dice PEREZ PEREZ¹³ *“(…) las rentas provenientes de la circulación de bienes se atribuyen territorialmente al lugar donde se ubica el bien y, por tanto, en principio, donde se desarrolló, mientras que las provenientes de servicios basados en activos se imputan al territorio en el cual éste es utilizado”*.¹⁴

En relación al análisis de los PT, la legislación uruguaya sigue las directrices de la OCDE, debiendo utilizarse el método que se considere más apropiado. La práctica fiscal en materia de operaciones de intangibles indica que el método CUP es el método más utilizado en el análisis de licencias por el uso de marcas, patentes, *know how*, etc. Por su parte, las técnicas de valuación realizadas por expertos que estiman el valor descontado de flujos futuros de fondos u otras técnicas similares, son herramientas en el análisis o evaluación del valor llave o plusvalía en la transferencia parcial o total de establecimiento comercial que suelen utilizarse en la práctica.

Por último, a diferencia de las directrices de la OCDE,¹⁵ en Uruguay no se cuenta

¹² Ver *supra* nota al pie 6.

¹³ Ver *supra* nota al pie 6.

¹⁴ En los casos en donde un activo intangible de explotación generado por el contribuyente es aplicado comercialmente en el exterior a través de la prestación de un servicio que lo tiene por objeto PEREZ PEREZ, en RT N° 232, enero-febrero 2013, pp. 67-136, entiende que debe aplicar el artículo 17 del T4, T.O. 1996 el cual obliga a establecer un valor de mercado para el activo intangible que serviría como base para el cómputo de la renta de fuente uruguaya surgida al generarlo localmente y luego, la renta obtenida por el servicio resultaría de fuente extranjera en tanto surge de un activo ubicado en el exterior. Dicho autor agrega *“no escapa a nuestra comprensión lo dificultosa que puede resultar la tarea de adjudicar un valor de mercado a un activo intangible que, por su propia índole, es corrientemente único, por lo que no descartamos adoptar como criterio práctico, en aras de la objetividad, una verdadera extensión de la fuente pasando a gravar en este caso las rentas producidas por aquel servicio”*.

¹⁵ Las directrices de la OCDE prevén la identificación y el análisis en materia de PT de aquellas situaciones donde los intangibles o derechos de éstos sobre los mismos son transferidos en combinación con activos tangibles o servicios. En este sentido, disponen que, siempre que sea posible, para llegar a la aproximación más precisa de las condiciones de mercado, el ALP debe aplicarse operación por operación, esto es, debe identificarse, individualizarse y analizarse por separado cada uno de los factores integrantes de la operación. No obstante, a menudo se dan

con una norma expresa sobre el análisis de PT que se deberá realizar en aquellas situaciones donde se transmiten intangibles o derechos sobre los mismos en combinación con servicios o junto con activos materiales, sin perjuicio de que en cualquier caso los activos y/o las funciones llevadas a cabo en relación a éstos, de acuerdo a nuestra legislación, deben ser tomados en cuenta en el análisis.

RIESGOS Y CAPITAL

El Proyecto BEPS incorpora un nuevo elemento a considerarse previo a la aplicación del ALP; la definición precisa de las operaciones efectivamente realizadas entre entidades vinculadas a través del análisis de relaciones contractuales establecidas entre las partes así como de pruebas de la efectiva conducta de las partes.

La acción 9 en materia de riesgo y capital establece que el riesgo es inherente a la actividad empresarial, y expresa que ninguna empresa con ánimo de lucro asume riesgos asociados a oportunidades comerciales sin esperar a cambio rendimientos positivos. Esta noción económica, en virtud de la cual cuanto mayor el riesgo de una inversión, mayor tendrá que ser su retorno potencial para que sea atractiva a los inversores, ha llevado a las MNE a adoptar estrategias de planificación fiscal en la reasignación contractual de riesgos, basados en las figuras comúnmente conocidas como “principal” y “proveedor de servicios”.¹⁶ Sin embargo, la OCDE señala que en ocasiones, esta reasignación de riesgos a nivel contractual ha estado disociada de las funciones y la capacidad financiera requerida para llevar a cabo tal reasignación. En esencia, cuestiona la veracidad de los términos del contrato entre entidades vinculadas como base independiente para la asignación de riesgos e identifica la conducta de las partes como el factor último de decisión para delinear cuidadosamente la transacción real y alinear los resultados de PT.

Para identificar los riesgos en una transacción controlada a fin de delinear la transacción real en relación al riesgo en cuestión, el Proyecto BEPS establece un marco analítico: (i) Identificar los riesgos económicamente significativos con especificidad; (ii) Determinar cómo se asignaron contractualmente los riesgos; (iii) Identificar las funciones asociadas a los mismos por las entidades; (iv) Interpretar la información y determinar si la asignación contractual de riesgos es consistente

situaciones en las que operaciones separadas se encuentran tan estrechamente ligadas entre sí que no pueden valorarse adecuadamente por separado. En todos los casos, las circunstancias particulares de cada situación, los resultados del análisis funcional (incluidos los contratos y la conducta de las partes), y la fiabilidad de los comparables, serán factores importantes en la consideración de si las transacciones deben ser analizadas en forma agregada o por separado.

¹⁶ El término “proveedor de servicios”, incluye distribuidores de riesgo limitado, fabricantes bajo pedido, y proveedores de servicios de riesgo limitado.

con la conducta de las partes; (v) Recalificar la transacción cuando la parte que asume el riesgo no lo controla o no posee la capacidad financiera para asumirlo; y (vi) Definir el precio de la transacción real cuidadosamente delineada.

Los dos conceptos claves relacionados con la asignación de riesgos en los que pone énfasis la OCDE se relacionan con el “control del riesgo” y la “capacidad financiera” para asumir dicho riesgo. A tales efectos, se entenderá por “control del riesgo” a la capacidad de tomar decisiones acerca de asumir, descartar o posponer una oportunidad que implica riesgos, junto con el desempeño efectivo de esa actividad de toma de decisión y la capacidad de decidir si asumir el riesgo, y como responder a los riesgos de la oportunidad, junto a la realización efectiva de tal función.¹⁷ El hecho de facultar a otra persona a desarrollar actividades de administración/mitigación de riesgos no necesariamente implica la transferencia del control de riesgo a aquellas personas que toman las decisiones en el día a día.

Por su parte, “capacidad financiera” es definido por la OCDE como el poder acceder a fondos para el gerenciamiento del riesgo, así como para absorber las consecuencias desfavorables del mismo. En este sentido, la OCDE establece que una entidad de una MNE con abundante dotación de capital (*capital rich entity*) pero con ninguna actividad económica relevante (*cash box*), que financia pero no controla riesgos financieros en relación con dicha financiación, no obtendrá más que la remuneración asociada a la tasa libre de riesgo.

En virtud de lo anterior, entendemos que la acción 9 del Proyecto BEPS proporciona al intérprete de un mayor desarrollo en relación a los conceptos sustanciales para la delineación adecuada de la transacción real, poniendo énfasis en el riesgo, sus funciones intrínsecas y en el capital como elementos esenciales para verificar la existencia de creación de valor, además de incluir ejemplos ilustrativos para una mayor claridad.

La OCDE establece que una transacción puede ser desconsiderada, y en su caso sustituida por otra o re-caracterizada, cuando la transacción considerada en su conjunto carece de la racionalidad comercial que habría sido adoptada por empresas independientes, en circunstancias comparables, precisando que dicha re-caracterización, no obstante, debería ser la excepción y no la regla.

En el ámbito interno, la legislación recoge la recalificación económica de hechos

¹⁷ La OCDE menciona que ni la mera formalización de los resultados de la toma de decisiones a través de, por ejemplo, reuniones organizadas para la aprobación formal de las decisiones que fueron realizadas en otros lugares, actas de directorio y firma de los documentos relacionados con la toma de decisión, ni la fijación del entorno de políticas relevantes de riesgo, es suficiente para calificar dentro de la función efectiva de toma de decisiones inherente al control de riesgos.

imponibles:¹⁸ *“las formas jurídicas adoptadas por los particulares no obligan al intérprete; éste deberá atribuir a las situaciones y actos ocurridos una significación acorde con los hechos, siempre que del análisis de la norma surja que el hecho generador fue definido atendiendo a la realidad y no a la forma jurídica”*.¹⁹

El principio de calificación, también llamado de la realidad, consagrado en nuestro orden jurídico, obliga al intérprete a priorizar la realidad por sobre las formas jurídicas que las partes hayan adoptado en sus negocios, si es que el hecho generador fue definido atendiendo a la realidad y no a la forma jurídica, como es el caso del IRAE.

A continuación resaltamos algunos aspectos relevantes que reviste el principio de realidad en nuestro ordenamiento, desarrollados por reconocida doctrina, y que proveen un marco para la aplicación del principio en los casos del análisis de transacciones para efectos de PT:

1. *Ámbito en el cual puede prescindirse de la forma jurídica.*- FAGET señala que la calificación tributaria mediante la prescindencia de la forma jurídica constituye un procedimiento hábil y eficaz para desentrañar la realidad subyacente en todos los casos en que, por efecto de una forma jurídica inapropiada, los particulares evadan el cumplimiento de sus obligaciones con la AT.²⁰

¹⁸ Inciso 2 del artículo 6 del Código Tributario.

¹⁹ FAGET señala *“Salvo en el caso de los tributos de tipo documental -cuyo hecho generador consiste en la simple formalización documental de un contrato determinado- al Derecho Tributario le interesa la intención facti o intención empírica, pues es de ese componente de la voluntad del cual deriva el cambio o alteración de una situación económica determinada”*. (FAGET, Alberto, La Forma Jurídica Inadecuada y el Fraude a la Ley Fiscal, RT N° 42, mayo-junio 1981, pp. 181-237). Por su parte JARACH señala *“Para el derecho tributario el problema de la importancia que corresponde a la intención juris o solamente a la intención facti, se puede resolver únicamente después de analizar el hecho imponible bajo el punto de vista de su característica sustancial, que es la que indujo al legislador a elegirlo precisamente como hecho imponible”*. (JARACH, Dino, El Hecho Imponible, Abeledo Perrot, Segunda edición, p. 81).

²⁰ FAGET, Alberto, La Forma Jurídica Inadecuada y el Fraude a la Ley Fiscal, Rev. Tributaria N° 42, mayo-junio 1981, pp. 181-237. FAGET agrega que la prescindencia de la forma jurídica no sólo constituye procedimiento válido para determinar si el hecho generador se ha configurado en el terreno fáctico, sino que constituye un instrumento de eficacia mucho más complejo, mencionando que si bien lo más corriente es disimular la configuración del hecho gravado ocultando el nacimiento de la obligación, también puede ser objetivo de la adopción de una forma jurídica inapropiada el quedar amparado en una exoneración, disminuir la cuantía del tributo, lo cual admite diversas modalidades tales como la simulación de ingresos, gastos, pérdidas y la ubicación forzada bajo la hipótesis gravada a menor tasa. En este sentido, la sentencia del TCA N° 256, de fecha 2/5/2013, estableció que la AT se encontraba legitimada para reconstruir la realidad económica de las operaciones entre las partes vinculadas por cuanto las prestaciones se distorsionaban totalmente en relación a las normas de mercado,

2. *La aplicación del principio de la realidad no es opcional.*- El intérprete deberá prescindir de las formas jurídicas inadecuadas y desentrañar la realidad que se esconde detrás de las mismas.²¹
3. *El principio de la realidad no constituye una cláusula general anti-elusiva.*²²
4. *La aplicación del principio de la realidad es procedente en todos los casos en que la forma no se ajuste a la realidad considerada en la ley, haya fraude o no.*²³
5. *La aplicación del principio de calificación no requiere de una sentencia judicial.*²⁴
6. *El contribuyente tiene derecho a que prevalezca la calificación correcta.*²⁵
7. *El contrato como punto de partida.*- FAGET señala: “El intérprete debe partir de la forma jurídica, otorgando la imagen o apariencia del negocio, la confianza relativa

para permitir de éste modo desviar utilidades gravadas a entidades cuyas rentas están exentas. En dicha sentencia el juez concluyó que “esta situación fue prevista expresamente en la reforma tributaria por medio de la ley 18.083 con la regulación del régimen de PT. No obstante, el efecto que hoy se persigue mediante el funcionamiento del régimen de PT era posible de obtener antes de la ley 18.083 mediante la aplicación de la regla prevista en el artículo 6 inciso segundo del Código Tributario. Esto fue lo que hizo la DGI, porque a ello estaba facultada”.

- ²¹ FAGET señala que “el intérprete puede -y debe- prescindir de la forma jurídica inadecuada y calificar la situación en base a la realidad económica subyacente”. (FAGET, Alberto, El disregard of legal entity en Derecho Tributario, RT N° 116, setiembre-octubre 1993, pp. 369-394). En el mismo sentido VALDES COSTA sostiene que “la realidad debe prevalecer sobre las formas, debe aplicarse a todos los casos, cualquiera sea el beneficiario o el perjudicado”. (VALDES COSTA, Ramón, Curso de Derecho Tributario, Ed. Depalma, Temis, Marcial Pons, Segunda edición, 1996, pp. 280 y ss.).
- ²² FAGET señala que “no es una norma genérica antielusiva y resulta estricta y exclusivamente aplicable a la existencia de la inadecuación de la forma jurídica adoptada por los particulares”. (FAGET, Alberto, Interpretación y calificación en materia tributaria. Las formas jurídicas inadecuadas y el fraude a la ley fiscal, RT N° 181, julio-agosto 2004, pp. 431-440). BORDOLLI señala se trata de un “camino de doble vía”, alcanzando los resultados de su aplicación a ambas partes de la relación jurídica por igual. (BORDOLLI, José Carlos, El principio de la realidad y jurisprudencia del TCA, RT N° 118, enero-febrero 1994, pp. 15-37.)
- ²³ VALDES COSTA, Ramón, Curso de Derecho Tributario, Ed. Temis, Segunda edición, p. 296
- ²⁴ Señala FAGET, la inoponibilidad de las formas puede ser invocada y aplicada en Derecho Tributario sin necesidad de un fallo judicial (FAGET, Alberto, El disregard of legal entity en Derecho Tributario, RT N° 116, setiembre-octubre 1993, pp. 369-394).
- ²⁵ SEIJAS Y WHITELAW expresan que la calificación que realice la AT no necesariamente debe ser aceptada por parte del contribuyente, la que podrá ser resistida por éste mediante la interposición de los recursos administrativos correspondientes y la ulterior acción de nulidad ante el TCA. (SEIJAS, Alicia y WHITELAW, James, Forma y sustancia en la ley tributaria, RT N° 169, julio-agosto 2002, pp. 459-484).

*que la misma merece (...) el intérprete se inmiscuirá en la realidad económica, cotejando la misma con la forma, a fin de verificar las relaciones que guardan entre sí el producto de la intentio juris y el producto de la intentio facti”.*²⁶

8. *Simulación relativa o absoluta e interposición ficticia.* - FAGET señala que si la realidad evidencia que el negocio jurídico no ha cumplido ninguna función económica -típica o atípica-, estaremos frente a una mera simulación o simulación absoluta, debiendo calificarse la situación tal como existía antes del “negocio”, en tanto la misma permanece incambiada. Asimismo, agrega, si la realidad evidencia que el negocio no cumple la función típica de su forma, cumple otra función en los hechos y esa función económica es la típica de otro negocio, estaremos frente a una simulación relativa, debiendo calificarse el negocio según la función económica realmente satisfecha. Por su parte, si la realidad evidencia que el negocio ha cumplido la función económica típica de la forma adoptada, pero se ha cumplido para un sujeto diverso de aquel que figura como participando del mismo, estaremos frente a una interposición ficticia, debiendo calificarse el negocio como realizado por aquel para quien se cumple la función económica típica.²⁷
9. *Prueba de la simulación.* - Según indican FERRARI y GUTIERREZ constituye un principio indiscutible que la carga de la prueba reside en quien invoca el desapego a determinadas formas de la realidad y no al contrario.²⁸ En esta línea, la legislación interna de PT establece que es la AT, salvo ciertas excepciones, quien debe soportar la carga de la prueba cuando los precios fijados no se ajustan a los de mercado.²⁹ En relación a la carga de la prueba la OCDE no se manifiesta en cuál de las partes debe recaer la misma, aunque recomienda que debido a las dificultades de los análisis en materia de PT, sería conveniente que, tanto los contribuyentes como las AT, apliquen con particular prudencia y moderación las reglas relativas a la carga de la prueba en el curso de una inspección de PT, actuando de buena fe y demostrando que los precios han sido determinados de acuerdo al ALP.

La recalificación se plantea también en los convenios para evitar la doble imposición (CDIs) firmados por Uruguay, cuando se regulan las rentas derivadas de in-

²⁶ FAGET, Alberto, La Forma Jurídica Inadecuada y el Fraude a la Ley Fiscal, RT N° 42, mayo-junio 1981, pp. 181-237.

²⁷ Ver *supra* nota al pie 26.

²⁸ FERRARI REY, Mario y GUTIERREZ PRIETO Gianni, Conjuntos Económicos, Enfoque Tributario.

²⁹ Artículo 38 del T4 del T.O. de 1996.

tereses y regalías, en donde el pago en exceso de los cánones es una renta diferente que debiera recalificarse a la luz de las demás disposiciones del convenio.³⁰

En relación a los riesgos y capital en el marco de PT, el inciso B) del artículo 6 del decreto 56/009 de fecha 26/01/2009 establece que a los fines de la comparabilidad se deberán tener en cuenta las funciones o actividades, incluyendo los activos utilizados y los riesgos asumidos en las transacciones, de cada una de las partes involucradas en la operación. En consecuencia, nuestra normativa recoge las variables económicas de funciones, riesgos y activos en la evaluación de una transacción vinculada para la configuración o no de la renta y en la determinación de su cuantía. No obstante, ni la legislación, ni la reglamentación, ni la jurisprudencia han otorgado mayor peso de uno de los conceptos sobre el otro en la evaluación de una transacción vinculada para efectos de PT. Sin perjuicio, vale mencionar que a la hora de determinar la porción de renta de fuente uruguaya de un activo utilizado económicamente en el exterior, en aplicación del principio de la territorialidad, el factor capital ha sido considerado más relevante que las actividades desarrolladas localmente³¹ tal como lo han sostenido la AT y la doctrina, a diferencia de lo que plantea la OCDE en el Proyecto BEPS (acción 9) en donde el péndulo, para el análisis de PT parece estar más del lado de los riesgos y sus funciones intrínsecas que del capital tal como lo hemos visto más arriba. El mayor peso que pone la OCDE en la asunción de riesgos y el desempeño de sus funciones intrínsecas por sobre el capital comprometido para la determinación de la renta y su cuantía, impone desafíos para quienes somos países en vías de desarrollo, exportadores netos de recursos naturales e importadores de bienes manufacturados de países industrializados. La diferencia de criterios puede derivar en situaciones de doble tributación o doble no imposición, las cuales se buscan evitar por parte de la OCDE.

³⁰ Numeral 6 del artículo 12 del Convenio entre España y Uruguay para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y patrimonio, ley 18.730 de fecha 07/11/2011.

³¹ Tal como señala EIBE en la “Mesa redonda sobre la tributación de las rentas obtenidas parcialmente en el país y parcialmente en el exterior”, en la RT N° 142, enero-febrero 1998, pp. 85-105, *“En líneas generales la AT ha considerado que cuando se da esa circunstancia, cuando hay una actividad desarrollada localmente, vinculada dentro de la actividad empresarial a un bien que está situado o a un derecho que está utilizado en el exterior, la renta debe atribuirse íntegramente al bien situado en el exterior o al derecho utilizado económicamente en el exterior. Quizás el ejemplo más paradigmático de esta situación sea el de los depósitos que una institución financiera local tiene colocados en el exterior. Se ha aceptado pacíficamente tanto por la AT como por la doctrina que esos depósitos generan íntegramente rentas de fuente extranjera, aún cuando es evidente que en esa renta empresarial también participan factores locales. Dichos factores son sólo tenidos en cuenta a los efectos de la proporción de los gastos atribuibles a la renta local”*.

PARTICIÓN DE UTILIDADES

El grupo de trabajo VI del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE continúa trabajando en la nueva redacción del Capítulo II de las directrices de PT en relación al desarrollo de una nueva guía del MPU. El informe de las acciones 8 a 10 precisa el alcance del trabajo en relación al MPU y requiere la emisión del informe final en este sentido para el primer semestre de 2017.

El MPU tiene como objeto la determinación del beneficio conjunto (global) que ha de distribuirse entre las empresas asociadas por las operaciones vinculadas en las que participan y su posterior distribución entre éstas en base a criterios económicamente válidos (factores), de forma que se aproximen a la distribución de beneficios que se hubieran previsto y reflejado en un acuerdo pactado en condiciones de plena competencia. Para su aplicación se requiere del análisis simultáneo de las partes involucradas en la misma, pudiendo ser aplicada en situaciones en las que no existen transacciones equiparables realizadas entre entidades independientes y en operaciones estrechamente relacionadas o donde las partes aportan activos únicos y valiosos.

A nivel local, en línea con las directrices de PT, el ordenamiento jurídico recoge en el artículo 41 del T4 del T.O de 1996 (métodos de ajuste) la regla del método más apropiado, siendo de aplicación los MCUP, método de precios de reventa fijados entre partes independientes, de costo más beneficios (MCP), MPU y de margen neto de la transacción, en la forma que determine la reglamentación, la cual podrá establecer otros métodos con idénticos fines.

En lo que refiere al MPU en particular, la reglamentación dispone que la asignación de las ganancias globales obtenidas entre partes vinculadas, será la que resulte de la proporción en que hubieran sido asignadas entre partes independientes. Dispone para ello, en primer lugar, la determinación de una ganancia global mediante la suma de las ganancias asignadas a cada parte vinculada involucrada en la o las transacciones, y, en segundo lugar, la asignación de la ganancia global a cada una de las partes vinculadas en la proporción que resulte de considerar elementos tales como activos, costos y gastos de cada una de ellas, con relación a las transacciones que hubieran realizado entre las mismas.³²

De lo anterior se observa que, en términos generales, la normativa uruguaya se alinea con las directrices de PT, por cuanto prevé la regla del método más apropiado, y establece un concepto similar acerca de la metodología en sí misma. Por su parte, en lo que refiere a su aplicación, tal como sucede en el ámbito interna-

³² Artículo 4, decreto 56/009 de fecha 26/01/2009.

cional, se recomienda el desarrollo de mayores lineamientos en este sentido (por ejemplo, conceptualización de activos valiosos y operaciones íntegramente relacionadas, definición de resultados a considerar, esto es, contable vs fiscal, bruto vs neto, real vs proyectado, y lineamientos para la selección de factores de distribución de las aportaciones). En lo que refiere a la aplicación de la metodología en Uruguay, suele ser escasa principalmente por las dificultades prácticas que enfrentan las empresas.³³

COMMODITIES

El objetivo de la OCDE es definir un marco de trabajo para el análisis de las transacciones de commodities desde una perspectiva de PT, que permita la determinación de un precio de mercado que refleje la creación de valor, tratando de lograr resultados consistentes entre las ATs y los contribuyentes. Las características claves del informe son: (i) Prever la aplicación del MCUP a transacciones sobre commodities siempre que resulte apropiado, así como el uso de precios públicos cotizados a la hora de aplicar dicho método; (ii) Determinar los parámetros de documentación y determinación con relación a la adopción de la fecha considerada para la fijación del precio para operaciones vinculadas, en ausencia de pruebas de una fecha efectiva acordada por las partes.³⁴

En el plano local, Uruguay ha adoptado un enfoque de aplicación preceptiva para las operaciones de importación y exportación con entidades vinculadas, realizadas en forma directa o a través de intermediarios³⁵ que tengan por objeto bienes respecto de los cuales pueda establecerse el precio internacional de público y notorio conocimiento a través de mercados transparentes. A diferencia de las directrices de PT, que disponen que en general el MCUP puede resultar apropiado para operaciones de commodities, la normativa local prevé la aplicación de un enfoque

³³ CAPOTE Gimena, DEMARCO Verónica, LÓPEZ Daniela, Universidad ORT Uruguay, Facultad de Administración y Ciencias Sociales, Aplicación de la regla del método más apropiado en la verificación de los precios de transferencia en empresas que operan en Uruguay, Montevideo, 2015.

³⁴ Para la determinación de la fecha de fijación del precio, el Proyecto BEPS prevé la utilización de la fecha de concertación del negocio, siempre que el contribuyente pueda ofrecer evidencia confiable de la fecha acordada, debiendo ser consistente con la conducta de las partes. Ante la ausencia de pruebas que justifiquen la fecha de fijación del precio efectivamente acordada por las partes asociadas en la operación vinculada, prevé la fijación del precio tácita, por ejemplo la fecha de conocimiento de embarque.

³⁵ La aplicación de la metodología cuando interviene un intermediario será preceptiva siempre que dicho intermediario no cumpla simultáneamente con ciertos requisitos de fondo y de forma previstos expresamente por la ley (requisitos ABC).

preceptivo, atentando contra el ALP y la regla del método más apropiado, por ejemplo, en los casos en que existan comparables internos.

El enfoque que prevé la legislación local dispone que se aplicará el MCUP, considerándose el valor de cotización del bien en el mercado transparente del día de la carga de la mercadería, cualquiera sea el medio de transporte utilizado, sin considerar el precio al que hubiera sido pactada con la contraparte, excepto cuando se registre el contrato ante el Registro de la Cámara Mercantil (de carácter opcional), en cuyo caso se podrá utilizar la fecha del contrato como la fecha de fijación del precio.³⁶ Sin embargo, en los casos en los que no es posible registrar los contratos (por ejemplo, cuando el plazo de éste excede los 240 días) deberá considerarse la fecha tácita del conocimiento de embarque. En este sentido, entendemos que la obligatoriedad de considerar una fecha presunta (fecha de conocimiento de embarque) en los casos en que no es posible el registro del contrato, atenta contra el ALP. Por tanto, sería recomendable la revisión de la normativa vigente a fin de permitir al contribuyente ofrecer otros medios de prueba como evidencia confiable de la fecha acordada consistente con la conducta de las partes u otros hechos del caso (por ejemplo, la protocolización de los contratos).

En otro orden, en lo concerniente a la cotización a considerar, la AT se ha pronunciado,³⁷ estableciendo que deberá tomarse la cotización spot del bien vigente a la fecha del contrato o del embarque (dependiendo de si el contrato se encuentra o no registrado), no admitiendo, en principio, el uso de cotizaciones a futuro, solución que no compartimos atento a la realidad en los negocios de commodities.

En cuanto a la comparabilidad, el Proyecto BEPS establece que se deberán tener en cuenta las características físicas, la calidad y las condiciones contractuales de la operación vinculada, como ser volúmenes negociados, fechas y condiciones de entrega (tiempo, transporte, seguro, moneda), debiendo practicarse los ajustes correspondientes para garantizar que las características económicamente relevantes de las operaciones sean suficientemente similares. En este sentido, el ordenamiento jurídico uruguayo también prevé la realización de ajustes de comparabilidad pero los limita únicamente a flete y seguro. Sugerimos la revisión de esta disposición a fin de que también se contemplen ajustes por otros conceptos, tal como lo prevé la OCDE, como ser primas o descuentos por calidad, disponibilidad del producto, situación financiera del vendedor, diferencia en la distancia con mercados competitivos, etc., o incluso involucrar diferencias en las funciones

³⁶ Artículos 9 bis, 13 y 13 bis del decreto 56/009 de fecha 26/01/2009, en su redacción dada por el decreto 392/009 de fecha 24/08/2009.

³⁷ Consulta de la DGI N° 5.367 de fecha 26/02/2010.

y riesgos asumidos por las partes en la cadena de valor.

SERVICIOS INTRAGRUPPO

En esta materia, el Proyecto BEPS mantiene los considerandos acerca de la determinación de la existencia o efectiva prestación del servicio intragrupo y la determinación de la retribución *arm's length*, introduciendo como novedad un enfoque simplificado y optativo (ESO) para los servicios intragrupo de bajo valor agregado (SIBVA). Se trata de un enfoque de carácter auxiliar, que prevé la aplicación de un régimen de protección (*safe harbor*) para la determinación de la remuneración de mercado de los servicios de bajo valor agregado,³⁸ con el objetivo de reducir la carga administrativa para la documentación y brindar mayor certeza para la MNE que la AT aceptará el análisis.

Una vez probada la existencia del servicio y determinado su costo, el enfoque prevé la aplicación de un margen del 5% para todos los SIBVA, independientemente de la categoría de los mismos, sin requerir un análisis de benchmarking que respalde dicho servicio.

En el ámbito local, las normas del IRAE en general, así como las normas de PT en particular, no definen qué debe entenderse por servicios intragrupo. Tampoco contemplan otras disposiciones específicas en la materia. En cuanto a la categorización de los servicios, la norma tributaria reconoce una única categoría, los denominados “servicios técnicos”.³⁹

Sin perjuicio, nuestra normativa recoge el principio de efectividad de la prestación y la utilidad en la misma, recogido por la OCDE, tal como se describe a continuación.

Para el reconocimiento y por tanto la deducibilidad de los gastos en general (por ejemplo, por los servicios intragrupo), la normativa local dispone que éstos: (i) sean devengados en el ejercicio,⁴⁰ (ii) necesarios para obtener y conservar las ren-

³⁸ Se considerarán servicios de bajo valor agregado a los servicios rutinarios, que no constituyen la actividad principal de la MNE y que quien los presta no cuenta con activos intangibles valiosos ni asume riesgos muy altos pues contribuyen con bajo valor agregado en la cadena de valor de la MNE.

³⁹ Estos comprenden a los servicios prestados en “los ámbitos de gestión, técnica, administración o asesoramiento de todo tipo”, en tanto califiquen como técnicos especializados (especiales de una ciencia o arte) e impliquen el desarrollo de una actividad.

⁴⁰ Artículo 19, Inciso 1°, T4, T.O. de 1996.

tas gravadas y estén debidamente documentados:⁴¹ (iii) constituyan para la contraparte rentas gravadas;^{42,43} (iv) cumplan con las disposiciones en materia de precios de transferencia, debiendo evaluarse la conducta de las partes.⁴⁴

En cuanto a las reglas de casa matriz (CM) y establecimiento permanente (EP)⁴⁵ la normativa establece que los gastos serán admitidos siempre que sean necesarios para sus fines, y que se pruebe fehacientemente su origen y naturaleza y que los servicios que le dieron origen fueran efectivamente prestados. Asimismo, dispone que su cuantificación se debe fundamentar en criterios técnicamente sustentables, no admitiéndose los procedimientos de distribución establecidos por simple adjudicación a prorrata.

La doctrina uruguaya en forma unánime, ha entendido que la relación causal entre el servicio prestado (gasto) y la obtención de la renta deberá ser determinada por el contribuyente receptor del servicio por medios documentales (por ejemplo, contrato o factura correspondiente) y por todos aquellos indicativos del desarrollo de la prestación (por ejemplo, informes, avances en la prestación del servicio, viajes realizados).⁴⁶

A los efectos de la comparabilidad, la normativa interna en materia de PT establece que se deberán tener en cuenta en las prestaciones de servicios, elementos tales como su naturaleza y la necesidad de su prestación para el tomador del o los servicios, así como también si éstos involucran o no información concerniente a experiencias industriales, comerciales o científicas, asistencia técnica, o en su caso, la transferencia o la cesión de intangibles. En cuanto al análisis cuantitativo de los servicios entre vinculadas nuestra normativa no establece un orden de preferencia entre los métodos aplicables. Sin perjuicio, la jurisprudencia se ha inclinado por la utilización del MCP para el análisis de servicios intragrupo de bajo valor agregado como ser: asesoría comercial, asesoría conta-

⁴¹ Artículo 19, Inciso 1º, T4, T.O. de 1996.

⁴² Por el IRAE, por el IRPF, por el Impuesto a las Rentas de los No Residentes o por una imposición efectiva a la renta en el exterior.

⁴³ Artículo 19, Inciso 1º, T4, T.O. de 1996.

⁴⁴ Artículo 38 y ss, T4, T.O. de 1996 y segundo numeral del artículo 6 del Código Tributario.

⁴⁵ Artículo 41 del decreto 150/007 de fecha 26/04/2007, en la redacción dada por el decreto 572/009 de fecha 15/12/2009.

⁴⁶ En la sentencia 19/005 del TCA de fecha 2/2/2005, se admite como prueba de la efectiva prestación del servicio las declaraciones de la Gerencia en el curso de un procedimiento de auditoría y la existencia de registros de correo electrónico. En ésta el fisco cuestionó la deducción del gasto del servicio por no contar con un contrato donde se detallaran los gastos que se pretendían descontar.

ble, auditoría financiera, fiscal y social.^{47,48}

En cuanto a los “*safe harbors*” o espacios seguros, los mismos han sido considerados por la legislación de precios de transferencia local,⁴⁹ no obstante a la fecha no han sido de aplicación por parte del Poder Ejecutivo.

REEXAMINAR LA DOCUMENTACIÓN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

En cumplimiento de la acción 13 del Proyecto BEPS, se ha elaborado un nuevo Capítulo V de las directrices de PT relativo a la documentación de PT, lo que supone un cambio radical respecto del enfoque existente. El objetivo es asegurar que los contribuyentes den la apropiada consideración a los requerimientos de PT, facilitar a las ATs con la información necesaria para llevar a cabo una informada evaluación de riesgos de PT y facilitarles con información útil para emplear en la realización de una adecuada auditoría. Para ello, se prevé un enfoque basado en tres niveles:

1. Master file. Proporciona un resumen de las operaciones internacionales realizadas por el grupo multinacional.⁵⁰ Este documento, en principio, debería ser preparado por la CM y luego puesto a disposición de las autoridades tributarias de los diferentes países donde la MNE tiene una presencia fiscal.
2. Local file. Contiene el análisis funcional y económico de las operaciones entre partes vinculadas realizadas por una sociedad o sociedades del grupo en una jurisdicción determinada. Este documento, en principio, se dirige únicamente a las autoridades tributarias del país en cuestión.
3. Country-by-Country Report (C-b-C report). Está concebido como un mo-

⁴⁷ Sentencia N° 19/005 el TCA de fecha 2/2/2005, numerales I y V.

⁴⁸ SANTOS, María José, Algunos desafíos en materia de servicios de bajo valor agregado. Un análisis desde la perspectiva de precios de transferencia de cara al contexto internacional actual. RT N° 241, julio-agosto 2014, pp. 575-600.

⁴⁹ El artículo 44 del T4 del T.O. de 1996 dispone un régimen opcional de determinación de la renta, facultando al Poder Ejecutivo a establecer con carácter general, para la determinación de la renta de fuente uruguaya de las operaciones a que refiere el presente capítulo, regímenes especiales de utilidad presunta en atención, entre otras, a las modalidades de las operaciones, giro o explotación, a los cuales podrán ampararse los contribuyentes.

⁵⁰ Incluye información acerca de la estructura organizacional del grupo, la actividad económica que lleva a cabo, la actividad de investigación y desarrollo y los intangibles con los que cuenta, sus actividades financieras intragrupo, así como acerca de sus estados financieros consolidados, en su caso, y de los APAs que pudiera haber celebrado.

delo estandarizado de documento que las MNEs, cuyos ingresos superen el equivalente de 750 millones de euros, 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 (por ejemplo, capital declarado, activos tangibles en cada ubicación, localización de intangibles, número de empleados, actividades de investigación y desarrollo, servicios administrativos o de soporte). La información contenida en este documento sería estructurada país por país de acuerdo a una plantilla común. La CM (salvo excepciones) sería la obligada a presentar este reporte a la AT de su país. La AT deberá compartir esos datos con las autoridades de los Estados donde se ubican las filiales. Para ello deberán cumplir con las condiciones mínimas de confidencialidad, consistencia y uso apropiado de la información, y realizarlo mediante su red de acuerdos internacionales de asistencia mutua en materia tributaria.

A nivel local, si bien existe la obligación de contar con el respaldo de PT, no se prevé el enfoque en tres dimensiones resumido arriba. En Uruguay, la AT podrá requerir la presentación de declaraciones juradas especiales que contengan los datos que considere necesarios para analizar, seleccionar y proceder a la verificación de los precios convenidos, así como la presentación de los comprobantes y justificativos de los PT y de los criterios de comparación utilizados.⁵¹ Asimismo, cuando el análisis de comparabilidad y justificación de los PT se realice sobre la situación del sujeto del exterior, el contribuyente deberá contar con prueba documentada, certificada en el país de origen por auditor independiente de reconocido prestigio, debidamente traducida y legalizada.

Por su parte, en aquellos casos en que los contribuyentes realicen operaciones comprendidas en el régimen de PT por un monto superior a UI 50.000.000 (USD aprox. 5.5 millones) en el período fiscal correspondiente⁵² o que hubieran sido notificados por la AT estarán obligados a presentar la siguiente información anual:⁵³ (i) declaración jurada informativa donde se consigne el detalle y cuantificación de las operaciones del período incluidas en el régimen de PT; (ii) una copia de los estados contables del ejercicio fiscal correspondiente, cuando no estuvieran obligados a presentarlos por otras disposiciones; (iii) el estudio de PT con el

⁵¹ Artículo 46 del T4 del T.O. de 1996 y artículo 15 del decreto 56/009 de fecha 26/01/2009.

⁵² Exceptúese del presente apartado a las operaciones que realicen los usuarios de zona franca de acuerdo a la ley N° 15.921 de fecha 17/12/87, siempre que no se encuentren gravadas por el IRAE.

⁵³ Numeral 10 y 11 de la Resolución 2084/009 de fecha 01/12/2009.

contenido mínimo.

Los contribuyentes comprendidos en el régimen de PT deberán conservar dicha información por el período de prescripción de los tributos (5 años, con posibilidad de extenderse a 10 en caso de defraudación).

Se prevén sanciones agravadas por el incumplimiento de las obligaciones formales de PT de acuerdo a la gravedad de las mismas.⁵⁴ A tales efectos la graduación de sanciones se realizará conforme a lo dispuesto por el código tributario en este sentido.⁵⁵

Las principales diferencias con el Proyecto BEPS se presentan, principalmente, en lo concerniente al Master file y C-b-C report. Si bien en la práctica, en el marco de los procedimientos de auditoría la AT ha solicitado vasta información sobre la MNE del tipo de la incluida en el Master file, por ejemplo, los contratos intra-grupo, así como las políticas sobre PT, generalmente refieren a aquellas que involucran a la entidad local.

A la fecha, la AT local no se ha pronunciado sobre posibles cambios en materia de documentación. En relación al C-b-C report, si bien a la fecha no contamos con información precisa respecto a la cantidad de empresas de MNE con sede matriz en Uruguay, se prevé que el número de éstas que pasarían la barrera de los € 750 millones de Euros no sea significativo. Sin perjuicio, es altamente probable que la AT en Uruguay esté interesada en recibir información propia de las MNE que actúan en Uruguay a través de filiales o sucursales por lo que nos inclinamos a pensar que más tarde o más temprano Uruguay adherirá a los nuevos estándares de transparencia fiscal internacional.

De pretenderse la inclusión del enfoque en tres niveles, entendemos la AT en Uruguay podría carecer de jurisdicción para requerir esa documentación, por considerarse que no es fiscalmente relevante para el contribuyente local o que es información que no está a disposición de éste, debiendo introducirse dicho enfoque por ley, aunque por los mismos motivos podría plantearse su inconstitucionalidad. Sin perjuicio, es altamente improbable que las MNE en el escenario actual se nieguen a aportar dicha documentación a los ATs (alegando ilegalidad o inconstitucionalidad de las normas) habida cuenta del riesgo reputacional al que están expuestos, habiendo demostrado en los últimos tiempos su alto compromi-

⁵⁴ Artículo 46 bis del T4 del T.O. de 1996, en su redacción dada por el artículo 315 de la ley 18.996 de fecha 19/11/2012.

⁵⁵ Artículo 100 del Código Tributario.

so a cumplir con las directrices de la OCDE en materia de transparencia fiscal.⁵⁶

De contemplarse el C-b-C report dentro del ordenamiento jurídico uruguayo, la información contenida en el mismo, de naturaleza sensible para las MNE, entendemos se encontraría protegida por el principio de reserva tributaria, que obliga a la AT a mantenerla en reserva y utilizarla solo para fines propios.⁵⁷

En otro orden, en lo que refiere al intercambio de dicha información tributaria, establece FERRARI y DE LEON,⁵⁸ ya sea resultante de la aplicación de un CDI (con cláusula 26 Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE) o de un Acuerdo de Intercambio de Información, la totalidad de los tratados signados por el país son de carácter bilateral y prevén la solicitud de información a requerimiento, sobre la base de que se trata de una información previsiblemente relevante a los fines del Estado requirente. El eventual intento de modificar el régimen, sobre todo en el marco general de acuerdos multilaterales que exijan proporcionar información en forma espontánea, o aún automática, exigiría nuevas adecuaciones del ordenamiento interno, tanto de orden sustancial como procesal, de naturaleza legal.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Uruguay no es un país miembro de la OCDE, no obstante, la evolución de todos aquellos desarrollos que se producen en el marco de los trabajos que lleva a cabo este organismo internacional resultan de particular relevancia. No sólo por el hecho de que las normas uruguayas en materia de PT son en líneas generales consistentes con las directrices de PT, sino que también, en función de cierta jurisprudencia del TCA existente a la fecha,⁵⁹ se desprende que dichas directrices pueden ser considerados en cuestiones locales relacionadas con PT en la medida de que no exista contradicción entre las normas impositivas uruguayas y dichas directrices, destacando que estos últimos resultan de utilidad para interpretar aspectos sobre los cuales la normativa uruguaya no tiene posición asumida.
2. El trabajo realizado bajo el mandato de las acciones 8 a 10 del Proyecto BEPS

⁵⁶ En Argentina, la solicitud del Master File y del C-B-C report se encuentra en un borrador de Resolución de la AFIP a la espera de su aprobación.

⁵⁷ Artículo 47 del Código Tributario.

⁵⁸ FERRARI REY, Mario y DE LEÓN, Pierina, Los retos de la fiscalidad internacional latinoamericana en el contexto actual (...), RT N° 250, enero-febrero 2016, p. 65-97

⁵⁹ Ver *supra* nota al pie 5.

persigue alinear mejor los resultados de los PT con la creación de valor dentro de la MNE, siendo que las entidades con abundante dotación de capital pero con funciones limitadas o poco importantes que conllevan riesgos rutinarios pasarán a ser menos relevantes en un mundo post-BEPS. El mayor peso que pone la OCDE en la asunción de riesgos y el desempeño de sus funciones intrínsecas por sobre el capital comprometido para la determinación de la renta y su cuantía, impone desafíos para quienes somos países en vías de desarrollo, relegados a ser exportadores netos de recursos naturales e importadores de bienes manufacturados de países industrializados.

3. En un mundo post-BEPS Uruguay debería salir a promocionar la gestión de la propiedad intelectual y la investigación y desarrollo de intangibles, por ejemplo a través de la introducción de regímenes promocionales en materia de intangibles (los denominados “*patent box*”) en línea con los estándares de la OCDE y de esta forma poder tener derecho a participar de una porción más significativa de la renta global.
4. En materia de commodities, tal como se desarrolla a lo largo del relato, la norma local aún presenta algunas limitaciones, principalmente en lo concerniente a la aplicación del ALP, recomendándose su revisión basado en la realidad del negocio y las directrices revisadas de PT.
5. Las directrices revisadas de PT en conjunto con el novedoso C-b-C report, como herramienta útil para las AT en materia de evaluación de riesgos y facilitador de la labor de éstas, plantean el desafío de adaptar los regímenes fiscales privilegiados a los nuevos estándares de fiscalidad internacional, los cuales deberían ser concebidos en el marco de la transparencia fiscal y bajo el requerimiento de actividad sustancial, dirigidos al desarrollo de sectores o industrias que efectivamente agreguen valor en el país.
6. Los cambios que desde la OCDE se propugnan en la doctrina internacional de PT requerirán una revisión profunda de los modelos de negocio actuales y de su reflejo fiscal a efectos del reparto del resultado entre jurisdicciones. Asimismo, no se descarta un mayor foco por parte de las AT en la conducta de las partes para la evaluación del cumplimiento de PT, lo cual es factible que redunde en mayores controversias.
7. Resulta difícil a la fecha predecir qué ocurrirá a nivel local en lo concerniente a lo dispuesto en el Proyecto BEPS. Sin embargo, insertos en un contexto internacional activo, con países dominantes propulsores de dicho proyecto, procurando la consistencia internacional, es de esperar, en pos de la atracción de inversión extranjera, que Uruguay se prepare para acompañar las nuevas

tendencias, articulando posiciones comunes con Estados en similar situación.

8. En cuanto al incremento en la transmisión de datos fiscales relevantes entre las distintas jurisdicciones donde opera las MNE, previstas en el marco del Proyecto BEPS, Uruguay deberá proceder con agudeza, asegurándose que los cambios que implica el nuevo sistema no vulneren los derechos de los contribuyentes (por ejemplo, deberá hacer hincapié en el tratamiento de los datos protegidos por secreto, en la confidencialidad con que se tratará la información a intercambiar, y en la instrumentación de los mecanismos y prácticas para implementar este sistema).

Marzo, 2016

