

PRINCIPIO DE PLENA COMPETENCIA – ¿HASTA CUÁNDO?

Hubert Hamaekers (*)

NOTA DEL DIRECTOR:

El artículo que presentamos fue publicado originalmente en el año 2000 en el libro en homenaje al profesor Klaus Vogel (*Staaten und Steuern*, C.F. Müller, Verlag in Heidelberg; también publicado por Kluwer como *International and Comparative Taxation* en 2002), y dada su valía e importancia lo publicamos en esta oportunidad en castellano^(*), con la autorización expresa del profesor Hamaekers, quien nos señaló que en breve concluirá un artículo describiendo la situación de los Precios de Transferencia en este tiempo.

1 INTRODUCCIÓN

Los precios de transferencia son las retribuciones obtenidas por la transferencia de bienes, intangibles, prestación de servicios y préstamos entre empresas vinculadas. El concepto y definición de precios de transferencia es relevante tanto para la economía de los negocios como para fines tributarios. La importancia de los precios de transferencia es considerable debido a que casi el 70 por ciento del comercio transfronterizo en el mundo se realiza entre empresas vinculadas. La mayoría de Empresas Multinacionales (EMN) consideran a los precios de transferencia como el tema más importante de la tributación internacional⁽¹⁾.

Para propósitos fiscales, los precios de transferencia, aplicando el denominado principio de plena competencia, es el método generalmente reconocido y utilizado para atribuir beneficios obtenidos por empresas vinculadas (y partes de la misma empresa) con operaciones en diferentes países⁽²⁾.

Hace aproximadamente 20 años, los precios de transferencia recibían poca atención internacionalmente, sobre todo, porque en muchos países no existían disposiciones específicas, reglamentos o jurisprudencia. En la práctica, las compañías usaban los métodos de precios tradicionales que eran usualmente aceptables para las autoridades tributarias, aunque en ocasiones y en ciertos países, después de una negociación.

No obstante, en Estados Unidos, el Servicio de Impuestos Internos (IRS) ha estado activo por algún tiempo auditando las prácticas de precios de transferencia relacionadas con operaciones en el extranjero de contribuyentes norteamericanos.

La legislación más antigua en la materia fue promulgada en Estados Unidos durante el periodo de la Primera Guerra Mundial⁽³⁾. El Comisionado de Impuestos estaba autorizado para atribuir ingresos y gastos entre sociedades afiliadas. En ese momento, sin embargo, no existía un parámetro legal para efectuar dicha atribución. Como estándar para determinar los precios de transferencia, el principio de plena competencia fue introducido en los años 30⁽⁴⁾. Si este principio no era usado, las autoridades tributarias podían ajustar los precios fijados. La razón para una regla como la norteamericana era el temor a que las utilidades fueran trasladadas a jurisdicciones de menor imposición. Una disposición, con un propósito similar, fue introducida en el Reino Unido en la legislación tributaria de 1918⁽⁵⁾.

Desde su versión de 1963, el Convenio Modelo de OCDE para evitar la doble imposición ha incluido una disposición (artículo 9°) que confirma el derecho de los Estados a realizar un ajuste a las utilidades de empresas vinculadas si se apartan del principio de

plena competencia. Si las condiciones fijadas entre dos empresas asociadas en sus relaciones comerciales y financieras se apartan de las que hubieran acordado dos empresas independientes en circunstancias similares, las autoridades tributarias pueden aplicar un ajuste para liquidar la diferencia.

En 1979, el Comité de Asuntos Fiscales y el Consejo de Ministros de la OCDE aprobaron un informe que proporcionaba lineamientos a las administraciones tributarias y a las EMN sobre la interpretación y aplicación del principio de plena competencia. El informe fue incluido en una recomendación a los Países Miembros. El objetivo del informe era establecer «*en la medida de lo posible, las consideraciones que deben tenerse en cuenta y describir, cuando sea posible, las prácticas acordadas generalmente en la determinación de precios de transferencia para fines tributarios*». Se esperaba que el informe ayudara a los funcionarios fiscales a abordar los problemas de precios de transferencia de forma más eficaz, así como a las empresas a encontrar «*soluciones mutuamente satisfactorias*»⁽⁶⁾.

El informe señalaba que era difícil establecer reglas estrictas en relación con las diversas y muy complejas prácticas prevalentes. El tono del informe era muy mode-

(*) Magister por la Universidad de Nijmegen, con título de postgrado en Derecho Tributario por la Universidad de Leiden y doctor honorario por la Universidad de Lodz.

Profesor de Derecho Tributario Internacional en la Radboud University (Nijmegen, Países Bajos) y en Jonköping International Business School (Suecia). Profesor Visitante de las Universidades de Cambridge, Leiden, Lodz, Stellenbosch y Viena.

En el año 2004 se retiró como Presidente de la Junta de Gestión del International Bureau of Fiscal Documentation – IBFD (Amsterdam y Washington D.C.), luego de 19 años de servicio como CEO y Presidente del IBFD. Es uno de los fundadores de la Asociación Europea de Profesores de Derecho Tributario y fue su primer Secretario General (1999-2004). Miembro honorario de la Asociación Fiscal Internacional (IFA).

(**) La traducción del presente artículo ha sido realizada por el Equipo de *Análisis Tributario*. Agradecemos la colaboración del señor Alejandro Mendighetti Bastante en el proceso de traducción que realizamos y del señor Gilberto Ramos Fernández en la revisión y corrección correspondientes.

(1) Encuesta Internacional de Precios de Transferencia, 1999. Ernst & Young International Ltd, Noviembre de 1999.

(2) El principio de plena competencia también se aplica en relaciones domésticas entre accionistas en muchos países. Esto es particularmente relevante cuando las partes se encuentran bajo regímenes tributarios diferentes, por ejemplo, el accionista está exento de impuestos o el régimen especial fiscal de la exploración y explotación petrolífera en el Reino Unido.

(3) Ley de Ingresos de Guerra de 1917, Regulación 41, Artículos 77° y 78°.

(4) Reglamento del Tesoro de 1935, Sección 45-1(b).

(5) Ley de Impuesto a la Renta de 1918, Regla General 7.

(6) Precios de Transferencia y Empresas Multinacionales. OCDE, París 1979, § 5.

rado, por ejemplo, prestaba mucha atención a los problemas de las EMN en la fijación de precios de transferencia aceptables para las autoridades tributarias de múltiples países.

El informe recomendaba tres métodos de precios de transferencia: el método de precio comparable no controlado (*Comparable Uncontrolled Price Method - CUP*), el método del costo incrementado (*Cost-Plus Method*) y el método del precio de reventa (*Resale Price Method*). El CUP fue pensado para ser el método de precios de transferencia ideal, pero al mismo tiempo, se reconoció que podría no ser aplicable en muchos casos porque la evidencia sobre precios comparables en el mercado abierto es poco frecuente. De los otros dos métodos, el método del costo incrementado era en la práctica aplicado, particularmente, en base al costo del producto o servicio al cual se le incrementaba un margen de utilidad⁽⁷⁾. El «incremento» se relaciona con el valor de las funciones cumplidas por las partes y la medida del riesgo asumido, como por ejemplo, garantías, riesgo de mercado y riesgo de tipo de cambio.

El método del precio de reventa comienza a partir del precio al que se revenden los bienes a un tercero independiente. El margen bruto de la parte vinculada revendedora es deducido de aquel precio. El resultado es el precio de transferencia al que la empresa vinculada productora le provee a la empresa revendedora. Un análisis funcional era recomendado por el informe a fin de poder calcular un margen o *mark-up* en proporción con las funciones y los riesgos de las partes implicadas.

El informe de OCDE de 1979 no excluía la aplicación de otros métodos, tales como el método de partición de utilidades (*Profit-Split Method*). La comparación de utilidades (netas), sin embargo, sólo podía ser considerada normalmente como un indicio para nuevas investigaciones (§ 71) y no como un método de precios de transferencia.

En los años 80, la situación cambió radicalmente, debido a dos importantes acontecimientos en los Estados Unidos. Primero, los políticos norteamericanos señalaron que EMN extranjeras utilizaban precios de transferencia para reducir la carga fiscal de sus filiales ubicadas en Estados Unidos⁽⁸⁾. Segundo, irónicamente, mucha de esta atención era provocada por los sofisticados esquemas de planificación fiscal de EMN norteamericanas⁽⁹⁾.

Mediante el uso de una ventaja en la legislación fiscal⁽¹⁰⁾, las compañías farmacéuticas estadounidenses podían transferir patentes que habían obtenido, después de una costosa investigación en los Estados Uni-

dos, hacia Costa Rica y Puerto Rico donde existían regímenes fiscales favorables.

La reacción del Tesoro de los Estados Unidos y del IRS fue doble. La relación con Puerto Rico fue atacada a través de una propuesta para añadir una frase en la § 482 del Código de Rentas Internas («en proporción con los ingresos») que da lugar a revisiones periódicas y, si es necesario, a ajustes en la retribución por intangibles. La propuesta fue aprobada como parte de la Ley de Reforma Tributaria de 1986.

Adicionalmente, se plantearon proyectos para incorporar nuevos métodos basados en la comparación de beneficios operativos (El método del retorno básico de plena competencia para intangibles o método BALRM de intangibles, Libro Blanco de 1998), seguidas por reglamentaciones propuestas (1992), reglamentaciones temporales (1993) y reglamentaciones finales (1994)⁽¹¹⁾. La última cubre casi toda el área de precios de transferencia, en lugar de intangibles, solamente. Se introdujeron exhaustivas obligaciones de documentar, conjuntamente con sanciones casi automáticas si las autoridades tributarias ajustaban los precios o los beneficios. Al mismo tiempo, el IRS fue reforzado con equipos de especialistas en precios de transferencia.

La versión final de la reglamentación estadounidense de precios de transferencia (1994) contiene cinco métodos aplicables, los tres métodos basados en las transacciones antes mencionados, así como dos métodos basados en los beneficios: el método del beneficio o utilidad comparable (*Comparable Profit Method - CPM*) y el método de partición o distribución de utilidades. El CPM se basa en el nivel de utilidad operativa de contribuyentes no vinculados que participan en transacciones comerciales similares bajo circunstancias similares. Un «rango de plena competencia» puede ser identificado si se dispone de más de un resultado confiable de plena competencia. La regla principal es que debe ser seleccionado el método para el cual se encuentre disponible el mejor material de referencia (comparables) en el mer-

cado abierto (la «regla del mejor método»). En la práctica, esto significa que en las transacciones transfronterizas de los grupos multinacionales debe efectuarse una revisión acerca de si existen precios comparables o márgenes brutos o netos comparables en el mercado, tomando en cuenta el tipo de producto, las funciones ejercidas, la asignación de riesgos, etc.; y que la documentación que acredite el proceso de búsqueda tiene que mantenerse archivada. Si los requisitos de documentación no son adecuadamente satisfechos, al momento de ajustar las utilidades, el IRS impondrá una sanción administrativa.

Para el mundo de los negocios internacionales, esta nueva legislación ha sido y continúa siendo motivo de gran preocupación, en particular, en lo que concierne a la regla norteamericana por la cual el contribuyente tiene que demostrar que el ajuste efectuado por las autoridades tributarias es incorrecto. Esta preocupación puede no ser necesariamente eliminada mediante la celebración de un acuerdo previo de precios (*Advance Pricing Agreement - APA*), es decir, un acuerdo individual con el IRS en cuanto al uso de métodos de precios de transferencia. Los APA son muy trabajosos y, por ende, costosos. Además, un APA celebrado sólo con el IRS no ofrece protección respecto de las autoridades tributarias extranjeras. Aunque los APA bilaterales o multilaterales deben ser preferidos, estos son aún más difíciles de ser acordados.

Varios países europeos miembros de OCDE como, por ejemplo, Alemania y Suecia, se opusieron al nuevo planteamiento de Estados Unidos. El temor que las EMN ofrecieran a las autoridades tributarias norteamericanas una porción más grande del pastel fiscal internacional a fin de evitar problemas con el IRS, jugó un papel importante. Una crítica mucho más fundamental de los países europeos se refería a la aplicación del CPM, el cual pensaban estaba en conflicto con el principio de plena competencia. Otra preocupación era la mayor carga administrativa para los contribuyentes.

La OCDE trató de superar estas diver-

(7) Investigación de la Oficina Internacional de Documentación Fiscal en 1992. Reseña por H. Hamaekers en «The Arm's Length Principle and the Role of Comparables». EN: *46 Bulletin for International Fiscal Documentation* 12 1992, pág. 605. Ver también Cahier IFA 1992, «Transfer Pricing in the Absence of Comparable Market Prices». EN: *General Report*, Deventer, Kluwer, 1992.

(8) Años más tarde, las audiencias «Pickle» de 1990 a 1992 parecieron confirmar estas alegaciones. El candidato Bill Clinton utilizó el resultado en su campaña presidencial en 1992, prometiendo recaudar USD 45 mil millones de inversionistas extranjeros en 4 años, con un mejoramiento en el cumplimiento de precios de transferencias. Las conclusiones de «Pickle», sin embargo, fueron atacadas por referirse a un pequeño número de empresas analizadas.

(9) Por ejemplo, ver *Eli Lilly & Co v. Commissioner*, 84 TC 996 (1985) y *G.D. Searle & Co. v. Commissioner*, ii TC 252 (1987).

(10) La transferencia exenta de impuestos de intangibles hacia filiales extranjeras a cambio de acciones en tales filiales extranjeras, ver US IRC, § 351.

(11) Ver el capítulo norteamericano de *The Tax Treatment of Transfer Pricing*, IBFD Publications BV, Ámsterdam, hojas sueltas.

gencias con nuevas Directrices sobre Precios de Transferencia (1995) que reemplazaron al informe de 1979. Se puso mayor énfasis en la comparación, siguiendo las regulaciones norteamericanas, pero la regla del mejor método no fue adoptada. Un "clon" del CPM, el método del margen neto transaccional (*Transactional Net Margin Method* - TNMM), fue incorporado y presentado como método de último recurso, en un intento por salvar las diferencias entre Estados Unidos y ciertos países europeos. En esto, sin embargo, la OCDE no logró un éxito completo, debido a que Alemania, en particular, mantuvo su oposición a los métodos de precios de transferencia basados en los beneficios. Toda vez que las Directrices de OCDE de 1995 no dan una respuesta clara en cuanto a la pregunta de cuál método tiene prioridad en caso de una diferencia de opinión entre autoridades tributarias, el riesgo de doble imposición existirá⁽¹²⁾.

Como se ha mencionado previamente, un número de países estuvieron preocupados porque perderían ingresos fiscales a favor de Estados Unidos. Para evitar esto, a raíz de las reglamentaciones norteamericanas, muchos países han redactado nuevas normas sobre precios de transferencia en los últimos cinco años con requisitos de documentación y sanciones más estrictas y han reforzado sus respectivas administraciones tributarias con especialistas en precios de transferencia. Ejemplos incluyen Australia, Brasil, Canadá, Chile, Dinamarca, Francia, Japón, Corea, México, Nueva Zelanda, Polonia, España y el Reino Unido. Asimismo, diversos países han introducido la regla del mejor método e, incluso, el CPM o el TNMM.

La imposición de obligaciones administrativas aún más estrictas sobre las empresas que operan a nivel internacional es la primera consecuencia de tales acontecimientos. La documentación sobre cómo los precios de transferencia han sido determinados, después de una investigación de situaciones comparables en el mercado abierto, debe ser conservada para lo que pueden ser millones de transacciones al año con empresas vinculadas.

Esto no conduce a un reparto más equitativo de los ingresos fiscales entre los países en los que operan las EMN. Los países económicamente fuertes con estrictas regulaciones y administraciones tributarias sofisticadas obtendrán, de forma desproporcionada, ingresos altos derivados del comercio más tradicional y de los servicios provistos al interior de los grupos multinacionales⁽¹³⁾.

La segunda consecuencia es que el

CPM, introducido en Estados Unidos en 1994, se está convirtiendo en un método ampliamente utilizado para determinar los precios de transferencia como resultado de la aplicación de "la regla del mejor método"⁽¹⁴⁾. Todo esto, a pesar del hecho que las Directrices de OCDE de 1995 fueron bastante críticas al CPM.

Habiendo introducido el concepto del principio, este trabajo intentará primero rastrear los orígenes del principio de plena competencia (Capítulo II). Luego, se evaluarán algunas de las justificaciones a favor y ciertas críticas en contra del principio de plena competencia (Capítulo III), así como algunos de los principales problemas actuales con la aplicación de dicho principio (Capítulo IV). Esto será seguido de un análisis sobre si una aplicación diferente del principio de plena competencia podría resolver tales problemas y de un examen sobre las alternativas al referido principio (Capítulo V).

2 EL ORIGEN DEL PRINCIPIO DE "ARM'S LENGTH"

El término "tratando con otro en condiciones de plena competencia" (*"dealing at arm's length with each other"*) es suficientemente claro en sí mismo, pero existe poca evidencia sobre su aparición inicial como un principio tributario⁽¹⁵⁾. Así como muchos otros conceptos de la tributación internacional, (tales como "sociedades extranjeras controladas", "limitación de beneficios" y "el dinero es fungible"), es probable que su uso se haya iniciado en el Tesoro de los Estados Unidos, probablemente alrededor del año 1930, apareciendo oficialmente, por primera vez, en las Reglamentaciones del Tesoro Norteamericano de 1935.

Considerando que el principio de plena competencia juega un papel especial en las relaciones internacionales, resulta importante investigar cómo ha ido desa-

rollándose en los convenios (modelo) para evitar la doble imposición.

El problema de la doble imposición internacional se tornó crítico cuando los impuestos fueron incrementados sustancialmente en la Primera Guerra Mundial. Poco tiempo después de la guerra, la recientemente creada Cámara de Comercio Internacional y la Sociedad de Naciones tomaron iniciativas para encontrar soluciones. El Comité de Economía y Finanzas de la Sociedad de Naciones estableció un comité de economistas para estudiar el problema de la doble imposición⁽¹⁶⁾.

Un reporte, con un modelo de tratado, de abril de 1927⁽¹⁷⁾ asignaba el derecho a gravar las utilidades empresariales al Estado donde la empresa tuviera un establecimiento permanente (artículo 5°). La terminología era aún confusa, en la medida que las oficinas principales (*"head offices"*) y las compañías subsidiarias eran consideradas como establecimientos permanentes. Los Estados con un establecimiento permanente se encontraban facultados a gravar aquella parte de los beneficios que se generara dentro de su territorio.

De acuerdo a la explicación brindada en el reporte⁽¹⁸⁾, la asignación de beneficios debía tener lugar primordialmente sobre la base de una contabilidad separada, es decir, en función de las cuentas del establecimiento permanente. Si éstas eran nulas o inadecuadas, las autoridades tributarias en cuestión debían repartir la utilidad de alguna manera (no especificada). En este contexto, la explicación se refería a aplicaciones basadas en fórmulas que tomaban en cuenta el capital invertido, la planilla de pagos, el volumen de ingresos, etc. (prorrato fraccionado, llamado más tarde fórmula de prorrato - *"formulatory apportionment"*).

Posteriormente en 1928, una reunión general de los representantes de las autoridades tributarias de los países miembros que fue convocada, adoptó tres versiones

(12) Por ejemplo, la administración tributaria de un país practica un ajuste a los beneficios de una empresa de un grupo sobre la base de una preferencia por el CPM en determinada situación. El otro país puede, incluso bajo un procedimiento de acuerdo mutuo, rehusarse a un ajuste correspondiente de los beneficios de la empresa vinculada porque no acepta al CPM como un método de precios de transferencia. Véase el Comentario al art. 9°, § 2 del Convenio Modelo de OCDE.

(13) Las transacciones financieras globales y las actividades de Internet, sin embargo, son menos fáciles de evaluar y pueden ser trasladadas hacia paraísos fiscales o países con regulaciones fiscales favorables para dichas actividades.

(14) De acuerdo con la encuesta de Ernst & Young (ver nota 1) 14 a 18 por ciento de contribuyentes aplican el CPM, dependiendo del tipo de transacción. Una encuesta de la Oficina Internacional de Documentación Fiscal de junio de 1998, que fue puesta a disposición de los participantes del Congreso de IFA en Londres en setiembre de 1998 (disponible en la biblioteca del IBFD) arrojó porcentajes sobre el uso de CPM dependiendo del tipo de transacciones, entre 21 y 26.3 por ciento. (En ambas encuestas, se permitieron selecciones múltiples).

(15) Por ejemplo, el Informe de OCDE de 1979, el Libro Blanco de Estados Unidos de 1988 y las Directrices de OCDE de 1995 no explican el origen del principio de plena competencia.

(16) El siguiente estudio se deriva de los documentos de la Sociedad de Naciones, tal como constan en la Parte 4 de "Legislative History of United States Tax Conventions". EN: *US Government Printing Office*, Washington, 1962.

(17) *Legislative History*, op. cit., pág. 4125.

(18) *Legislative History*, op. cit., pág. 4129.

de la redacción del proyecto de tratado para evitar la doble imposición de 1927⁽¹⁹⁾.

El Comité Fiscal de la Sociedad de Naciones, establecido posteriormente, continuó su trabajo hasta 1946. En primer lugar, un estudio de la legislación y prácticas administrativas de 35 países⁽²⁰⁾ fue llevado a cabo por Mitchell B. Carroll, un asesor del Tesoro de los Estados Unidos y posteriormente presidente del referido Comité.

Carroll concluyó que, en los países estudiados, el método de la contabilidad separada había sido generalmente adoptado como el método principal para atribuir beneficios o utilidades a los establecimientos permanentes locales de empresas extranjeras. Una primera insinuación al principio de plena competencia se lee en el informe de Carroll como sigue: “Esto puede implicar (...) una investigación de las relaciones existentes entre la sucursal local y otros establecimientos (sucursales o subsidiarias) de la casa matriz, lo cual incluye, por ejemplo, consideraciones respecto del precio al cual los bienes han sido facturados a la sucursal (...) y los montos cargados a la sucursal por servicios que representen una porción de los gastos generales administrativos”⁽²¹⁾.

Un enfoque completamente diferente, el denominado “método empírico”, era usado frecuentemente por las administraciones tributarias cuando tenían razones suficientes para creer que las declaraciones de renta basadas en la contabilidad de la empresa eran insuficientes o falsas. Bajo este método, la renta era estimada en base a la renta de empresas similares en el país correspondiente.

Un tercer método, el “método con fórmulas de prorrateo”, era el método principalmente usado en España y Suiza así como el método secundario usado por la mayoría de países de ese entonces. Bajo este método, la renta del establecimiento en cuestión era determinada en función de la renta total de la empresa (sobre la base de la renta conjunta del establecimiento local y del establecimiento relacionado en el exterior), aplicándose un coeficiente consistente en ciertos factores, tales como activos, planillas y volumen de ingresos.

Basado en las conclusiones de Carroll, en 1933 el Comité redactó un nuevo proyecto de tratado multilateral sobre atribución de beneficios. La terminología del artículo de atribución (artículo 3º) había sido mejorada; por ejemplo, el término establecimiento permanente ya no comprendía a las compañías subsidiarias⁽²²⁾. La atribución de beneficios tomaría lugar en función del principio de “independencia de la empresa”, aparentemente, un nuevo tér-

mino para el enfoque de la contabilidad separada o entidad separada.

Un párrafo completamente nuevo del artículo 3º señalaba lo siguiente: “Las autoridades tributarias de los Estados Contratantes deberán, cuando sea necesario, al ejecutar el párrafo precedente, rectificar la contabilidad registrada, en particular, para corregir errores u omisiones, o para reestablecer los precios o retribuciones ingresados en libros al valor que prevalecería entre personas independientes tratando en condiciones de plena competencia” (“*dealing at arm's length*”).

Si no había contabilidad en el establecimiento permanente o ésta era inferior, las autoridades tributarias podían aplicar el “método empírico” o el “método con fórmulas de prorrateo”; siempre que, en este último caso, el resultado fuera tan cercano como sea posible a la contabilidad separada.

En la explicación, se enfatizaba el enfoque de la empresa independiente y el poder de corrección por parte de las autoridades tributarias sobre cualquier desviación de este enfoque, sin que se examinara, no obstante, el nuevo término “*dealing at arm's length*”. Al parecer Carroll, cuya posición principal estaba con el Tesoro de los Estados Unidos, había incluido en el proyecto de tratado un concepto que estaba siendo discutido dentro del Tesoro Norteamericano en aquella época.

Un precursor del artículo 9º (desde 1977, el primer párrafo) del Convenio Modelo de OCDE fue el artículo 5º del modelo de 1933. Éste confirmaba el derecho de las autoridades tributarias para realizar ajustes en situaciones en las que empresas relacionadas usaban “condiciones diferentes a aquellas que hubiesen sido acordadas entre empresas independientes”. Sin embargo, el término “*dealing at arm's length*” no es mencionado en el artículo 5º, sino en el contexto de la atribución de beneficios a establecimientos permanentes, solamente (artículo 3º).

El nuevo proyecto de tratado multilateral, realizado por el Comité Fiscal en 1935, fue casi idéntico al de la versión de 1933.

Bajo el auspicio del Comité Fiscal de la Sociedad de Naciones, en junio de 1940 y julio de 1943, se llevaron a cabo confe-

rencias en México que condujeron a un nuevo modelo de tratado⁽²³⁾. En la última reunión del Comité Fiscal, la misma que se efectuó en Londres en marzo de 1946, se elaboró un nuevo modelo de tratado⁽²⁴⁾.

El artículo VI del Protocolo de los modelos de México y Londres confirmaron la preeminencia del enfoque de la empresa independiente para la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes, refiriéndose en este contexto al principio de plena competencia. Adicionalmente, un método empírico completamente diferente (denominado ahora “método presuntivo”) así como el “método con fórmulas de prorrateo” fueron señalados como métodos de segundo y tercer orden⁽²⁵⁾. El artículo VII del Protocolo de los modelos de México y Londres contenía una cláusula similar a la mencionada arriba sobre empresas asociadas. No obstante, no se hizo ninguna referencia explícita al principio de plena competencia en dicho artículo.

La continuación más importante del trabajo del Comité Fiscal de la Sociedad de Naciones fue, sin duda, realizada por el Comité Fiscal de la OCDE, establecido en 1956 (posteriormente, Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE). En 1960, un estudio fue publicado conteniendo un proyecto de artículo sobre la atribución de beneficios a establecimientos permanentes y empresas relacionadas (artículo XV), el cual se convertiría posteriormente en el artículo 7º del Convenio Modelo de OCDE de 1963. La definición sobre la determinación de los beneficios de los establecimientos permanentes señalaba: “*empresa distinta y separada (...) tratando de forma independiente con la empresa de la cual es un establecimiento permanente*”. La mención explícita al principio de plena competencia había desaparecido y no regresó en los modelos posteriores⁽²⁶⁾.

El método empírico para la determinación de los beneficios de los establecimientos permanentes, que fuera citado en los modelos de México y Londres, no ha sido incluido en los Convenios Modelo de OCDE. El método con fórmulas de prorrateo ha sido incluido como un método secundario. (Artículo XV, § 4º; posteriormente, artículo 7º, § 4 del Convenio Modelo de OCDE).

(19) Legislative History, *op. cit.*, pág. 4162.

(20) CARROLL, Mitchell B. (ed.) *Taxation of Foreign and National Enterprises*, Geneva, League of Nations, 1933, ver en particular, el volumen IV, “Methods of Allocating Taxable Income”.

(21) CARROLL, M.B., *op. cit.*, § 120.

(22) Legislative History, *op. cit.*, pág. 4243.

(23) Legislative History, *op. cit.*, pág. 4321.

(24) Legislative History, *op. cit.*, pág. 4321.

(25) Es notable en el artículo VI la cláusula para un ajuste correspondiente, el cual retornaría mucho tiempo después en el artículo 9º, segundo párrafo, del Convenio Modelo de OCDE de 1977.

(26) Cf. *Tax Treaties Database* en CD-ROM, IBFD Publications BV, Ámsterdam.

La cláusula sobre empresas asociadas del artículo VII de los Protocolos de México y Londres ha sido incluida, en esencia, en el proyecto del Convenio Modelo de OCDE de 1963 (Artículo 9°) y en las versiones posteriores.

En relación con esto, debe hacerse una referencia al estudio de Langbein en 1986⁽²⁷⁾. Langbein es de la opinión que Carroll, en su investigación sobre la legislación y práctica de los países, había llegado a las conclusiones erradas. De acuerdo con Langbein, la legislación en aquel tiempo contenía, en la mayoría de casos, el método con fórmulas de prorrateo o no contenía regla específica de atribución, aunque en la práctica, el mantenimiento de los libros del establecimiento permanente era, de ser posible, usado como base.

Inspirado por el Tesoro de los Estados Unidos, donde el principio de plena competencia fue incluido de forma explícita en 1935 como principio básico de las regulaciones de precios de transferencia⁽²⁸⁾, Carroll se las arregló para que este “moderno” método fuera aceptado internacionalmente a través de la Sociedad de Naciones. De acuerdo con Langbein, fue incorrecto proclamar un método no legal como el estándar.

Sean o no correctas las conclusiones de Langbein, resulta claro que el principio de plena competencia se ha desarrollado a partir del método de determinación de beneficios de los establecimientos permanentes, sustentado en las cuentas propias del establecimiento permanente, que involucra considerar las condiciones existentes entre las partes relacionadas en cuestión. De las cuentas separadas a las entidades separadas / empresas independientes no hay un gran paso y negociar como empresa independiente de la otra es, en realidad, lo mismo que el principio de plena competencia.

3 JUSTIFICACIÓN Y COMENTARIOS SOBRE EL PRINCIPIO DE PLENA COMPETENCIA

En el informe de 1979 de OCDE, simplemente se señalaba que el principio de plena competencia existía y que el informe se encaminaba a promocionar su aplicación común por parte de los Países Miembros a fin de evitar la doble imposición y la elusión fiscal⁽²⁹⁾.

Las Directrices de OCDE de 1995 brindan, por lo menos, un fundamento a favor del principio de plena competencia, a saber, el tratamiento equitativo de EMN y empresas independientes y, de esta manera,

el evitamiento de la distorsión de la competencia⁽³⁰⁾.

Una justificación de naturaleza práctica hecha por OCDE es que el principio de plena competencia funciona bien en numerosas ocasiones. Finalmente, se señala que el principio de plena competencia es teóricamente correcto porque otorga la aproximación más cercana a la operación del mercado abierto⁽³¹⁾.

Un argumento práctico adicional a favor del principio de plena competencia es la aceptación del principio en casi la mayoría de países, aunque las opiniones difieren sobre su aplicación (ver más abajo).

De acuerdo con un grupo de economistas⁽³²⁾, el principio de plena competencia es contrario a la realidad económica. Esto parte del mito fiscal de que toda subsidiaria y establecimiento permanente dentro de un grupo es una entidad separada que conduce sus negocios bajo condiciones de libre mercado con otras entidades del grupo. La esencia de una EMN, sin embargo, es la posibilidad de actuar como una sola entidad en el mercado mundial, ganando así ventajas competitivas⁽³³⁾. La mayor eficiencia usualmente realizada dentro de las EMN no es reconocida por el principio de plena competencia. Las ventajas de escala y los efectos de sinergias inherentes a las EMN no pueden ser divididos entre el grupo de una manera objetiva vía el principio de plena competencia, de conformidad con estos economistas.

Las críticas de los economistas de negocios parecen aplicarse, en particular, a los precios de transferencia dentro de grupos integrados, pero menos a los grupos descentralizados con centros de beneficios, para los cuales, desde el punto de vista de la economía de negocios, el método de precios de transferencia de libre mercado y el método de precios negociados pueden ser apropiados. No obstante, solamente el método de precios de libre mercado o CUP es reconocido como un método de plena competencia por las Directrices de OCDE de 1995 y por las regulaciones del Tesoro de los Estados Unidos.

Ni las regulaciones norteamericanas de 1994 ni las Directrices de OCDE de 1995

abordan el principio de plena competencia de una manera fundamental. Esto es consecuencia del hecho que la empresa en sí misma no es suficientemente tomada como base. El énfasis está en la anti-elusión y en la preferencia de las autoridades tributarias por revisar los precios de transferencia a través de comparables, sobre todo, de beneficios o utilidades comparables.

La esencia del principio de plena competencia no consiste en la comparación de precios o resultados, sino en tratar con cada una como harían partes independientes⁽³⁴⁾. Si los administradores de dos empresas relacionadas negocian entre sí de esta manera, entonces el resultado debería ser calificado como uno de plena competencia. Factores, tales como la estructura organizacional del grupo (centro de beneficios), la ausencia de instrucciones o intervenciones por parte de una administración central, la dependencia del salario de los administradores a los beneficios y la facultad para que puedan comprar o vender a terceros ajenos al grupo son todas evidencias de una negociación de plena competencia. Si dicha estructura descentralizada no se halla en la EMN en cuestión o no puede ser demostrada, otros métodos como el CUP, el costo incrementado o el precio de reventa pueden ser aplicados.

La OCDE parece estar parcializada en el tema del método de precios negociados. De una parte, las Directrices en el Capítulo I, § 5 reconocen que las empresas asociadas en una EMN pueden actuar como entidades autónomas en sus relaciones entre sí. Por otra parte, se afirma que la prueba de negociaciones duras por sí sola no es suficiente para establecer que los acuerdos son de plena competencia.

Una discusión más fundamental sobre este importante tema consideraría las condiciones bajo las cuales puede concluirse que los acuerdos fueron similares a aquellos entre entidades independientes y, consecuentemente, que el resultado de tales negociaciones fue de plena competencia.

En 1990, 12,7 por ciento de las empresas norteamericanas con actividades en el extranjero aún usaban este “método de precios negociados”⁽³⁵⁾. Como consecuen-

(27) LANGBEIN, S.I. “The Unitary Method and the Myth of Arm’s Length”. EN: 30, *Tax Notes* 7, 1986, págs. 625 a 681.

(28) Reglamentación del Tesoro 86, art. 45-1 (b): “El estándar a ser aplicado en cada caso es aquel de un contribuyente no controlado tratando en condiciones de plena competencia con otro contribuyente no controlado”.

(29) OCDE 1979, § 1.6.

(30) OCDE 1995 § 1.7. H. Hamaekers, *op. cit.*, pág. 603, ha identificado al principio de neutralidad e igualdad en el trato de empresas vinculadas y no vinculadas como la base del principio de “arm’s length”.

(31) OCDE 1995, § 1.13.

(32) CAUWENBERGH, P., “International Transfer Pricing”. EN: *Intersentia* (1998), págs. 285 y sgtes.

(33) BIRD, R.M. “Shaping a New International Tax Order”. EN: 42 *Bulletin for Fiscal Documentation* 7, 1988, pág. 292.

(34) Ver HAMAEEKERS, H., “Can the Free Negotiation of Prices within a Multinational Enterprise Serve as an Arm’s Length Method?”. EN: 4 *International Transfer Pricing Journal* 1, 1997, págs. 2 y sgtes.

(35) TANG, R.Y.W., “Transfer Pricing in the 1990s”. EN: *Tax and Management Perspectives*, Quorum Books, Westport, London, 1993.

cia de las nuevas regulaciones norteamericanas y de las Directrices de OCDE de 1995, el método parece estar desapareciendo⁽³⁶⁾.

4 PROBLEMAS CON LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

Los precios de transferencia son una materia que causa diversos problemas en su aplicación práctica. Varias de las mayores complicaciones se presentan, en particular, con el fuerte énfasis en los comparables de las legislaciones y regulaciones de un número cada vez mayor de países. Otros problemas son causados por una diferencia fundamental de enfoque entre ciertos países. Los problemas de precios de transferencia también surgen con el comercio global de instrumentos financieros. Algunos de los problemas principales se discuten a continuación.

1. El enfoque norteamericano de los precios de transferencia se refleja en el § 482 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos que otorga facultades a las autoridades tributarias para ajustar las utilidades de entidades vinculadas para “reflejar claramente la renta”. Las regulaciones norteamericanas de 1994 sobre precios de transferencia dan cuenta de este concepto al referirse a la “renta imponible verdadera”, la cual es definida como “la renta gravable que hubiera correspondido (a una entidad) de haber negociado con otro miembro o miembros del grupo en condiciones de plena competencia”⁽³⁷⁾.

Por tanto, la atención recae en la comparación de rentas. En virtud de la regla del mejor método, los métodos tradicionales y los métodos de partición de utilidades pueden ser también utilizados bajo las regulaciones, pero el CPM es claramente el método que encaja mejor en este enfoque.

Aunque el rango de plena competencia ofrece cierta flexibilidad a los contribuyentes, el CPM, en los hechos, impone al contribuyente en cuestión los resultados obtenidos por otros contribuyentes.

La conclusión puede ser, por tanto, que en los Estados Unidos el antiguo método empírico, como fue descrito previamente, ha regresado y no solamente como un método a ser usado por las autoridades tributarias en ausencia de cuentas confiables, sino como un método de precios de transferencia a ser empleado principalmente por los contribuyentes. Como indicamos antes, sin embargo, el método empírico no es un método de plena competencia para determinar precios de transferencia.

Otra infracción al principio de plena competencia, motivada por el énfasis de los Estados Unidos en la renta, parece ser la disposición “en proporción con los ingresos” (ver arriba § 482). Las cláusulas que ajustan de forma retroactiva la contraprestación acordada en contratos celebrados entre partes no vinculadas en casos en los que el ingreso del contrato es mayor que el previsto son bastante inusuales.

El enfoque de los Principios Administrativos sobre Precios de Transferencia alemanes del 23 de febrero de 1983, que se mantienen vigentes sin cambios después de la emisión de las Directrices de OCDE de 1995⁽³⁸⁾, es completamente diferente. Por ejemplo: “*La conducción de negocios entre personas relacionadas tiene que ser juzgada, para efectos tributarios, de acuerdo a si aquellas hubieran actuado de la forma como lo hubieran hecho terceras partes independientes de la otra (acuerdos de plena competencia). (...) El principio subyacente es el grado normal de prudencia comercial mostrado por un gestor de negocios diligente y concienzudo (...) vis-à-vis partes no relacionadas*”⁽³⁹⁾.

De forma contraria al procedimiento obligatorio norteamericano de seleccionar un método a través de la regla del mejor método, el sistema tributario alemán reconoce que existe un grado razonable de discreción para un gestor de negocios diligente para seleccionar y aplicar los métodos de precios de transferencia basados en la información disponible o accesible a él⁽⁴⁰⁾.

El principio del gestor diligente de negocios también es aplicado en algunos otros países europeos⁽⁴¹⁾, por ejemplo, en Holanda. A diferencia de Alemania, sin embargo, en Holanda este principio sólo regula el reparto de beneficios para años fiscales específicos (artículo 9° de la Ley del Impuesto a la Renta o ITA), pero no la calificación como un beneficio gravable o la atribución de beneficios a contribuyentes vinculados (artículo 7°, ITA)⁽⁴²⁾. Por consiguiente, los

precios de transferencia no están cubiertos por el principio del gestor diligente de negocios; sino por el artículo 7°, ITA conjuntamente con el artículo 10° de la Ley del Impuesto a la Renta de Sociedades, el cual no admite como deducciones los desembolsos de utilidades reales o encubiertas. El ajuste es posible, de acuerdo con la jurisprudencia, si se cumplen dos criterios:

- una ventaja ha sido otorgada a la parte vinculada en base a consideraciones ajenas a las comerciales (“*onzakelijke*”); y
- ambas partes han previsto otorgar la ventaja (o deberían tener conocimiento de las mismas)⁽⁴³⁾.

Si las partes tuvieran un acuerdo de largo plazo con oportunidades de beneficios equilibrados al momento de celebrar el acuerdo y lo aplican de manera consistente, los resultados de tal acuerdo son aceptables para los tribunales holandeses⁽⁴⁴⁾.

El énfasis es similar a aquel en Alemania; es decir, en el contribuyente en sí mismo, en lugar de datos externos en virtud de la regla del mejor método.

2. Las diferencias fundamentales en la aproximación a los precios de transferencias entre países que salen a la luz, en particular, en cuanto al uso de métodos basados en la comparación de utilidades (operativas o netas), pueden causar grandes problemas en la práctica.

En un creciente número de casos, el CPM es elegido como el “mejor método”⁽⁴⁵⁾. El CPM se basa en la comparación de la utilidad o beneficio operativo del contribuyente con aquella de empresas independientes, con similares tipos de transacciones y bajo circunstancias comparables. La información sobre utilidades operativas es más fácil de obtener que la información de precios de productos comparables o de márgenes brutos, los cuales son necesarios para los métodos del costo incrementado y del precio de reventa⁽⁴⁶⁾. Esto explica el aumento del uso de CPM. Al menos, de esa manera, se pueden evitar problemas con el IRS.

(36) Como se aprecia de las encuestas mencionadas en las notas 1 y 7.

(37) Regulaciones Norteamericanas de Precios de Transferencia, 8 de julio de 1994, § 1.482-1(b)(1) y § 1.4821(i)(9).

(38) Excepto por una adición, de fecha 30 de diciembre de 1999, relativa a los acuerdos de costos compartidos.

(39) Traducción oficial incluida en el capítulo alemán de *The Tax Treatment of Transfer Pricing*. IBFD Publications BV, Ámsterdam, hojas sueltas. Ver § 2.1.1. y § 2.1.8.

(40) Ver BECKER, H., “West-Germany: the Arm’s Length Principle and the «Reasonable Businessman»”. EN: *14 Tax Planning International Review* 8, 1987, pág. 8.

(41) Ver BECKER, H., *op. cit.*

(42) Ver SPIERDIJK, J.F., “Transfer Pricing and Multinational Enterprises”. EN: *Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap*, 153, Deventer, Kluwer, 1981.

(43) Varias decisiones del Hoge Raad, desde la del 30 de diciembre de 1953, BNB 195/62.

(44) Ver Hoge Raad, 8 de noviembre 1995, BNB 1996/64, comentada por A.H.M. Daniels.

(45) La encuesta sobre precios de transferencia de Ernst & Young arrojó porcentajes para el uso de CPM en nueve diferentes sectores industriales, que van del 14 al 18. El costo incrementado sigue siendo el método más usado (60 a 71 por ciento). Sin embargo, las estadísticas son difíciles de comparar porque se ha permitido el uso de opciones múltiples.

(46) Ver COOLS, M. “International Commercial Database for Transfer Pricing Studies”. EN: *6 International Transfer Pricing Journal* 5, 1999, págs. 178 a 182.

Las Directrices de OCDE de 1995 mencionan, como un problema en la aplicación de los métodos que comparan los márgenes netos (utilidad operativa) el hecho que el margen puede verse influenciado por factores que no tienen o que tienen poca influencia en los márgenes brutos o en los precios⁽⁴⁷⁾. Por ejemplo, una gestión pobre y un inadecuado control de costos generalmente influyen en las utilidades operativas, en particular. Por esta razón, las Directrices de OCDE de 1995 califican al TNMM, el clon del CPM, como un método que sólo puede ser usado si los tres métodos principales no son aplicables.

El TNMM es un compromiso establecido con gran dificultad dentro de la OCDE entre los Estados Unidos y ciertos países europeos, teniendo a Alemania como su principal exponente. Varios países europeos estuvieron y aún siguen en contra del CPM y sus predecesores en las versiones temporales de las regulaciones norteamericanas.

Como se indicó previamente, en Alemania los precios de transferencia son regulados de conformidad con el concepto del gestor diligente de negocios, el cual se presenta diagonalmente opuesto a los métodos basados en la comparación de "utilidades operativas netas". En efecto, en tanto se basa en factores externos, el CPM puede tener ninguna o poca relación con la realidad económica, la estructura y el sistema contable de gestión del contribuyente involucrado, los cuales son elementos esenciales del concepto de una práctica de negocios diligente. Después de la adopción de las Directrices de OCDE de 1995, el Ministerio de Finanzas de Alemania señaló que se mantiene contrario a los métodos de precios de transferencias que comparan utilidades operativas netas⁽⁴⁸⁾.

Las EMN con establecimientos en Estados Unidos y en Alemania o Suecia, por ejemplo, pueden enfrentar el siguiente problema: De un lado, es posible que en los Estados Unidos tengan que aplicar el CPM (si es el "mejor método") pero, de otro lado, las autoridades tributarias de Alemania o Suecia podrían negarse a aceptar los precios de transferencia que no se sustenten en los métodos del CUP, costo incrementado o precios de reventa.

El procedimiento de acuerdo mutuo del artículo 25° del Convenio Modelo de OCDE no brinda una solución si las autoridades competentes continúan en desacuerdo sobre el método aplicable. El resultado de este desacuerdo puede ser que la doble imposición no pueda ser evitada. Por tanto, parece que las Directrices de OCDE de 1995 no han logrado sus objeti-

vos de salvar las diferencias de Estados Unidos-Europa, así como prevenir la doble imposición.

3. Otro problema particularmente importante, es la pesada carga administrativa resultante del rol esencial de los comparables en la regulación de un número cada vez mayor de países, que surge cuando se aplica la regla del mejor método.

Por ejemplo, la situación en los Estados Unidos es la siguiente: todos los métodos señalados en las regulaciones, el CUP, el precio de reventa, el costo incrementado, el CPM y los métodos de partición de utilidades son, en principio, equivalentes, pero el método que brinde la medida más confiable de un precio o resultado de plena competencia en una situación determinada deberá ser elegido (la regla del mejor método). Para seleccionar un método específico, deben considerarse dos factores, esto es, la comparabilidad con la situación de libre mercado y la calidad de la información y los supuestos. En caso de insuficiencia de comparabilidad, ajustes por diferencias en la comparabilidad pueden tener que realizarse.

En la práctica, la regla del mejor método conduce a una evaluación sobre la aplicabilidad de todos los métodos señalados. Con la finalidad de evitar una sanción administrativa en caso de corrección por parte del IRS, la búsqueda del mejor método debe acreditarse de forma adecuada con documentación actualizada.

Como una consecuencia de los requisitos de documentación, para todas las transacciones o, por lo menos, transacciones similares, el material de referencia debe ser buscado de manera continua (el mercado cambia constantemente) y la documentación debe ser archivada. La nueva especialidad de "expertos en comparables" es un ejemplo concreto de este despilfarro económico.

El principio de igualdad que, según la OCDE, es la base del principio de plena competencia parece estar fuera de tono nuevamente en estos días. Después de todo, las transacciones entre entidades no relacionadas no provocan tales obligaciones administrativas.

Debe tenerse en cuenta que los precios de transferencia no sólo son una carga pesada para las EMN, sino también para las administraciones tributarias. En muchos

países, la gestión adecuada de la normativa sobre precios de transferencia requiere de un gran número de auditores especializados. Varios países han ampliado sus administraciones con departamentos especializados en auditoría de precios de transferencia. Los países no pueden darse el lujo de no brindar la adecuada atención a este asunto, puesto que pueden perder ingresos a favor de otros países con administraciones tributarias mejor capacitadas.

4. A raíz de las regulaciones norteamericanas sobre precios de transferencia de julio de 1994, las Directrices de OCDE de 1995 enfatizaron la necesidad de comparación con transacciones entre empresas no vinculadas. Las Directrices reconocen, no obstante, que hay casos claros en que esto no es fácticamente posible; por ejemplo, con la producción integrada de productos altamente especializados, con patentes únicas u otros intangibles y con formas particulares de servicios. Otra complicación es que determinadas operaciones raramente o nunca son efectuadas entre empresas no vinculadas.

Un problema adicional, también relacionado con los comparables, es el uso de «comparables secretos» por parte de las autoridades tributarias. Cuando se audita a contribuyentes activos en el mismo sector económico, las autoridades tributarias están en capacidad de recolectar datos que pueden ser utilizados para comprobar los precios de transferencia de contribuyentes específicos, usualmente sin estar autorizados para revelar la fuente de la información. Los contribuyentes no están en capacidad de defenderse a sí mismos contra un reparo basado en los referidos comparables secretos. Otra complicación es que, en un procedimiento de acuerdo mutuo, las autoridades tributarias del otro país podrían no estar dispuestas a aceptar un ajuste correlativo si no median pruebas claras de los comparables.

En Alemania, el problema fue muy bien delimitado y la situación jurídica fue aclarada por el Tribunal Fiscal Regional de Düsseldorf en su decisión de fecha 8 de diciembre de 1998. El Tribunal dictaminó que la divulgación de datos relativos a otros contribuyentes violó los derechos de esos contribuyentes, constituyendo una vulneración de la reserva tributaria, incluso si la

(47) Directrices de OCDE de 1995, § 3.29, § 3.35 y § 3.36.

(48) Opinión del Ministerio de Finanzas del 13 de julio de 1995 (IStR 1995, 384). Está en debate si el Tribunal Fiscal Regional de Düsseldorf, en su resolución del 8 de diciembre de 1998 (IStR 1999, 311) avala implícitamente la posición del Ministerio. T. Borstell/M. Prick, Grundsatzentscheidung zu anonymen Vergleichsdaten in der Prüfung von Verrechnungspreisen (IStR 1999, 304, 306) concluyen a favor de desestimar los comparables secretos (ver capítulo IV.4). No obstante, S. Schnorberger, Unzulässigkeit gewinnvergleichender Verrechnungspreismethoden in Deutschland? (IStR 1999, 523, 524) y H. K. Kroppen/A. Eigelshoven, Die Bestimmung angemessener Verrechnungspreise mit Hilfe des externen Betriebsvergleichs (IWB 01/2000) Fach 3, Deutschland, Gruppe 1, p. 1587 no apoyan esta conclusión.

mencionada información fuese entregada sólo al Tribunal. Además, el contribuyente involucrado se pondría en desventaja si solamente se permitiera al Tribunal revisar y tener en cuenta la información en cuestión. El uso de información en forma anónima por parte de la administración tributaria privaría al Tribunal de la posibilidad de comprobar si los datos fueron realmente comparables y completos⁽⁴⁹⁾.

5. Un problema relativamente nuevo para los precios de transferencia y la aplicación del principio de plena de competencia es el desarrollo del denominado comercio global, que se ha tornado posible gracias a la liberalización del comercio, la supresión de restricciones al intercambio de divisas, las nuevas técnicas de comunicación y las tecnologías de la información⁽⁵⁰⁾.

Los problemas de precios de transferencia se presentan, de forma particular, en el comercio de 24 horas de derivados financieros al interior de grupos financieros y de otro tipo. Las funciones de intermediación clásicas del sector financiero, es decir, combinando la oferta y la demanda de capital y conservando un margen de utilidad, han sido parcialmente reemplazadas por transacciones en derivados, tales como opciones y swaps, las cuales también son realizadas por empresas no bancarias.

Los problemas de precios de transferencia en este sector se discuten en un informe reciente de OCDE⁽⁵¹⁾, que describe las diversas funciones que se efectúan en el comercio de derivados. El informe señala que los problemas son causados, de forma particular, por la diversidad de lugares en los que las funciones de una sola transacción son llevadas a cabo; por ejemplo, la estructuración y venta del producto en Nueva York y su registro contable y control en Tokio.

En el caso de que exista un alto nivel de integración de funciones, el método de partición de utilidades puede aplicarse, de acuerdo con el informe. Para la atribución de utilidades conjuntas obtenidas en transacciones de comercio global, deben cuantificarse especialmente los siguientes factores: la función de comercialización y promoción, el factor riesgo y la función de apoyo. Dado que los factores señalados no tienen el mismo interés comercial, estos tienen que ser sopesados. Sin embargo, el informe no proporciona instrucciones claras al respecto.

5 ¿SOLUCIONES PARA EL PROBLEMA DE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA?

Las soluciones al problema de los precios de transferencia pueden buscarse: (1) dentro del ámbito del principio de plena

competencia, (2) en reducir el impacto de los precios de transferencia, mediante la introducción de sistemas regionales de imposición a la renta de las empresas en lugar de sistemas impositivos nacionales, y, (3) en métodos alternativos de atribución de utilidades.

5.1. Dentro del ámbito del principio de plena competencia

a) *Acabar con la regla del mejor método*

La regla del mejor método incluida en la reglamentación norteamericana no es una característica obligatoria del principio de plena competencia en sí mismo; sin embargo, siguiendo el planteamiento de los Estados Unidos, algunos países de la OCDE y otros países han introducido dicha regla. Las Directrices de OCDE de 1995, sin embargo, al parecer no favorecen la regla del mejor método, precisando en § 1.69, que los análisis bajo más de un método no son necesarios.

Como se ha señalado anteriormente, la regla del mejor método resulta ser especialmente, una pesada carga administrativa para las EMN, debido a la necesidad de recopilar continuamente datos externos bajo todos los métodos posibles. Otro problema es que, debido al énfasis en datos externos, los métodos de precios de transferencia que posiblemente tengan que aplicarse, para efectos fiscales, pueden tener poca relación con la realidad de los negocios de la entidad en cuestión.

El enfoque debe ser más equilibrado. La intención debe ser seleccionar un método de precios de transferencia que calce con la estructura del grupo y cumpla los requerimientos de la contabilidad de gestión y comercial dentro del marco de la legislación tributaria. En consecuencia, la legislación fiscal debería especificar los tres métodos tradicionales más el método del precio negociado, así como el de partición de utilidades (pero no el CPM y el TNMM, por las razones expuestas previamente).

Todas las autoridades tributarias involucradas deberían, en principio, seguir un sistema de precios de transferencia bien documentado, obligatorio para todos los miembros de un grupo o para los miembros de una división de un grupo que se base en los métodos establecidos en las leyes tributarias y que sea aplicado de forma coherente.

Los ajustes sólo deben hacerse si la

autoridad tributaria ha comprobado que los precios de transferencia aplicados se desvían más allá de cierto rango (régimen de puerto seguro o *safe haven*) del CUP o de los márgenes brutos comparables y cuando el método del precio negociado es aplicado sin satisfacer las condiciones de negociar libremente como partes independientes. Como se ha indicado, las comparaciones de ingresos netos sólo deben utilizarse para seleccionar los casos a ser auditados por las autoridades tributarias.

b) *Partición de Utilidades*

La partición de utilidades es reconocida por las regulaciones estadounidenses como un método específico, sujeto a la regla del mejor método. Las Directrices de OCDE de 1995 tratan al método de partición de utilidades como uno subordinado a los tres métodos principales, pero, en principio, como un método de plena competencia. Una consideración importante en las Directrices (§ 3.6) es que "*una fortaleza del método de partición de utilidades es que, por lo general, no se basa directamente en transacciones estrechamente comparables y, por ende, puede ser utilizado en casos en los que no puedan identificarse transacciones entre empresas independientes*". Los datos externos podrían, sin embargo, ser relevantes para evaluar el valor de las contribuciones de cada una de las partes.

Otra ventaja es que sólo la utilidad real puede ser distribuida. Bajo los otros métodos, el uso de datos externos puede ocasionar que se asignen utilidades que no fueron realmente obtenidas por la entidad en cuestión.

La partición de utilidades puede ser utilizada para una transacción, un conjunto de transacciones o, incluso, para todas las transacciones entre entidades vinculadas. La principal diferencia con los métodos con fórmulas de prorrateo es la ausencia de una fórmula preestablecida.

Un reparto sensato se basa en una adecuada retribución para las funciones y los riesgos de las partes interesadas.

Como la información requerida para la aplicación de la partición de la utilidad se encuentra, en principio, disponible dentro del grupo en cuestión, una búsqueda onerosa de comparables es, como regla, innecesaria. En Japón y Canadá, la partición de utilidades parece haber adquirido

(49) Ver IStr 1999, 311.

(50) Ver OWENS, J., "Taxation within a Context of Economic Globalization". EN: 52 *Bulletin for International Fiscal Documentation* 7 (1998) págs. 290 y sgtes.

(51) OECD, "The Taxation of Global Trading of Financial Instruments", primera versión del 14 de febrero de 1997, versión revisada del 17 de marzo de 1998.

una posición más destacada que aquella propuesta por las Directrices de OCDE de 1995⁽⁵²⁾.

Por lo tanto, una mayor aplicación del método de partición de utilidades puede reducir los problemas en el área de los precios de transferencia.

5.2. Sistemas Tributarios Regionales: El Impuesto Corporativo Europeo

Varios autores han hecho propuestas sobre un impuesto de sociedades en la Unión Europea ("UE"), sea en combinación con la Societas Europaea o como sistema opcional para EMN en Europa. Morris Tabaksblat, ex presidente del directorio de Unilever sugirió en 1993 la introducción de un impuesto corporativo en la UE, basado en los resultados consolidados de las actividades de las EMN al interior de la UE. El impuesto sería aplicado por una institución de la UE y los ingresos serían repartidos entre los Estados miembros, de conformidad con una fórmula de distribución acordada. El impuesto de la UE sustituiría completamente a los impuestos corporativos nacionales para las empresas que opten por este sistema. En un solo paso, un gran número de problemas serían resueltos: los problemas de precios de transferencia dentro de la Unión Europea no existirían más; las fusiones podrían llevarse a cabo sin complicaciones tributarias (en la medida en que ya no estén resueltas por la Directiva sobre fusiones de la CE), los intereses y las regalías podrían ser pagadas sin retención en fuente y podría permitirse la compensación de pérdidas efectuadas dentro de la Unión Europea⁽⁵³⁾.

Plasschaert⁽⁵⁴⁾ también describe las ventajas de un impuesto de sociedades de la UE y lo compara con la introducción de un impuesto unitario en la Unión Europea. Llega a la conclusión que un impuesto de sociedades de la UE para EMN es preferible a la imposición unitaria en la UE, sobre todo porque de esta manera la neutralidad fiscal se realiza en mayor medida.

En cualquier caso, sin embargo, el problema de los precios de transferencia con terceros países permanecerá.

Económicamente hablando, un impuesto de sociedades de la UE es una opción atractiva, puesto que los costos de recaudación y de cumplimiento disminuirían considerablemente, tanto para las empresas como para las autoridades tributarias de la UE; sin embargo, políticamente esto aún no es factible, desafortunadamente. Actualmente, no hay un solo Estado miembro de la UE que parezca estar dispuesto a renunciar a su soberanía en este

campo. Sin embargo, se ha logrado un pequeño paso en la dirección correcta, a través del trabajo del Grupo del Código de Conducta, el comité de Estados miembros de la UE que se encuentra revisando críticamente la competencia fiscal en la Unión Europea⁽⁵⁵⁾. Además, acciones con posibilidades de éxito del Comisario responsable de competencia de la CE, utilizando el artículo 92° del Tratado de la Comunidad Europea contra las ayudas estatales en forma de medidas fiscales, pueden, eventualmente, desaparecer un incentivo para mantener los impuestos corporativos nacionales.

5.3. Métodos alternativos de atribución de utilidades

a) Métodos con fórmulas de prorrateo

Los métodos con fórmulas de prorrateo atribuyen las utilidades consolidadas de un grupo entre las entidades del mismo en varios países, mediante la aplicación de una fórmula en particular, por ejemplo, una fórmula basada en la combinación del volumen de negocios, los costos, los activos y la planilla de pagos. Una forma menos extrema es la imposición unitaria. En este caso, la atribución se realiza sobre el resultado de un negocio unitario, es decir, una combinación de un grupo de empresas que puede ser considerado como una entidad económica. Los métodos con fórmulas de prorrateo son aplicados, por ejemplo, en Canadá, Suiza y Estados Unidos para repartir los beneficios a las Provincias, Cantones y Estados, respectivamente.

El informe de OCDE de 1979 no apoya el uso de fórmulas de prorrateo de utilidades. En el § 14 se afirma que está en conflicto con los artículos 7° y 9° del Convenio Modelo de OCDE. Esto ocurre, efectivamente, con el artículo 9° y parcialmente con el artículo 7°. Sin embargo, el cuarto párrafo del artículo 7° deja espacio para el uso de otros métodos distintos al "enfoque de entidades separadas".

Como objeciones principales contra los métodos con fórmulas de prorrateo, el informe sostiene que:

- No existe una relación clara con la situación económica real de las empresas del grupo en cuestión.

- Pueden llevar a resultados aleatorios.
- Existirán cargas administrativas para las autoridades tributarias como para las EMN; y
- Existe el riesgo de doble imposición en caso de la aplicación divergente por parte de las autoridades tributarias.

Las Directrices de OCDE de 1995 profundizan aún más en las objeciones contra los métodos con fórmulas de prorrateo (Capítulo III, § 3.61 *et seq.*). La principal crítica es la ausencia de consenso y coordinación internacional. Debe existir acuerdo sobre la composición del grupo al que se le atribuirán las utilidades, la fórmula que se aplicará, la determinación de los beneficios consolidados y el uso de un sistema común de contabilidad.

Según la OCDE, los países tenderán a dar mayor peso a los factores en la fórmula que conduzcan a un resultado favorable para el país en cuestión. Adicionalmente, sería posible que los contribuyentes manejen sus asuntos de tal forma que el énfasis sea ubicado en factores que trasladen utilidades a países de menor imposición.

No obstante, un método con fórmula de prorrateo parece acomodarse mejor que el principio de plena competencia a los desarrollos actuales y futuros. Después de todo, el principio de plena competencia se sustenta en la idea de economías nacionales y empresas independientes y no en la idea de organizaciones integradas y comercio global.

Las críticas contra el principio de plena competencia, tales como la búsqueda de comparables y la dificultad en aplicar el principio al comercio financiero global, están ausentes con los métodos con fórmula de prorrateo. La carga administrativa para las EMN, así como la tarea de las autoridades tributarias sería mucho más ligera bajo una fórmula de prorrateo, toda vez que la distribución se llevaría a cabo sobre la base de la información interna, disponible.

Durante los últimos 20 años, se han esgrimido en la literatura muchos argumentos a favor y en contra de los métodos con fórmulas de prorrateo⁽⁵⁶⁾. De acuerdo con los desarrollos descritos previamente, parece ser nuevamente momento para que la aplicación de los métodos con fórmulas

(52) Ver *Tax Management Transfer Pricing Report* (30 de junio de 1999), pág. 175.

(53) Ver TABAKSBLAT, M. "Harmonisation of Corporation Tax in the EC; the Views of a Multinational". EN: *Intertax*, 1993, págs. 16 y sgtes.

(54) Ver PLASSCHAERT "An EU Tax on the Consolidated Profits of Multinational Enterprises". EN: *37 European Taxation* 1, 1997, págs. 2 y sgtes.

(55) Informe del Código de Conducta del Grupo de Imposición de Empresas al Consejo ECOFIN del 29 de noviembre de 1999.

(56) KOGELS, A.O. "Unitary Taxation: an International Approach". EN: *37 Bulletin for Fiscal Documentation* 2, 1983, págs. 65 y sgtes; LANGBEIN, S.I., *op. cit.*, págs. 625 y sgtes; WEINER, J.M. "Using the Experience in the US States to Evaluate Issues in Implementing Formula Apportionment at the International Level". EN: *13 Tax Notes International* 26, 1996, págs. 213 y sgtes.

de prorrateo sea objeto de un estudio oficial sobre todo en la OCDE. Además, la aplicación de un método unitario dentro de la Unión Europea, por ejemplo, basado en el concepto de la sociedad europea, será menos difícil después de la introducción de la moneda única europea y la armonización de las normas contables⁽⁵⁷⁾.

b) *Imposición según el Estado de Origen Europeo (European Home State Taxation)*

En 1999, el llamado Grupo de Estocolmo propuso la idea de una Imposición según el Estado de Origen ("Home State Taxation - HST") en la Unión Europea⁽⁵⁸⁾. Brevemente, el HST permite a las empresas que tienen su sede administrativa en un Estado miembro de la UE adoptar el sistema fiscal de ese Estado miembro y aplicarlo a sus actividades en aquellos Estados miembros de la UE que se hayan adherido al sistema. De esta manera, la base imponible para un grupo de empresas que operan en varios Estados miembros de la UE es calculada de acuerdo con el sistema tributario del Estado de origen del grupo. Luego, la base imponible se atribuye a los Estados miembros de la UE donde el grupo desarrolla sus actividades sobre la base de una fórmula acordada. Cada Estado miembro aplica su propio tipo impositivo a la base imponible asignada. Las diferentes empresas pertenecientes al grupo continúan siendo contribuyentes en sus países de residencia.

Siempre que se puedan encontrar soluciones viables y aceptables para los problemas enumerados por el Grupo de Estocolmo en relación con el HST⁽⁵⁹⁾, el sistema presenta grandes ventajas en comparación con la fijación de precios de transferencia mediante el principio de plena competencia y las fórmulas de prorrateo. Elimina los problemas de precios de transferencia entre los Estados miembros de la UE, así como el riesgo de doble imposición, permitiendo además la compensación de pérdidas por completo. Como consecuencia, la carga administrativa para las EMN y las administraciones tributarias se reduciría. A diferencia de otros sistemas con fórmulas de prorrateo que, en realidad, tienen una visión de la EMN desde la perspectiva limitada de un establecimiento local, el sistema impositivo del "Estado de Origen" del grupo es la base del HST. Además, se pueden encontrar mejores bases para la atribución de utilidades que las fórmulas tradicionales basadas en el volumen de negocios, activos y planilla. Por ejemplo, el Grupo de Estocolmo sugiere una base tipo IVA ajustada. Si el HST tie-

ne éxito en la Unión Europea, podría ser introducida también en otros países en virtud de tratados fiscales bilaterales o multilaterales, siempre que exista consenso sobre el concepto de «Estado de Origen» y la fórmula a ser empleada.

6 RESUMEN Y CONCLUSIONES

El principio de plena competencia regula el tratamiento fiscal de alrededor del 70 por ciento del comercio transfronterizo en el mundo. Sin embargo, los orígenes del principio, hasta ahora, no habían sido estudiados. Alrededor del año 1930, debió haber sido formulado por el Tesoro de los Estados Unidos como enfoque para la atribución de beneficios a partes de las empresas (casa central, establecimientos permanentes y también compañías subsidiarias). Después de una investigación llevada a cabo por Mitchell B. Carroll, un asesor del Tesoro de los Estados Unidos, el término fue incluido -probablemente, por primera vez en un documento oficial- en el proyecto de tratado multilateral de la Sociedad de Naciones en 1933 (y más tarde en las regulaciones norteamericanas de 1935). El propósito del principio era garantizar la correcta aplicación del enfoque de entidad separada o empresa independiente, el cual fue calificado como el principal método para la atribución de utilidades a los establecimientos permanentes. Bajo otro método subordinado, el método empírico, los ingresos de los establecimientos permanentes eran estimados en base a los ingresos de empresas similares en el país en cuestión. Un tercer método distribuía una parte del beneficio o utilidad total de los establecimientos permanentes en función de una fórmula.

Después de 70 años, el principio de plena competencia parece haber llegado a los límites de su desarrollo. La razón principal de esto es que el énfasis en la legislación y reglamentos de muchos países, así como en las Directrices de OCDE de 1995 ya no recae en el contribuyente en sí mismo, sino en comparables; es decir, en factores y datos externos que suelen ser difíciles de obtener y aplicar. En particular, los métodos basados en la comparación de ingresos netos, como el CPM y el TNMM, que en realidad son versiones más sofisticadas del método empírico, han contaminado el principio de plena competencia.

Como indicaba el Informe de OCDE de 1979, los métodos de este tipo no deberían ser considerados como métodos de precios de transferencia, sino como métodos de selección para las auditorías por parte de las autoridades tributarias.

Por otro lado, un enfoque puro del principio de plena competencia a través del método de precio negociado (partes vinculadas negociando entre sí como lo harían partes independientes) no es reconocido como un método de precios de transferencia que produzca resultados de plena competencia, ni por las Directrices de 1995 ni por la legislación interna. Además, la regla del mejor método, incluida en la legislación de varios países, causa una carga administrativa innecesaria que no se aplica a los contribuyentes no vinculados. El principio de igualdad, que es la base del principio de plena competencia, es, por ende, vulnerado. Por tal motivo, la regla del mejor método debe ser abolida.

Las Directrices de OCDE de 1995 deberían proporcionar un mejor equilibrio entre el énfasis anti-elusivo de los Estados Unidos, por un lado, y el criterio alemán del gestor de negocios diligente, por otro lado. Las reglas de precios de transferencia deberían permitir a los contribuyentes la selección de un método que se ajuste a la estructura del grupo, cumpliendo sus objetivos de la contabilidad gerencial y comercial dentro del marco de la legislación fiscal.

El método de la partición de beneficios merece un lugar más prominente del que tiene en las Directrices de OCDE de 1995, ya que no se basa en comparables y ofrece soluciones en situaciones en las que es difícil desenmarañar transacciones entre partes vinculadas.

Debido a la diferencia de opinión sobre la aplicación del principio de plena competencia y los problemas con su aplicación práctica, debe llevarse a cabo un estudio sobre las posibles alternativas al referido principio.

Entre las alternativas, el «Home State Taxation», en particular, puede proporcionar una solución políticamente viable y práctica a la dificultad de atribuir las utilidades de las EMN a los países en los que éstas se encuentran activas resolviendo problemas de precios de transferencia y, al mismo tiempo, otros problemas fiscales concernientes a las EMN.

(57) Ver KLAVER, J.A.M. y TIMMERMANS, A.J.M. "Beleidsconcurrentie of beleidscoördinatie bij de EU Belastingpolitiek (Durch)". EN: *Weekblad voor Fiscaal Recht* 6336, 1999, pág. 506.

(58) LADIN, S. O. y GAMMIE, M. "The Taxation of the European Company". EN: *39 European Taxation* 8, 1999, págs. 186 y sgtes.

(59) LADIN, S. O. y GAMMIE, M., *op. cit.*