

# NUEVAS NORMAS SOBRE PRECIOS DE TRANSFERENCIA: ANÁLISIS PRÁCTICO A LA LUZ DEL DERECHO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

ÁLVARO F. PARRA PASCUAL<sup>1</sup>

## RESUMEN

En el presente artículo se presenta el desarrollo histórico del principio "*arm's length*" y sus elementos esenciales. A continuación, se analizará su aplicación en los Estados Unidos, país donde mayor desarrollo ha tenido, con énfasis en los problemas prácticos que se han observado, y que podríamos encontrar en nuestro país a la luz del proyecto. Además se estudiarán las principales críticas al principio y otras alternativas que se han planteado para el tratamiento de las transacciones entre entidades relacionadas, específicamente el método conocido como "*Global formulary apportionment*". Finalmente, se exponen tres aspectos relevantes de la nueva norma, los métodos para calcular el precio "*arm's length*", la información que debe suministrar el contribuyente y los acuerdos anticipados de precios.

## I INTRODUCCIÓN

Desde hace ya muchos años, gracias a los avances tecnológicos, al desarrollo en el campo de las telecomunicaciones y la eliminación de barreras regulatorias, económicas y políticas, se ha visto en todo el mundo un

---

<sup>1</sup> Abogado del área tributaria del Estudio Jurídico Ovalle y Compañía Limitada. Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Máster en Derecho Tributario Internacional de la Universidad de Florida; Candidato a Doctor en Derecho Tributario Internacional de la Universidad de Florida; Ayudante de la cátedra de Derecho Tributario en la Pontificia Universidad Católica de Chile.

marcado aumento de la inversión extranjera y como corolario de esto, en la presencia de compañías multinacionales.

En pro de la eficiencia y para lograr la maximización de beneficios, ahora las empresas dividen sus funciones entre distintas unidades, las que generalmente están ubicadas en diferentes lugares del mundo, de esta manera se logran aprovechar las ventajas comparativas de cada área geográfica, produciéndose por ello intercambios comerciales internacionales entre estas empresas relacionadas.

Chile no se ha quedado al margen de esta tendencia, tanto así que el año 2011 la inversión extranjera directa alcanzó el nivel record de US\$13.790 millones<sup>2</sup>. Esta situación, muy positiva desde el punto de vista comercial y fundamental para el desarrollo de nuestro país, ha significado la introducción de formas de hacer negocios cada vez más sofisticadas y complejas. Imponiendo a las autoridades la obligación de actualizar las normas aplicables con la finalidad de adaptarse a las nuevas realidades a que se ven enfrentados.

Es precisamente en este campo donde encontramos la problemática de los precios de transferencia, uno de los temas más relevantes dentro del derecho tributario internacional moderno y el cual, hasta ahora, no había recibido un tratamiento sistemático en nuestra legislación.

En este sentido, la recién aprobada reforma tributaria es bienvenida. Tal y como se esperaba ella incorpora los principios actualmente en boga y recogidos en las legislaciones modernas siguiendo los lineamientos de la OCDE, que tienen como núcleo el principio "*arm's length*".

En el presente artículo exploraré los principales aspectos de la reforma y la aplicación práctica de ciertos elementos en ella incluidos. Para ello, en primer lugar me referiré al principio "*arm's length*", fundamento sobre el que descansan las reglas propuestas, su evolución histórica y desarrollo, así como las principales críticas a que ha sido objeto y la alternativa del procedimiento formulario; a continuación estudiaré la nueva normativa contenida en el proyecto de ley enfocándome principalmente en la elección del mejor método; requerimientos de información y acuerdos anticipados de precios. En lo relacionado con estos temas analizaré la legislación de los Estados Unidos de América país donde mayor desarrollo ha tenido esta disciplina y su aplicación práctica, para finalizar con mis conclusiones.

<sup>2</sup> Foreign Investment Committee, Government of Chile. *Foreign Investment Review*. Enero, 2012. [en línea] <<http://www.foreigninvestment.cl/images/stories/pdfs/news-letter/2012.01.pdf>> [consulta: 20 de agosto de 2012].

## II PRINCIPIO "*ARM'S LENGTH*", DESARROLLO Y EVOLUCIÓN

El principio de neutralidad, de plena concurrencia o "*Arm's Length Principle*", es el criterio que la comunidad internacional ha acordado adoptar, bien sea por medio de convenios para evitar la doble tributación o por la legislación interna de cada país, para solucionar los problemas producidos por los precios de transferencia.

La importancia de este principio radica en que es el criterio que se ha elegido para servir de medida de cómo debieran realizarse las transacciones entre partes relacionadas, y todas las normas y mecanismos que se implementan descansan sobre él y tienen por objeto lograr hacerlo operativo y aplicable.

El nombre del concepto "*arm's length*", traducido literalmente al español como "el largo del brazo", tiene su origen en la idea de que las personas que se encuentran a una distancia superior a la de su propio brazo están en una situación de independencia, sin que pueda ser su comportamiento influenciado por otro<sup>3</sup>.

La historia de este principio comienza en la década del 30, cuando Mitchell B. Carroll recibe de la Liga de las Naciones el encargo de estudiar los problemas que se producían entre los distintos países con motivo de los precios de transferencia. Como resultado de dicha misión, Carroll entrega un documento llamado "Methods of Allocating Taxable Income, of League of Nations, Taxation of Foreign and National Enterprises, Studies of the Tax Systems and the Methods of Allocation of the Profits of Enterprises Operating in More than one Country", llamado también "El Reporte Carroll"<sup>4</sup>.

En este reporte, donde se analizan 24 países, se describe el problema de los precios de transferencia y se propone como solución que las empresas transnacionales fueran gravadas sobre la base del principio de entidad separada, es decir, que las diferentes entidades integrantes de la multinacional debían ser consideradas como empresas independientes

<sup>3</sup> VILLAVERDE, GÓMEZ, MARÍA BEGOÑA Y OTROS. Estudios de Derecho Internacional Tributario: Los convenios de doble imposición. Bogotá, Colombia. Legis Editores S.A, 2006, p. 269.

<sup>4</sup> MAYER, S. Formulary Apportionment for the internal market. Ámsterdam, Holanda. IBFD Doctoral Series 17, 2009, p. 10.

entre sí, y por lo tanto gravada cada una por el Estado con el que tenía vinculación personal.

Carroll argumenta en su informe que se debe preferir este principio ya que la contabilidad separada es "... flexible y puede ser rápidamente modificada cuando los métodos de contabilidad mejoran o las circunstancias cambian..."<sup>5</sup>.

En el mismo reporte, Carroll afirma que el principio de la entidad separada sólo funcionaría correctamente si se implementa con un método de atribución de ganancias, sugiriendo luego, que este método debía ser el principio "arm's length".

*"En razón de que el comportamiento de una firma y sus subsidiarias sobre la base del modo en que lo harían empresas independientes resuelve todos los problemas de división [de la base imponible] se recomienda que, en principio, las subsidiarias no sean consideradas como establecimientos permanentes de una empresa sino que sean tratadas como una entidad independiente; y si se prueba que las transacciones entre firmas asociadas han sido llevadas adelante de modo tal de derivar ganancias de una subsidiaria, las ganancias así derivadas deben ser atribuidas a la subsidiaria sobre la base de cómo se hubieran atribuido si la transacción hubiera sido celebrada entre empresas independientes"*<sup>6</sup>.

Lo aseverado por Carroll en su informe ha sido recogido por la OCDE y vemos que es muy similar a la definición que ésta da en el modelo de 1979, donde se señala que es: "el precio que habrían acordado partes no conexas implicadas en transacciones iguales o análogas en el mercado abierto"<sup>7</sup>.

En el año 1934, casi al mismo tiempo que Carroll realizaba sus estudios, en los Estados Unidos se promulgaban regulaciones aplicando el principio "arm's length" como método para atribuir las utilidades<sup>8</sup>. Ellas se mantienen inalteradas hasta 1968<sup>9</sup>, año en que el Internal Revenue Service (IRS) realiza el primer gran tratamiento sistemático del tema, mediante la creación nuevas regulaciones, las que también mantuvieron como base este principio.

<sup>5</sup> BAISTROCCHI, EDUARDO Y OTROS. Litigios de Precios de Transferencia: Teoría y Práctica. Buenos Aires, Argentina. Editorial LexisNexis, 2007, p. 47.

<sup>6</sup> Reporte de Carroll, cita tomada de BAISTROCCHI, EDUARDO Y OTROS. Litigios de Precios de Transferencia: Teoría y Práctica. Buenos Aires, Editorial LexisNexis, 2007, p. 48.

<sup>7</sup> SALCEDO, CLAUDIO. Los Precios de Transferencia entre Empresas Relacionadas. (Santiago, Editorial LexisNexis (2005), p. 35.

<sup>8</sup> Reg. 86, art. 45 (1935).

<sup>9</sup> Existió una propuesta del año 1962 que pretendía utilizar una atribución de utilidades en base a fórmula, pero ella no fructificó.

Luego en el año 1986 bajo la presidencia de Ronald Reagan se realiza una reforma mayor al código tributario norteamericano, y de este lo tocante a los precios de transferencia queda reservado para la sección 482 del Código. La norma es bastante amplia y le entrega a la autoridad fiscal la atribución de impugnar los precios cuando estos no sean de mercado, otorgándole además la obligación de emitir regulaciones al respecto. Para facilitar la interpretación, de los contribuyentes el IRS junto con el Departamento de la Tesorería, en el año 1988, emitieron el "Section 482 White Paper" el que reafirmó la adscripción al principio "arm's length" en los siguientes términos: "El estándar 'arm's length' se encuentra incorporado en todos los convenios firmados por Estados Unidos para evitar la doble imposición internacional. Se encuentra previsto en los principales modelos de convenios, incluido el modelo de los Estados Unidos; se encuentra incluido en la mayor parte de los convenios en los que los Estados Unidos no es parte; ha sido explícitamente adoptado por organizaciones internacionales que han estudiado el problema de los precios de transferencia; y virtualmente todas las principales naciones industrializadas adoptan el estándar 'arm's length' como marco regulatorio en litigios de precios de transferencia [...]. Los Estados Unidos deben continuar adhiriendo al estándar 'arm's length'..."<sup>10</sup>.

Actualmente la popularidad del principio "arm's length" es innegable<sup>11</sup>, todos los países miembros de la OCDE lo recogen como medida para tratar los precios de transferencia, y vemos que pese a los años que han transcurrido desde el informe Carroll, la forma en que el principio ha sido recogido no ha variado sustancialmente.

Así, las actuales regulaciones de la tesorería de los Estados Unidos (Treasury Regulations) en la sección 1.482-1(b)(1) señalan que una transacción satisface el principio "arm's length" cuando "los resultados de la transacción son consistentes con los resultados que se hubieran producido si contribuyentes no controlados hubieran celebrado la misma transacción bajo las mismas circunstancias"<sup>12</sup>.

De la misma forma, la OECD en el artículo 9.1 del Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y el Patrimonio recoge el principio de la siguiente manera: "Cuando:

<sup>10</sup> I.R.S. Notice 88-123, 1988-2 C.B. 458,475, en BAISTROCCHI, EDUARDO Y OTROS. Litigios de Precios de Transferencia: Teoría y Práctica. Buenos Aires, Editorial LexisNexis, 2008, págs. 50-51.

<sup>11</sup> A las principales críticas al principio me refiero en el siguiente punto de este artículo.

<sup>12</sup> Income Tax Regulations, Volume 2, Summer 2010 Edition.

- "a) una empresa de un Estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado contratante, o
- "b) unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado contratante y de una empresa del otro Estado contratante, y, en uno y otro caso, las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y someterse a imposición en consecuencia"<sup>13</sup>.

### III PROBLEMAS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO Y PRINCIPALES CRÍTICAS

Pese al enorme consenso que como he señalado ha existido desde hace ya bastante tiempo, respecto a la primacía del principio "arm's length", en los últimos años y basándose fundamentalmente en ciertas dificultades en la aplicación práctica, como también en las resoluciones que han emanado de tribunales al someterse contiendas de precios de transferencia ante ellos, se han levantado ciertas voces críticas, argumentando que quizás existan otras maneras más adecuadas y eficientes para el tratamiento de los precios de transferencia.

Las principales críticas teóricas al principio "arm's length" nacen de un –según los críticos– defecto lógico en su concepción<sup>14</sup>. Se ha mantenido siempre, que lo más correcto es aplicar este principio, por que las condiciones imperantes en transacciones similares entre partes independientes, son las condiciones de mercado que se respetarían si no se deseara incidir artificialmente en la atribución de beneficios. En otras palabras el principio "arm's length" nos entrega los resultados que se producirían en la vida real.

<sup>13</sup> OCDE, Modelo de Convenio Fiscal sobre La Renta y Sobre el Patrimonio (2000).

<sup>14</sup> REUVEN S. AVI-YONAH. Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines: A Proposal for Reconciliation. (May 2009). University of Michigan Program in Law and Economics Archive: 2003-2009. Working Paper 102. <<http://law.bepress.com/umichlwps-olin/art102>> [consulta: 22 de agosto de 2012].

Sin embargo esto no es del todo correcto. En la vida real resulta lógico y entendible que las condiciones pactadas con empresas relacionadas, no sean idénticas a aquellas pactadas con empresas independientes, esto ya que las circunstancias de la operación son distintas, en principio entre entidades relacionadas hay una situación de mayor confianza, disminuyendo el riesgo en caso de incumplimiento, hay mayor conocimiento entre los encargados de tomar decisiones, y potencialmente un mayor grado de familiaridad con los procesos internos de las compañías, así como economías de escala, y una serie de otros factores que inciden en un menor riesgo de transacción y por ende es legítimo que los valores pactados entre estas empresas difieran de aquellos que se hubieran pactado entre entidades independientes.

Una segunda crítica respecto al sistema basado en el principio "arm's length" dice relación con la necesidad de comparables. Esto no ofrece mayores problemas para el caso de bienes tangibles, sin embargo para el tratamiento de intangibles –donde se generan los mayores problemas de precios de transferencia– muchas veces no existen transacciones ni bienes comparables, tornando inaplicables los mecanismos clásicos de precios de transferencia. En este sentido, un estudio realizado en los Estados Unidos a comienzos de la década de los 90 llegó a la conclusión de que en más del 90% de los casos, los tres métodos tradicionales (CUP, Cost Plus, y Resale) no podían ser aplicables debido a la ausencia de comparables<sup>15</sup>.

Finalmente, existe un problema desde el punto de vista de la cantidad y calidad de información que debe presentarse, la que es difícil de analizar e interpretar tanto para los encargados de fiscalizar como para los tribunales de justicia en los casos en que se judicialice la situación.

Ante esto, se ha promovido como alternativa al principio "arm's length", la utilización de una atribución de utilidades por medio de fórmula.

Esta solución se basa en la existencia de una fórmula predeterminada, mediante la cual las utilidades globales obtenidas por una entidad multinacional son atribuidas a las distintas entidades relacionadas en los distintos países.

<sup>15</sup> General Accounting Office, International Taxation Problems Persist in Determining Tax Effects of Intercompany Prices, GAO/GGD 92-89 (1992). En Reuven S. Avi-Yonah, Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines: A Proposal for Reconciliation (May 2009). University of Michigan Program in Law and Economics Archive: 2003-2009. Working Paper 102. <<http://law.bepress.com/umichlwps-olin/art102>> [consulta: 22 de agosto de 2012].

Los componentes esenciales de esta atribución por fórmula son: (a) Determinar la entidad sujeto de impuesto; (b) Determinación de las utilidades globales; y (c) Determinar la fórmula aplicable para atribuir las utilidades a la entidad sujeto de impuestos.

Para los defensores de esta metodología, este tipo de solución “otorgaría mayor conveniencia administrativa y certeza para los contribuyentes, mientras al mismo tiempo mediante la fórmula se salvaguarda el principio de realidad económica”<sup>16</sup>.

Además alegan que, a lo menos en los Estados Unidos, cuando los tribunales han debido resolver respecto a un tema de precios de transferencia, para determinar los beneficios que corresponden a cada entidad lo hacen mediante una fórmula. Analizan las alegaciones del contribuyente y del fiscalizador y la sentencia, más que inclinarse por quien ha determinado con mayor certeza los valores que respeten el principio “*arm’s length*”, deciden un punto intermedio entre las posiciones de los intervinientes, lo que sería en la práctica una aplicación de atribución por fórmula<sup>17</sup>.

Finalmente, indican que, al menos en la Comunidad Europea, de aprobarse la iniciativa tendiente a instaurar la CCCTB (*Common Consolidated Corporate Tax Base*) la utilización de un sistema del tipo formulario sería perfectamente posible<sup>18</sup>.

En todo caso respecto a la posibilidad de adscribir a este principio, en Chile –actualmente y al menos desde el punto de vista de la política internacional– no es posible. La OCDE es clara en este respecto señalando que los países miembros no aceptan los argumentos a favor de la atribución formularia de beneficios y no la consideran como una alternativa realista al principio “*arm’s length*”. Implicando cualquier alejamiento de este estándar un aumento en el riesgo de doble tributación internacional<sup>19</sup>,

<sup>16</sup> LEVEY M. Y WRAPPE S. *Transfer Pricing: Rules, Compliance and Controversy*. Chicago, II. USA, 3ª Edición, 2010, p. 388.

<sup>17</sup> REUVEN S. Avi-Yonah. *Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines: A Proposal for Reconciliation* (May 2009). University of Michigan Program in Law and Economics Archive: 2003-2009. Working Paper 102. <<http://law.bepress.com/umichlwps-olin/art102>> [consulta: 00 de xxxxxxxx de 0000].

<sup>18</sup> The Tax Faculty of the institute of Chartered Accountants in England and Wales. *Taxrep 1/10, Proposed revision of Chapters I - III of the OECD Transfer Pricing Guidelines*. England. (2010). Párrafos 6 y 7.

<sup>19</sup> OCDE. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010*. OECD Publishing. Sept. 2010, ps. 36 y 38. [en línea] <[http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/ocd/taxation/ocd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2010/the-arm-s-length-principle\\_tpg-2010-4-en](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/ocd/taxation/ocd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2010/the-arm-s-length-principle_tpg-2010-4-en)> [consulta: 22 de agosto de 2012]

y aunque los lineamientos no son obligatorios para los países miembros, ciertamente la adscripción al principio “*arm’s length*” es de suma importancia para la organización.

#### IV NUEVA LEGISLACIÓN PROPUESTA PARA CHILE

El mensaje del Presidente de la República a la Cámara de Diputados, señala en lo referente a precios de transferencia que lo que se busca es adecuar “... las normas actuales en dicha materia a las mejores prácticas internacionales actualmente vigentes”<sup>20</sup>.

Esto se planea hacer mediante la creación de un nuevo artículo 41E a la Ley de Impuesto a la Renta. Esta prescripción le entregara al Servicio de Impuestos Internos la facultad de impugnar o fijar precios para operaciones o reorganizaciones transfronterizas entre entidades relacionadas en las que no se hayan respetado los precios o valores de mercado.

La nueva normativa consagra la aplicación del principio “*arm’s length*”, de esta forma el nuevo artículo señala que “Se entenderá por precios, valores o rentabilidades normales de mercado los que hayan o habrían acordado u obtenido partes independientes en operaciones y circunstancias comparables”<sup>21</sup>. Muy similar a la definición encontrada en las regulaciones de la tesorería de los Estados Unidos citadas en el punto segundo anterior.

Además de esta adscripción al principio “*arm’s length*”, y la definición de relación –muy novedosa en cuanto a considerar ya no sólo la relación desde un punto de vista patrimonial sino que también a nivel familiar, alejándose de la interpretación tradicional existente– la nueva normativa se divide en tres pilares fundamentales, que son, los métodos para determinar el precio de mercado; la información que el contribuyente debe entregar al Servicio y la posibilidad de suscribir acuerdos anticipados de precios.

com/Digital-Asset-Management/ocd/taxation/ocd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2010/the-arm-s-length-principle\_tpg-2010-4-en> [consulta: 22 de agosto de 2012]

<sup>20</sup> Mensaje N° 182-360. Inicia el proyecto de ley que perfecciona la legislación tributaria y financia la reforma educacional. Agosto 2012.

<sup>21</sup> Proyecto de reforma tributaria. Agosto 2012, artículo 41E.

### A. *Métodos para determinar el precio de mercado*

Siguiendo las tendencias modernas la recién aprobada ley no establece una prelación entre los métodos indicados, sino que prescribe la aplicación del mejor método aplicable, o en palabras del artículo el “método más apropiado considerando las características y circunstancias”. Esto que parece algo muy sensato no fue siempre así, incluso la OCDE en su momento prescribía un orden de prelación en que los métodos para determinar el precio debían ser considerados.

Respecto a los métodos incorporados no hay ninguna sorpresa, la ley considera los métodos clásicos que desde hace tiempo se han venido proponiendo y aplicando en otros países, estos son el método de precio comparable no controlado; el de precio de reventa; el de costo más margen; el de división de utilidades; el transaccional de márgenes netos; y por último, en caso de que los anteriores no se pudieran aplicar, cualquier otro método que permita razonablemente determinar precios de mercado.

La falta de una prelación entre los cinco primeros métodos hace que uno se pregunte inmediatamente cuál será el criterio para determinar el mejor método, situación que corresponderá probar al contribuyente. La forma en que la ley está redactada nos indica que, en principio, ningún método es inherentemente más adecuado que el otro, y que todo dependerá de las circunstancias y características de la transacción, por lo que existe ahí una puerta abierta para que el fiscalizador pueda impugnar los precios. El contribuyente deberá acreditar dos cosas de acuerdo a la prescripción legal, primero, que el método elegido es el mejor de entre los existentes, y luego que utilizando este método los precios pactados fueron similares a aquellos que se habrían pactado entre partes independientes.

La legislación norteamericana utiliza un criterio similar al que se intenta introducir en Chile, conocido como “*best method rule*” según el cual se debe utilizar el método que bajo los hechos y circunstancias del caso arroje la medida más confiable de un resultado “*arm’s length*”<sup>22</sup>. En este país, donde la legislación considera los mismos métodos que la propuesta nacional, para determinar cuál de ellos satisface la regla del mejor método, el contribuyente debe en primer lugar considerar que tan comparable y de que calidad es la información. Según lo prescrito en la regulación §1.482-1(d)(2), la confiabilidad de un método dependerá del grado de comparación existente entre las transacciones que se están controlando y

<sup>22</sup> Income Tax Regulations, Summer 2010 Edition. USA. §1.482-1(c).

aquellas entre entidades no relacionadas, tomando en consideración factores de comparación y luego de realizar los ajustes que correspondieren para disminuir las diferencias que existieren.

La experiencia de la aplicación en los Estados Unidos indica que para evaluar que método arrojará mejores resultados, se deben evaluar entre otras cosas las funciones de las partes intervinientes, los términos contractuales, las condiciones económicas, asunción de riesgos y bienes y servicios efectivamente intercambiados o prestados por cada una de las partes, a mayor identidad de estos criterios, mayor certeza existirá respecto de estar utilizando el mejor método. De esta manera, existe una cantidad importante de factores e información a considerar por el contribuyente para determinar el mejor método.

Respecto a la utilización de otros métodos no incluidos en la enumeración, considero que por la forma en que está redactada la norma propuesta, en la práctica implica la casi inaplicabilidad de otros métodos, ello ya que para utilizar algún método residual la exigencia es mayor, no basta con que sea el mejor método, sino que además es requisito previo que sea imposible aplicar alguno de los métodos anteriores, aunque al aplicarlos el resultado sea menos confiable que de aplicar algún otro método residual.

### B. *Información que debe aportar el contribuyente*

Este ítem es quizás el más sensible en el tema de precios de transferencia, y como ya vimos, es considerado por muchos como el talón de Aquiles de los sistemas modernos basados en el principio “*arm’s length*”. Debido a que lo que se busca es determinar cuál hubiera sido el precio pactado por partes no relacionadas, esto implica el análisis y presentación de una gran cantidad de información por parte del contribuyente, información muy sensible y muchas veces confidencial por versar acerca de prácticas comerciales internas que no es deseable sean conocidas por el mercado o por la competencia. Además del volumen de información que se requiere presentar, se trata de información sofisticada, proveniente de diversas jurisdicciones, ordenada y sistematizada de acuerdo a las costumbres locales del lugar en que fueron originadas. Todo lo anterior provoca serios problemas a la hora de la interpretación por parte de las autoridades locales, generando, en definitiva, una carga más para el contribuyente.

La nueva normativa en lo principal establece obligaciones de aportar información al Servicio de Impuestos Internos. Una de ellas se materializará mediante la presentación de una declaración anual, dentro de la cual el Servicio podrá exigir que se le informen todos los antecedentes relevantes de las transacciones sujetas al nuevo artículo 41E, inclusive los métodos aplicados para determinar los precios cobrados en estas transacciones. Por esta vía, se hace operativa una doble obligación, primero el contribuyente debe justificar los precios cobrados en estas transacciones mediante la aplicación de uno de los métodos, y en segundo lugar, debe entregarle al servicio toda la información aplicada para utilizar el método. En mi opinión esto prácticamente impone la obligación al contribuyente de realizar un estudio de precios de transferencia, en el que se explique porque el método elegido es el mejor, la aplicación del mismo y todos los otros antecedentes relevantes para de esa manera enfrentarse con relativa tranquilidad a una eventual revisión.

En este sentido, la OCDE ha indicado ciertos tipos de información que los contribuyentes debieran poner a disposición de la autoridad para acreditar que sus transacciones satisfacen el principio "*arm's length*". Entre ellas encontramos: (a) Información respecto a sus empresas relacionadas participantes en las transacciones relacionadas; (b) Funciones realizadas por estas empresas e información de entidades independientes que celebren transacciones similares; (c) Información respecto a la naturaleza y términos de las transacciones relacionadas, condiciones económicas de la transacción; (d) Descripción de las circunstancias de cualquier transacción conocida entre el contribuyente y entidades no relacionadas que sean similares a aquellas controladas; (e) Información respecto a estrategias de marketing, y circunstancias especiales que incidan en la transacción revisada.

Esta información en principio se encuentra dentro de aquella que el Servicio estaría facultado a solicitar según lo prescrito en el artículo 41E, sin embargo parecería desmedido que, a lo menos en la declaración anual obligatoria se requiriera un grado de especificidad tan alto. Situación distinta sería para el caso en que alguna transacción fuese sometida a revisión por precios de transferencia, contingencia ante la cual contar anticipadamente con este tipo de información resultaría de gran utilidad para el contribuyente.

### C. *Acuerdos anticipados de precios*

Finalmente el proyecto establece la posibilidad de suscribir acuerdos anticipados de precio (APA), en lo sustantivo, las APAs se materializarán en un acta suscrita por el Servicio y el contribuyente, en la que anticipadamente se fijen los valores o la rentabilidad normal de mercado para determinadas operaciones.

Las APAs han sido vistas generalmente como una alternativa eficiente y viable para abordar la problemática de los precios de transferencia. En los Estados Unidos, al 31 de Diciembre de 2009, se habían suscrito 904 APAs y 352 otras se encontraban pendientes en etapa de negociación<sup>23</sup>.

Estos acuerdos son positivos tanto para el contribuyente como para el fiscalizador. Para el primero su principal ventaja es la de otorgar certeza acerca de la licitud del tratamiento que está otorgando a sus transacciones con empresas relacionadas, amparándolo de la contingencia de una fiscalización engorrosa y potenciales litigios, además de disminuir la cantidad de información sobre precios de transferencia que éste debe mantener, y por último le entrega certeza mientras tenga vigencia respecto a la posición interpretativa del fiscalizador, la que aunque se modifique luego de celebrada la APA no le sería imponible al contribuyente. Por otro lado, para el fiscalizador la principal ventaja es simplificar su labor de control, el Servicio sólo deberá fiscalizar que el contribuyente cumpla con los requisitos acordados en la misma APA.

Pese a lo anterior, existen aspectos negativos que deben considerarse al momento de evaluar entrar en este tipo de negociaciones.

El primero dice relación con el proceso de negociación en sí. De la norma propuesta, el contribuyente deberá entregar al Servicio una serie de antecedentes respecto a su marcha interna, organización y negociaciones. Información con que el fiscalizador no cuenta en forma ordinaria. Esto se suma a la facultad que se otorga al Servicio de rechazar a su juicio exclusivo, la solicitud de acuerdo anticipado, la que no será reclamable, ni admitirá recurso alguno. En mi opinión, esta situación deja al contribuyente que desee negociar un APA en una posición desmejorada ante el Servicio, ya que este último al tener toda la información a la vista podrá libremente imponer las condiciones que a él le parezcan o de lo contrario rechazar la solicitud de APA y comenzar un proceso de

<sup>23</sup> LEVEY M. Y WRAPPE S. *Transfer Pricing: Rules, Compliance and Controversy*. USA, Chicago, IL, 3<sup>ra</sup> Edición, 2010, p. 353.

fiscalización tan pronto las transacciones por las que se quería acordar el APA se realicen.

Para evitar esta situación creo se debiera considerar que la autoridad encargada de la negociación de la APA fuera independiente al Servicio de Impuestos Internos, o bien la creación de una unidad especializada dentro de este, unidad que debiera ser absolutamente independiente y abocada solamente a la negociación, separada de las unidades de fiscalización.

Finalmente, un segundo aspecto a considerar es el político. Como ya se mencionó anteriormente, por la naturaleza de la información expuesta todo el proceso es y se debe mantener secreto, esto puede llevar a que la celebración de un APA sea percibida por el público en general como la concesión de un tratamiento más favorable para las grandes empresas o determinados contribuyentes sometiendo todo el proceso, así como también al contribuyente y la autoridad involucrados a un escrutinio y exposición pública injustificados.

## CONCLUSIONES

La nueva legislación viene a llenar un vacío que desde hace tiempo se percibía en el mercado respecto del tratamiento de los precios de transferencia y significa un gran –aunque perfectible– avance respecto a la situación anterior.

En ella se implementan las últimas tendencias en lo que respecta a esta área, siguiendo las mejores prácticas existentes en países desarrollados y los lineamientos y criterios de la OCDE. Sin embargo este avance legislativo no quiere decir que el tema se encuentre resuelto sobre todo considerando que incluso en países que ya llevan muchos años aplicando normas similares a las que se introducen en nuestro país no existe consenso respecto de la verdadera efectividad de ellas. En este sentido el debate –al menos académico– en los próximos años, debiera centrarse en que tan exitosa ha sido la implementación de este nuevo sistema y si el principio “*arm's length*” es efectivamente la medida más correcta para enfrentar este problema.

Dentro de la aplicación de las nuevas normas, aún es muy pronto para determinar la posición e interpretación que hará el Servicio de Impuestos Internos, sin embargo desde ya se puede apreciar que se imponen una serie de nuevas obligaciones a los contribuyentes a las que nos debemos

mantener atentos. A lo largo de este artículo estudiamos los posibles problemas que se podrían generar para determinar cuál será el mejor método a utilizar para la determinación de un precio “*arm's length*” concluyendo que la falta de un orden de prelación entre los métodos propuestos, pese a ser positiva, impone la carga al contribuyente de probar que el método elegido fue efectivamente el mejor, así como la práctica imposibilidad de utilizar un método distinto a los tradicionales enunciados en la ley debido a la redacción de la norma que sólo permite la utilización de otro método innominado cuando los anteriores sean inutilizables. También exploramos ciertos aspectos relevantes atinentes a las obligaciones de informar que se imponen, donde la amplitud de la norma legal le dará gran autonomía al Servicio para determinar la cantidad y profundidad de información que se requerirá, en vista de ello se comentó respecto a la visión de la OCDE respecto a la información con que el contribuyente debiera contar para tener cierta preparación ante alguna revisión de sus transacciones. Finalmente me referí a algunos de los problemas que se encuentran alrededor de la suscripción de una APA, fundamentalmente relativos a la exposición a que se podría ver expuesto un particular que participara en este proceso, tanto si tuviera un fin exitoso como si no se llegara a suscribir el APA. Todos los anteriores temas muy relevantes a considerar por todos quienes participen de alguna manera dentro del mercado internacional.