

INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA

Por: Jaime González-Béndiksen

PREÁMBULO

El texto a continuación en los siguientes apartes es el contenido de la ponencia “Introducción al Estudio de los Precios de Transferencia”, presentada por el autor en el marco de las XXII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, organizadas por el Instituto Colombiano de Derecho Tributario en Cartagena, en febrero de 1998.

Los Capítulo Primero, relativo a Conceptos Generales de los Precios de Transferencia, y Segundo, referente a la Determinación de los Precios de Transferencia, siguen siendo perfectamente vigentes y aplicables para entender y aplicar las nuevas normas sobre precios de transferencia contenidas el en Capítulo XI del Título I del Estatuto Tributario.

En cuanto al Capítulo Tercero, cabe destacar que a partir de la ponencia Argentina, Brasil y Venezuela cuentan ya con sistemas de precios de transferencia basados primordialmente en el modelo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.

El Capítulo Cuarto, Análisis del Caso Colombiano, es lectura obligada para comprender lo imperfectas que eran y siguen siendo las disposiciones del Estatuto Tributario allí criticadas y la necesidad que tenía Colombia de adoptar el regimen de precios de transferencia.

Las Conclusiones destacan, una vez más, la imperiosa necesidad de adoptar el régimen que nos ocupa en Colombia, en tanto que las Recomendaciones del trabajo han sido escuchadas e implementadas, como es usual con las recomendaciones de las Jornadas de Derecho Tributario, para plasmarse en las disposiciones en materia de precios de transferencia hoy contenidas en el Estatuto Tributario.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende desarrollar el concepto internacional de precios de transferencia, primero comentando sus conceptos generales y desarrollando luego el tema, principalmente a la luz de las directrices emitidas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

El trabajo que se presenta tiene como finalidad servir de introducción general a la materia. Por las limitaciones profesionales del autor, la ponencia no intenta siquiera adelantar una discusión económica del tema.

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTOS GENERALES DE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA

1. Antecedentes

Con la internacionalización o globalización de la economía, cuyo desarrollo ha sido sumamente acelerado en los últimos 20 años, ha adquirido mayor relevancia el concepto de precios de transferencia. Si bien el concepto surgió originalmente en transacciones entre partes vinculadas operando en una misma jurisdicción, su verdadera dimensión se ha dado en el contexto internacional, donde esta orientado a solucionar dos problemas internacionales de tributación igualmente graves.

De una parte, es frecuente que los grupos multinacionales procuren, mediante manipulación de los precios entre los miembros del grupo, transferir artificialmente sus utilidades de un país con altas tasas de imposición a países con tasas más reducidas o inclusive a paraísos fiscales, así como transferir artificialmente utilidades, de compañías en el grupo que tienen utilidades gravables a otras compañías del mismo grupo con pérdidas fiscales. Como es apenas obvio, la finalidad de tales transferencias es reducir o eliminar el impacto impositivo global de sus operaciones. La otra cara de la moneda en tales transferencias artificiales la constituyen los fiscos de los países que sufren las transferencias, que se ven privados, de manera inequitativa, de impuestos a los que legal y justamente tienen derecho.

De otra parte, también sucede que los grupos multinacionales se ven afectados por una doble imposición económica internacional, cuando dos o más países atribuyen precios diferentes a una misma transacción entre empresas del grupo. Por ejemplo, un residente de Colombia compra maquinaria y equipo a su casa matriz, residente en los Estados Unidos de América, en US\$1,000,000. La casa matriz reconoce el ingreso y paga los impuestos correspondientes sobre tal suma en los Estados Unidos de América. La subsidiaria colombiana causa el costo de US\$1,000,000 que disminuirá el monto de su renta líquida al irse depreciando y disminuirá, por ende, sus impuestos en Colombia. Si las autoridades tributarias de los Estados Unidos de América consideran que el precio pactado fue inferior al que debió reconocerse según sus reglas de precios de transferencia, modificarían, para efectos impositivos, el ingreso de la casa matriz, digamos a US\$1,500,000, gravándolo en consecuencia. Y si Colombia considera, según sus reglas, que el precio fue correcto, no modificaría el costo declarado para la subsidiaria. El resultado para el grupo multinacional sería una doble imposición económica, en los Estados Unidos sobre el mayor ingreso y en Colombia sobre el menor costo. Tal doble o múltiple imposición económica internacional se convierte en un impedimento para las transacciones internacionales de bienes y servicios y para los movimientos de capital.

Con el fin de evitar estas distorsiones, se hace necesaria la implementación de principios relativos a los precios de transferencia entre empresas vinculadas, que tiendan tanto a determinar la base tributaria apropiada en cada jurisdicción como a evitar la doble imposición, con lo cual se minimizan los conflictos entre las administraciones tributarias de los diferentes países y se promueve el comercio y la inversión internacionales. Tales principios, sin embargo, deben adoptarse no de manera unilateral, sino en un verdadero contexto de consenso internacional, para

evitar así respuestas unilaterales - incompletas o inconsistentes - hacia problemas multilaterales. En este contexto, la comunidad internacional ha adoptado dos principios básicos, el principio de entidades separadas, conforme al cual cada entidad del grupo multinacional está sujeta a tributación sobre el ingreso que le es atribuible, y el principio “arm’s length”, que constituye la médula de este estudio.

2. Definición de Precios de Transferencia

Podemos definir el concepto “precios de transferencia”, en cuanto a su fin, como los principios para evitar el manejo artificial de precios entre entidades vinculadas, efectuado por un grupo multinacional o por una o más administraciones tributarias, que resulta, bien en lesión a un fisco al privarlo de gravámenes a los que tiene derecho, bien en doble o múltiple imposición para el grupo multinacional. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“OCDE”) define este concepto de manera más general, como los precios a los cuales una empresa transfiere bienes tangibles o intangibles o presta servicios a empresas vinculadas.¹

3. Definición de Empresas Vinculadas

La OCDE define, a su vez, el término “empresas vinculadas” como aquéllas donde una empresa participa, directa o indirectamente, en la administración, control o capital de la otra o donde unas mismas personas participan, directa o indirectamente, en la administración, control o capital de ambas empresas.²

4. Principio “Arm’s-Length” o de Independencia

Es claro que cuando dos o más empresas independientes llevan a cabo operaciones, las condiciones, tanto comerciales como financieras, que convienen con respecto al precio de los bienes o servicios y las condiciones contractuales, son resultado de las fuerzas del mercado (oferta y demanda). Sin embargo, cuando empresas vinculadas tienen transacciones entre sí, sus relaciones comerciales y financieras pueden no sujetarse directamente a los factores externos de mercado de la misma manera que en el caso de empresas independientes. Esto puede deberse, no sólo a una planeación para evasión o elusión tributaria, sino a una auténtica dificultad en determinar de manera precisa las condiciones de libre mercado donde no hay fuerzas de mercado o cuando se trata de adoptar alguna estrategia comercial en particular. La manipulación de precios puede deberse, también, a requerimientos de flujo de efectivo, a la presentación de estados financieros o a otras causas.

Cualquiera que sea la razón, lo cierto es que cuando las condiciones pactadas no reflejan las condiciones que acordarían partes independientes, se distorsiona la carga impositiva de las partes en cuestión y los ingresos tributarios para los países en los que residen las empresas en cuestión.

La OCDE, cuya misión es contribuir a la expansión del comercio mundial sobre una base multilateral, sin discriminaciones, y lograr el crecimiento económico más alto, de manera

¹ Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, publicado por Organization for Economic Cooperation and Development, 1995, página P-3 numeral 11.

² Id. Véase Artículo 9 de la Convención Modelo de la OCDE.

sostenida, en los países miembros, hizo suya la problemática de los precios de transferencia y la búsqueda de soluciones. Surge así el principio rector de los precios de transferencia, el principio conocido internacionalmente como “arm’s length”. Este principio significa, literalmente, la longitud de un brazo, pero bien puede traducirse como condiciones de libre mercado o condiciones entre partes independientes (es decir, empresas no vinculadas). Para efectos de este estudio, nos referiremos al principio “arm’s length” como “principio de independencia”.

El principio de independencia tiene por objeto evitar que, debido a las condiciones especiales que existen dentro de un grupo multinacional, se pueda establecer condiciones económicas especiales que difieran de aquellas que se hubiese establecido de haber actuado los miembros del grupo como empresas independientes actuando en el mercado libre. Procede este principio, en consecuencia, a eliminar el efecto de estas condiciones especiales en los niveles de utilidad de las empresas. Con el fin de alcanzar el resultado deseado, este principio debe regir las actuaciones tanto de las empresas multinacionales como de las administraciones tributarias.

Encontramos el principio de independencia plasmado en los modelos de convenios para evitar la doble imposición que sigue la mayor parte del orbe, específicamente, el Convenio Modelo de Tributación sobre Ingresos y Capital de la OCDE y el Convenio Modelo sobre Doble Imposición de la Organización de Naciones Unidas. El primer modelo está destinado a regir entre países industrializados, en tanto que el segundo modelo fue creado con la idea de ser adoptado para convenciones entre países industrializados y países en vías de desarrollo. Este principio también se recoge en el convenio modelo de los Estados Unidos de América y en la mayoría de los convenios tributarios bilaterales.

El Artículo 9 del Convenio Modelo de la OCDE consagra el comentado principio en los siguientes términos:

“Cuando ... se establezcan o impongan condiciones entre ... dos empresas [vinculadas] en sus relaciones comerciales o financieras que difieran de las que se habría estipulado entre empresas independientes, entonces las utilidades que, a no ser por esas condiciones, hubieran resultado para una de las empresas, pero que por razón de tales condiciones no han resultado, se podrán incluir en las utilidades de esa empresa y sometidas a imposición.”

Visto desde la perspectiva de los sujetos pasivos del tributo, el principio de independencia predica que en las relaciones comerciales o financieras entre empresas vinculadas debe pactarse las condiciones económicas que habrían estipulado empresas independientes. A falta de tal pacto, las utilidades de las empresas se ajustarán tomando en consideración las utilidades que hubiesen obtenido empresas independientes en transacciones comparables y en circunstancias también comparables. De esta manera, el principio de independencia trata a los miembros de un grupo multinacional como entidades que operan en forma independiente, en vez de como partes inseparables de una sola unidad de negocios. Con base en este principio, se otorga un tratamiento tributario igual para empresa multinacionales y para empresas independientes, poniéndolas sobre las mismas bases para efectos tributarios, con lo cual se evita crear ventajas o desventajas tributarias que podrían distorsionar las posiciones competitivas de unas u otras. Al eliminar las consideraciones tributarias del ámbito de las decisiones económicas, el principio de

independencia promueve el crecimiento del comercio y las inversiones internacionales que, como ya se indicó, constituye uno de los objetivos de la OCDE.

Si bien el principio de independencia se aplica de manera efectiva en la gran mayoría de casos, en la práctica pueden surgir problemas para aplicar el principio. Las directrices de la OCDE ilustran cómo puede ser sumamente sencillo encontrar precios en condiciones de independencia en transacciones comparables entre empresas independientes comparables bajo circunstancias también comparables, en, por ejemplo, compraventas de bienes o en operaciones de préstamo, pero cómo sería difícil y complicado aplicar el principio en casos tales como los de empresas multinacionales que se dedican a la producción integrada de bienes altamente especializados, a desarrollar intangibles únicos, o a la prestación de servicios altamente especializados. También se dificulta la aplicación del principio en aquellos casos en que sea difícil o imposible obtener información de transacciones comparables o en que la información que se obtenga esté incompleta o sea difícil de interpretar

No obstante tales limitaciones, los países miembros de la OCDE³ y un gran número de países no miembros apoyan la aplicación de este principio, debido a que es sólido desde el punto de vista teórico, a que por regla general sí resulta en niveles de ingresos para los miembros de empresas multinacionales que son aceptables para las administraciones tributarias y a que no ha surgido ninguna alternativa realística.

5. Documentación Contemporánea

Con el objeto de estar debidamente preparado para acreditar el cabal cumplimiento con el principio de independencia, las empresas que realicen operaciones con partes vinculadas deben conservar la documentación que preparen y la que recolecten al llevar a cabo la determinación de sus precios de transferencia. A esta documentación se le conoce, en terminología de precios de transferencia, como “documentación contemporánea”.

Si bien no es posible generalizar sobre el tipo de documentación que se debe preparar u obtener, sí podemos mencionar que tal documentación suele incluir los siguientes puntos:

- Información general sobre el contribuyente y las empresas vinculadas con las que adelanta transacciones. Esta información incluye descripciones de los siguientes puntos:
 - El tipo de negocio a que se dedica cada una de las empresas.
 - Estructura corporativa de la organización, incluyendo tenencia accionaria u otro tipo de titularidad de las empresas del grupo. Para este efecto, es recomendable preparar un organigrama.
 - Estructura administrativa del contribuyente.

³ Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Corea, Dinamarca, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza, Turquía.

- El monto de ventas y de resultados de operación de años anteriores a la transacción que se analiza.
- El nivel de las transacciones del contribuyente con sus empresas vinculadas del exterior, tales como el valor de ventas de inventario, de prestación de servicios, de arrendamiento de bienes tangibles, de utilización y transferencia de intangibles y de intereses sobre préstamos.

— Las transacciones materia del análisis, incluyendo:

- Su naturaleza y términos.
- El flujo, entre las empresas vinculadas, del bien o servicio materia de análisis. Para estos efectos, es recomendable preparar un diagrama de flujo.
- Las condiciones en que se pactaron transacciones similares entre el contribuyente y terceros independientes.
- Cualquier información que facilite determinar si hay empresas independientes en condiciones comparables que hayan estructurado sus transacciones de manera similar.
- Nombres de competidores que lleven a cabo transacciones similares.

— Las funciones que adelanta cada una de las partes vinculadas que participa en las transacciones materia del análisis, tomando en consideración los activos utilizados y los riesgos asumidos.

— Información financiera del contribuyente y de las empresas vinculadas con las que lleva a cabo transacciones, cuando sea necesario comparar los niveles de utilidades o pérdidas con aquéllos del contribuyente. o cuando se requiera para conocer partidas tales como costos de fabricación, costos de investigación y desarrollo o gastos generales y de administración.

— Información que se obtenga de empresas independientes que lleven a cabo transacciones similares o que se dediquen a negocios similares.

— Descripción de los factores utilizados para determinar la comparabilidad de las empresas independientes utilizadas para determinar precios o utilidades comparables.

— Documentación que refleje las negociaciones entre las empresas vinculadas para determinar o modificar los precios de transferencia, tales como proyecciones de

utilidades y gastos administrativos y de ventas de subsidiarias extranjeras, v.gr. gastos por concepto de salarios, depreciación, mercadeo, distribución o transporte.

- Documentación que explique cuáles son las políticas del grupo multinacional o de la empresa que se analiza para determinar los precios de transferencia con sus vinculados económicos y con partes independientes.
- Los factores que influyeron en la determinación del precio, incluyendo estrategias de negocios y circunstancias especiales.
- Copia del estudio económico efectuado para determinar los precios de transferencia, incluyendo una explicación de los análisis económicos y financieros.

Desde un punto de vista práctico, es recomendable preparar un índice con toda la documentación y una descripción del sistema que utiliza la empresa para conservar, clasificar y acceder esa documentación. Evidentemente, esta información debe archivar de manera que facilite su posterior acceso.

6. Resoluciones Anticipadas

La institución de los precios de transferencia no es una ciencia exacta. Por ende, los precios que determine un contribuyente para una transacción controlada, mediante la fiel aplicación de los principios de precios de transferencia, pueden diferir de los precios que llegue a determinar la administración tributaria mediante la aplicación de los mismos principios. Ello puede deberse a un gran número de factores, tales como diferencias en cuanto a la información en la que se basan los estudios, a la selección de una diferente entidad del grupo multinacional como sujeto del examen, a la selección de diferentes empresas independientes comparables, a la aplicación de diferentes métodos de precios de transferencia, a ajustes diferentes efectuados a la información de las empresas independientes comparables.

Procurando minimizar los conflictos entre los contribuyentes y sus fiscos, se ha instituido el concepto de resoluciones anticipadas (en inglés “advance pricing agreements” o “APAs”). Constituyen éstas, resoluciones que se negocian entre el fisco y el contribuyente. Por lo general se estila sostener una entrevista informal y anónima con los funcionarios de la administración, explicando, de manera general, el tipo de transacciones que se someterán a estudio, las características de las propiedades o servicios en cuestión, las funciones, riesgos y propiedades involucradas, los términos contractuales entre las partes, las circunstancias económicas especiales y las estrategias de negocios, así como la metodología que se pretende aplicar. Una vez puestos de acuerdo en la metodología, el contribuyente procede a solicitar formalmente, por escrito, la expedición de una resolución anticipada, suministrando la información general de las empresas vinculadas que intervienen en las transacciones controladas y la información particular con respecto a tales transacciones. Se acompaña la documentación que soporte la petición y, en

particular, el estudio económico que, mediante la aplicación de alguno de los métodos de precios de transferencia a que nos referimos más adelante, determine el precio que fijarían empresas independientes comparables por la misma o similar transacción en condiciones comparables. Durante las negociaciones se sostiene varias reuniones con los funcionarios de la administración para discutir los puntos de controversia que se vayan presentando, tales como las empresas independientes comparables seleccionadas, el método aplicado o los ajustes efectuados a la información de tales comparables.

Cuando se llega a un acuerdo, la administración emite la resolución anticipada, confirmando el precio que se considera cumple con el principio de independencia en la transacción materia de la resolución, con lo cual se evita litigios futuros. Las resoluciones anticipadas suelen expedirse con efectos retroactivos y retrospectivos por un número de años que varía de país en país.

También es usual solicitar resoluciones anticipadas a las autoridades de dos o más países, con el fin de que los precios determinados sean aceptables para todas esas autoridades.

7. Ajustes Correspondientes

Las administraciones tributarias, en ejercicio de sus facultades de investigación y determinación del tributo, suelen efectuar revisiones a los precios de transferencia pactados entre partes vinculadas.

Cuando la administración glosa, de manera unilateral el precio pactado, para ajustarlo al principio de independencia, se produce un desequilibrio para el grupo multinacional. Si se aumenta el precio, y, en consecuencia, el ingreso gravable de la empresa examinada, su contraparte en el otro país no habrá tenido una mayor deducción. Si se disminuye la deducción de la empresa examinada, la parte vinculada del exterior que intervino en la operación no habrá visto reducido su ingreso gravable. Estos efectos representan un obstáculo al comercio internacional y al movimiento de capitales. Con la finalidad de evitar estos efectos y de alcanzar simetría, los países de la comunidad internacional convienen, en el marco de sus acuerdos tributarios bilaterales, en permitir que los contribuyentes residentes en su país efectúen ajustes correspondientes para reflejar los ajustes en materia de precios de transferencia efectuados por el otro país contratante. Los convenios típicamente condicionan el ajuste a que la autoridad competente del país donde se busca el ajuste correspondiente considere que el monto de las utilidades ajustadas refleja correctamente el nivel de utilidades que hubiera resultado si las transacciones se hubieran celebrado en condiciones de independencia (es decir, entre partes independientes). En consecuencia, el país que haga el primer ajuste tiene la carga de la prueba para demostrar al otro país que el ajuste es justificado, tanto por lo que hace a los principios aplicables como en cuanto al monto del ajuste.

CAPÍTULO SEGUNDO

DETERMINACIÓN DE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA

1. Planteamiento

Sentado, como ha quedado, que, conforme al principio de independencia, en las transacciones entre partes vinculadas debe establecerse los mismos precios que pactarían partes independientes en transacciones comparables y en condiciones comparables, procede analizar cómo se hace la determinación de tales precios. Al hacer tal determinación, debe tenerse presente que la materia de los precios de transferencia es un arte, no una ciencia, y, por ende, que no hay una respuesta exacta, única y correcta.

Para llevar a cabo la determinación de los precios de transferencia se requiere la elaboración de un análisis económico, en el que pueden llegar a participar distintos profesionales, tales como economistas, abogados, contadores, ingenieros y otros, que intervengan en las diversas fases necesarias a la consecución del objetivo común. Las fases de un estudio económico son: (i) análisis de las transacciones del contribuyente, (ii) identificación de las transacciones a ser examinada, (iii) selección de la parte a examinarse, (iv) búsqueda y selección de transacciones o entidades comparables (v) aplicación de los métodos de precios de transferencia a la información de las transacciones o empresas comparables y (vi) aplicación de los resultados al caso particular del contribuyente.

2. Primer Paso: Análisis de las Transacciones del Contribuyente

Como primer paso para un análisis económico, debe procederse al análisis de las transacciones para las cuales se va a determinar los precios de transferencia: enajenación de bienes tangibles o intangibles, derechos de uso de tangibles o intangibles o prestación de servicios. Para estos efectos, se obtiene información de las entidades del grupo multinacional que participan en la transacción o transacciones a examinarse, es decir, del personal tanto del contribuyente como de las demás empresas del grupo multinacional que participan en la transacción o transacciones en cuestión.

Los principales aspectos involucrados en la recolección de información para el análisis de las transacciones llevadas a cabo por el contribuyente son los siguientes:

- Primero, debe determinarse cuáles son las partes vinculadas que tienen transacciones con la parte que se examina. Debe revisarse cuidadosamente la estructura orgánica de las empresas, con el auxilio de un organigrama, para poder determinar con precisión el carácter de vinculadas.
- A continuación, se prepara un resumen de las transacciones entre las partes vinculadas, ilustrándolas con diagramas de flujo.
- Se procede entonces a obtener toda la información necesaria, relativa a las características de las propiedades o servicios materia del análisis, a las funciones

que adelanta cada una de las partes vinculadas en las transacciones examinadas, a los riesgos que asume cada una de ellas, a los activos propiedad de cada una, a los términos contractuales existentes entre las partes, a las condiciones de mercado que puedan justificar consideraciones especiales en la determinación de los precios inter empresas y a estrategias de negocios que puedan también influir en la determinación de los precios. A este efecto, se prepara un cuestionario que se distribuye al personal pertinente de la parte examinada y sus vinculados. Se solicita, además, información financiera y declaraciones tributarias, así como copias de contratos existentes entre la parte examinada y sus vinculados, y contratos con terceros independientes.

- Se analiza la información obtenida con miras a identificar indicios de transacciones o contratos subyacentes que pudiesen no estar claramente revelados y la posible existencia de otras transacciones con entidades independientes, se identifica dudas que pudiese haber en cuanto a las actividades, propiedades y riesgos de cada una de las empresas vinculadas, así como de los términos contractuales de ciertas transacciones y se procura percibir cualesquier condiciones especiales del mercado o estrategias de negocios que pudiesen haber influido en la determinación de los precios de transferencia.
- Se lleva a cabo entrevistas con el personal de la parte examinada y sus vinculados, con el objeto de confirmar y/o ampliar la información ya obtenida. A manera de ejemplo, en el caso de investigación y desarrollo, habría que contactar al ingeniero en jefe, al titular del departamento de investigación o desarrollo o al titular de desarrollo de producto. En el caso de fabricación, se haría necesario entrevistar al gerente de planta, al gerente de producción, al ingeniero de procesos, al ingeniero de compras, al gerente de control de calidad. Por lo que hace a actividades de ventas, mercadeo, comercialización y distribución, los funcionarios a ser entrevistados incluirían al gerente de ventas de exportación, al gerente de ventas regionales, al gerente de ventas intercompañías, al gerente de comercialización, al gerente de publicidad, al gerente de almacenes, al gerente de distribución. Por lo que hace a servicios administrativos, los funcionarios que debiera contactarse incluirían el gerente de impuestos, el tesorero, el contralor, el director de planeación y el abogado interno. Es recomendable también hacer una o más inspecciones físicas a las instalaciones donde se adelantan las actividades materia de examen.
- Con base en los resultados de las entrevistas y visitas, se completa la descripción que hasta entonces se haya preparado acerca de las transacciones llevadas a cabo entre las partes vinculadas.
- Se procede a redactar una relación de hechos, que resuma la información obtenida, destacando la descripción general de la empresa, una descripción de la estructura orgánica de la empresa, una descripción de las transacciones intercompañías, una descripción general de la industria, una historia del desarrollo del producto o servicio a que se refiera el estudio, una descripción de las

actividades de desarrollo de productos que adelanten otras empresas del grupo con las que se efectúe transacciones y una descripción del proceso de producción, de las actividades de comercialización o de los servicios materia del estudio.

- Por último, con base en la relación de hechos se identifica todas las transacciones entre empresas vinculadas para las que debe determinarse los precios de transferencia. Es posible, por ejemplo, que con base en la información obtenida se detecte, aparte de los precios que eran materia de estudio, que existen servicios administrativos de una de las partes relacionadas hacia la parte que se examina, lo cual sería un nuevo punto al que también deberá referirse el estudio.

3. Segundo Paso: Selección de la Parte a Examinarse

Como segundo paso para el estudio económico, con base en la relación de hechos a que se refiere el apartado anterior es preciso decidir cuál de las empresas vinculadas será la parte que será examinada. Parecería, en principio, obvio que la parte a seleccionarse debe ser el contribuyente cuyo precio se va a determinar. No siempre es así. En algunas ocasiones puede ser preferible examinar al co-contratante del contribuyente, si sus funciones son menos complejas y permiten un análisis de precios de transferencia más sencillo, con un mínimo de ajustes. La parte examinada, por lo general, será aquella que tenga la información más confiable sobre sus operaciones y sobre empresas comparables y que no sea propietaria de intangibles valiosos o de activos especiales que la conviertan en una empresa difícil de comparar.

4. Tercer Paso: Selección de Comparables

Como se ha indicado anteriormente, la filosofía de los precios de transferencia descansa en información de empresas independientes comparables. El tercer paso en la elaboración de un estudio económico consiste, entonces, en localizar empresas independientes que sean comparables a la empresa examinada (denominadas, en terminología de los precios de transferencia, simplemente como “comparables”). La comparabilidad se determina con base en cinco tipos de análisis, denominados factores de comparabilidad, a saber (i) análisis de las características de las propiedades o servicios, (ii) análisis funcional, (iii) análisis de los términos contractuales, (iv) análisis de las circunstancias económicas o de mercado y (v) análisis de las estrategias de negocios. La finalidad de estos análisis es evitar que, como con claridad lo expresa la frase coloquial, comparemos peras con manzanas.

Una empresa independiente se considera comparable cuando no existen diferencias, con respecto a la empresa vinculada examinada, que afecten significativamente el precio o el margen de utilidad materia del estudio o, cuando habiendo diferencias, éstas se pueden eliminar mediante ajustes razonables. Es para efectos de determinar esta comparabilidad y los ajustes que deban efectuarse, que se requiere comparar los atributos de las transacciones o empresas en cuestión mediante el análisis de los factores de comparabilidad. Desde luego, el análisis de comparabilidad debe hacerse con base en información completa y precisa, tanto de la empresa examinada como de las empresas comparables.

En los apartes siguientes pasaremos a estudiar cada uno de los factores de comparabilidad y su implementación práctica.

a. Factores de Comparabilidad

i. Características de las Propiedades o Servicios

Para poder determinar con precisión si un tercero independiente es comparable, debe analizarse las características de las propiedades o de los servicios para los cuales se determinará el precio de transferencia y analizar también las propiedades o servicios del comparable, para confirmar que se está frente a bienes o servicios similares o para justificar diferencias entre los precios de uno y otro.

En caso de enajenación de bienes tangibles, el analista mirará las características físicas de la propiedad, su calidad y confiabilidad, la disponibilidad en el mercado y los volúmenes de abastecimiento. En el caso de prestación de servicios se observa la naturaleza y magnitud del servicio. En el caso de bienes intangibles se analiza la forma de la transacción (v.gr. licencia o venta), el tipo de propiedad (patente, marca, programas de computación (“software”), conocimientos técnicos (“know-how”)), la duración y grado de protección y los beneficios que se espera obtener por el uso de la propiedad.

Es necesario analizar también los intangibles que se transfiera a través de la enajenación de bienes tangibles o de la prestación de servicios. Por ejemplo, si un ingeniero de la casa matriz viaja a una subsidiaria para efectuar la instalación y puesta en marcha de una fábrica, cabe preguntarse si habrá o no habido una transferencia de intangible.

La similitud en las características de las propiedades o servicios adquiere particular importancia cuando se pretende aplicar alguno de los métodos de precios de transferencia que comparan los precios de las partes controladas y de las partes independientes (el método de precio comparable independiente, el método de costo adicionado y el método de reventa, a los que nos referiremos adelante). Por el contrario, la similitud tendrá menor peso tratándose de los métodos que comparan márgenes de utilidad (el método de partición de utilidades y el método de margen neto transaccional, también referidos en líneas posteriores).

ii. Análisis Funcional

Las transacciones entre partes independientes, por ser producto de las fuerzas del mercado, reflejan, en el precio, las funciones llevadas a cabo por el enajenante o prestador del servicio, tomando en consideración los riesgos asumidos y los activos utilizados. Esto puede no ser necesariamente cierto en el caso de transacciones entre partes vinculadas

Por ello, con objeto de determinar si la información obtenida de empresas independientes es comparable, se hace necesario analizar las funciones o actividades de la empresa examinada y de los terceros independientes. El análisis consiste en identificar y comparar las actividades y responsabilidades que sean significativas desde un punto de vista económico. La significación económica se predica en función de la frecuencia, naturaleza y valor para las partes y no

necesariamente en cuanto al número de funciones que se lleve a cabo. Al adelantar el análisis funcional debe prestarse especial atención a la estructura y organización del grupo y la capacidad jurídica con la que el contribuyente desarrolla sus funciones (v.g. fabricante, agente con o sin representación, distribuidor al detal, distribuidor al por mayor, corredor, etc.).

Las funciones típicas que es necesario identificar y analizar son las funciones principales de las partes comparadas, incluyendo diseño, fabricación, ensamble, investigación y desarrollo, servicios, compras, distribución, comercialización, publicidad, transportación, financiamiento y administración. También pueden resultar relevantes las relaciones con los proveedores, el control de calidad, el empaque y el desarrollo de los canales de distribución. Debe ponerse especial atención a las modalidades que tales actividades puedan presentar, v.gr., la investigación y desarrollo puede referirse a nuevos productos o al mejoramiento de productos existentes y las actividades de distribución pueden llevarse a cabo directamente o mediante agentes comerciales o distribuidores. Otro punto que debe mirarse con detenimiento es la posible transferencia intercompañías de intangibles de producción y de mercadeo, así como transferencia del mismo tipo de intangibles a terceros independientes.

Dentro de este análisis se incluye el análisis de los riesgos que asume cada empresa, tales como el riesgo de mercado (es decir, fluctuaciones en los precios de los insumos y de los bienes producidos); el riesgo de pérdida asociado con la inversión y utilización de propiedades, planta y equipo; el riesgo de éxito o fracaso de inversiones en investigación y desarrollo; los riesgos financieros (riesgos de pérdida cambiaria y de fluctuaciones en las tasas de interés); el riesgo crediticio; el riesgo por garantías; el riesgo por responsabilidad extracontractual; etc. Dado que en el mercado libre la asunción de mayores riesgos generalmente da lugar a una compensación también mayor, es necesario conocer y comparar los riesgos que asume la parte examinada y aquéllos de los comparables independientes, para estar en condiciones de comparar adecuadamente los precios de cada una.

También incluye el análisis funcional un análisis de los activos de las partes. Bajo este análisis debe determinarse si las partes utilizan activos de su propiedad en el desarrollo de sus funciones. El análisis debe tomar en consideración tanto el tipo de activos utilizados, tal como planta y equipo, activos para comercialización de productos, intangibles de valor, etc., como su naturaleza o condición, tal como la edad, el valor de mercado, la ubicación, la protección al derecho de propiedad, etc.

El análisis funcional debe ilustrarse con un flujo, que permita identificar más fácilmente las funciones, riesgos y propiedades. Al preparar el análisis, debe describirse las funciones y riesgos que asume cada una de las partes que interviene en las transacciones intercompañías y los activos utilizados. Con base en este análisis se prepara una lista de todas las funciones, riesgos y propiedades, para utilizarse en la comparación con los terceros independientes seleccionados como comparables.

En la medida en que haya diferencias significativas entre las funciones, riesgos y propiedades de la parte examinada y del comparable independiente, será del caso proceder a efectuar ajustes económicos tendientes a eliminar el efecto de esas diferencias en la determinación de los precios de transferencia.

iii. Términos Contractuales

Concluido el análisis funcional, procede efectuar un análisis de los términos contractuales pactados entre las partes vinculadas con respecto a las transacciones examinadas y los términos contractuales entre el comparable independiente y sus clientes. Este análisis tiene por objeto identificar condiciones contractuales que deban eliminarse mediante ajustes a los precios o utilidades de las empresas comparables.

Desde luego, el análisis de los términos contractuales no debe limitarse a la revisión de los contratos escritos entre las partes, sino que debe buscarse otro tipo de evidencia documental, tal como correspondencia. Las transacciones independientes reflejan por lo general, sea de manera expresa o tácita, la forma en que las partes se distribuyen las responsabilidades, riesgos y beneficios. Sin embargo, en tratándose de operaciones entre partes vinculadas, debe tenerse en consideración que con frecuencia éstas no se rigen completamente por los términos y consideraciones que aparecen en los contratos escritos y, por ello, se hace necesario determinar cuáles son las condiciones de hecho que rigen las relaciones entre estas partes. El analista debe ser escéptico, e indagar cuáles son los términos reales en que se desarrollan las relaciones entre estas partes. Además, el analista debe ser observador y suspicaz. Por ejemplo, cuando se visita la planta de la parte examinada para efectuar el análisis funcional, se observa que hay unos técnicos extranjeros físicamente en las instalaciones, pero la relación de hechos no señala que haya contrato relativo a la prestación de servicios por parte de algún vinculado del exterior; hay un indicio de algún término contractual aún no revelado, que es preciso identificar.

iv. Circunstancias Económicas o de Mercado

Los precios de transferencia, en condiciones de independencia, para los mismos bienes o servicios, pueden variar en mercados diferentes. Por ende, es necesario que los mercados en los que operen las empresas vinculadas y la empresa independiente sean comparables, y que las diferencias que pueda haber no tengan efectos considerables sobre los precios de transferencia o que estos efectos se puedan eliminar mediante ajustes económicos apropiados. Ello hace necesario que en los estudios de precios de transferencia se analice circunstancias económicas tales como el riesgo país y las diferencias geográficas de los mercados.

Al evaluar el riesgo país, se toma en consideración dos tipos de factores, aquellos que afectan el valor de la moneda extranjera en transacciones internacionales y aquellos que afectan la posibilidad de convertir las utilidades en países extranjeros a la moneda local de la empresa multinacional. Los primeros factores incluyen los riesgos políticos (posibles cambios en el ambiente legal, reglamentario, impositivo, etc., que puedan resultar en pérdidas) y el denominado “riesgo soberano” que implica la necesidad de evaluar la posibilidad de que el gobierno de otro país no cumpla con sus obligaciones de pago, dado que, por regla general, los gobiernos no pueden ser materia de demandas civiles o mercantiles para exigir el pago. En cuanto a los factores que afectan la convertibilidad de utilidades, se debe tomar en consideración tanto las limitaciones a la transferencia física de utilidades, es decir, los controles cambiarios, como el riesgo del tipo de cambio, es decir, las devaluaciones (que deben analizarse, v.gr. desde el punto de vista de si son normales o eventuales y si van o no acompañadas de inflación). En

términos generales, al analizar el riesgo país se debe mirar a situaciones tales como levantamientos civiles, expropiaciones, guerras, restricciones a la remesa de utilidades, problemas laborales, expropiaciones parciales, controles de precios, cambios a la legislación tributaria y cancelación de contratos.

En cuanto hace a las diferencias de los mercados geográficos, debe analizarse la ubicación geográfica, el tamaño del mercado, el grado de competencia en el mercado y las condiciones competitivas relativas de compradores y vendedores, la disponibilidad de bienes o servicios sustitutos, los niveles de oferta y demanda, el poder de compra de los consumidores, la naturaleza y alcance de las reglamentaciones oficiales sobre el mercado, los costos de producción (incluyendo los costos de inmuebles, de mano de obra y del capital), los costos de transporte, el nivel del mercado (v.gr. al por mayor o al detal), la fecha y hora de la transacción, etc. Resulta provechoso, para estos efectos, efectuar un análisis general del sector industrial correspondiente a la parte examinada, que puede proveer información de gran importancia relativa al tamaño y la estructura de la industria, a las condiciones del mercado y a otros indicadores tales como factores de estacionalidad o ciclos de negocio.

v. Análisis de las Estrategias de Negocios

Las estrategias de negocios como justificación para precios de transferencia diferentes se da solamente cuando se penetra un nuevo mercado (lo cual incluye el lanzamiento de un nuevo producto). Para que se acepte el menor precio que se utiliza en la estrategia de penetración, se hace necesario documentar cuál es el beneficio que se espera obtener. Por ello, por lo general los costos de una estrategia de penetración deben ser asumidos por la parte que recibirá los beneficios, requiriéndose también que haya una posibilidad razonable de que la estrategia reditue en ingresos razonables, en un plazo razonable. La determinación entre las partes vinculadas de los costos, riesgos y retorno debe efectuarse antes de implementar la estrategia de negocios.

Como en los análisis anteriores, para determinar la comparabilidad con empresas independientes será necesario efectuar ajustes económicos que eliminen los efectos de las estrategias de negocios en los precios de transferencia.

b. Implementación Práctica

Desde el punto de vista práctico, la búsqueda y selección de empresas comparables, sigue cuatro pasos primordiales:

- _ Búsqueda por actividad
- _ Primera eliminación: criterios cualitativos
- _ Segunda eliminación: criterios cuantitativos
- _ Tercera Eliminación: Análisis detallado de reportes

Veamos cada uno de los pasos.

i. Búsqueda por Actividad.

La búsqueda de empresas independientes comparables se lleva a cabo con base en fuentes públicas o privadas de información. A falta de información disponible en otros países, las fuentes públicas las constituyen principalmente bases de datos de los Estados Unidos de América, que contienen información financiera y de actividades de empresas que cotizan sus acciones en las bolsas de valores de ese país. La información que aparece en las bases de datos se toma de reportes que estas empresas deben presentar a las autoridades bursátiles del mencionado país, por lo que gozan de absoluta credibilidad. Las fuentes privadas pueden ser numerosas, tales como reportes de crédito, reportes de asociaciones industriales, registros en cámaras de comercio, etc. pero no resultan tan completas o confiables como las fuentes públicas.

En las bases de datos de los Estados Unidos de América, la búsqueda comienza con la determinación del código de actividad (denominado código estándar de la industria o “SIC”) de la parte examinada. Accesada la base de datos, se efectúa una búsqueda de empresas que aparezcan bajo el mismo código SIC. Ello arrojará un elevado número de empresas, que será necesario depurar conforme se expone en los siguientes apartes.

ii. Primera Eliminación: Criterios Cualitativos.

El primer análisis consiste en revisar unas descripciones resumidas de las actividades de cada una de las empresas localizadas por la base de datos. Esta descripción se compara con la descripción de actividades de la empresa examinada, que se desprende del análisis funcional realizado. Esta primera revisión produce una primera eliminación de empresas, resultante de giros completamente diferentes a los que son materia de examen.

iii. Segunda Eliminación: Criterios Cuantitativos.

Se procede a una segunda depuración, con base en la aplicación de cocientes diagnósticos o de actividades, que arrojan información valiosa para determinar la comparabilidad de actividades de la parte independiente con la parte vinculada examinada. Los principales cocientes son:

- Gastos de operación / ventas = el nivel de funciones desempeñadas.
- Propiedad, planta y equipo / ventas = el nivel de utilización de activos.
- Investigación y desarrollo / ventas = la inversión en intangibles de fabricación.
- Publicidad / ventas = la inversión en intangibles comerciales.
- Valor de mercado / valor en libros = el valor intangible.
- Número de empleados / ventas = la productividad de los empleados.

— Activos en operación / ventas = los requerimiento de capital y el nivel de eficiencia.

— Inventario / costo de mercancía vendida = circunstancias tales como riesgos de inventario.

— El volumen de ventas = el tamaño de la empresa.

— La tasa de crecimiento de ventas = el crecimiento del negocio.

— Reducción de gastos de operación / ventas de años anteriores = la eficiencia de administración.

iv. Tercera Eliminación: Análisis Detallado de Reportes.

Como último paso para determinar la comparabilidad, se analiza detalladamente los reportes que presentan las empresas comparables ante las autoridades bursátiles de los Estados Unidos (denominados 10-k), que contienen descripciones detalladas de sus actividades y sus estados financieros. Con base en estos reportes se hace una nueva depuración resultante de la comparación de actividades y de factores financieros tales como el nivel de activos de los comparables y de la parte examinada, la existencia o inexistencia de intangibles en las comparables y en la parte examinada y la inversión o falta de inversión en investigación y desarrollo en cada una de dichas empresas.

Completada la definición y seleccionadas las empresas comparables, debe procederse a la aplicación de los métodos para la determinación de los precios de transferencia, para posteriormente, mediante los ajustes económicos del caso y la determinación de los rangos de precios de transferencia de los comparables, determinar el precio o precios de transferencia de la parte examinada.

5. Cuarto Paso: Aplicación de los Métodos de Precios de Transferencia

El análisis de los precios utilizados por empresas comparables independientes se efectúa con base en los métodos de precios de transferencia reconocidos. Estos métodos se dividen en dos grandes grupos, los métodos transaccionales tradicionales y los denominados otros métodos o métodos de utilidad transaccional.

Los primeros métodos determinan los precios, propiamente dichos, de las transacciones independientes, y comprenden el método de precio comparable no controlado, el método de precio de reventa y el método de costo adicionado. Los métodos tradicionales se basan en transacciones comparables. Cuando sea posible utilizar los métodos tradicionales, éstos deben aplicarse con preferencia a los “otros métodos”. Sin embargo, cuando no exista información comparable para aplicar los métodos tradicionales o cuando ésta sea incompleta, será necesario acudir a los “otros métodos”.

Los métodos de utilidad transaccional se basan en los márgenes de utilidad, no de productos o transacciones sino de toda la empresa, y son el método de partición de utilidades y el método de márgenes netos transaccionales. Ciertamente, no es común que en las transacciones entre dos empresas independientes las utilidades de una de ellas sea una condición que se establezca o imponga. Por el contrario, es raro que los precios entre partes independientes se determinen sobre la base de las utilidades de una de ellas. Por el contrario, las utilidades que resulten de transacciones controladas (es decir, entre vinculados) bien pueden ser un indicador de si la transacción se sujetó a condiciones diferentes a las que habrían regido una transacción entre partes independientes. Por ello, en aquellos casos en que no sea posible utilizar tan sólo los métodos tradicionales, o en aquellos casos en que tales métodos no se puedan aplicar en lo absoluto, es que procederá aplicar los métodos de utilidades transaccionales, que se basan en utilidades de empresas comparables, para llegar a una aproximación de los precios de transferencia entre entidades vinculadas.

El principio de independencia no requiere (como requieren las reglas de los Estados Unidos de América) que se aplique más de un método. Sin embargo, ningún método es susceptible de ser aplicado a todo tipo de transacciones. Para algunas transacciones uno de los métodos será el aplicable, mientras que los otros métodos podrán aplicarse a otras transacciones. En ocasiones, cuando el método aplicado inicialmente resulte inapropiado, será menester probar otro u otros, pero, al final, por regla general, alguno de los métodos resultará aplicable. Ello no obsta para que en casos excepcionales se aplique un enfoque flexible que permita la utilización conjunta de más de un método (por ejemplo, en México, con respecto a las operaciones de maquila (fabricación por encargo, tipo Plan Vallejo), se ha aplicado una combinación de los métodos de márgenes netos transaccionales y costo adicionado).

Acto seguido se discute cada uno de estos métodos.

a. Método de Precio Comparable no Controlado

Conforme a este método, se pretende localizar a empresas que enajenen productos o presten servicios similares, en condiciones comparables, a partes independientes. Con este método se obtiene un estimado del precio que las partes vinculadas hubieran convenido de haber acudido a alguna alternativa de mercado en vez de a la operación controlada (vale decir, a la operación entre vinculados).

El método se basa, principalmente, en la similitud del producto o servicio, por lo que es el método preferible cuando existen transacciones comparables. Por el contrario, el método pierde confiabilidad cuando no todas las características de las transacciones independientes que afectan de manera significativa el precio son comparables. Por regla general es prácticamente imposible localizar comparables independientes que vendan los mismos productos o presten los mismos servicios y, por lo mismo, este método es de rara aplicación. Su utilidad se limita prácticamente a aquellos casos en los que la propia parte examinada enajena los mismos productos o presta los mismos servicios a partes vinculadas y a partes independientes en condiciones comparables y, por ende, se puede determinar el precio con las partes vinculadas aplicando el precio a las partes independientes. Esto es lo que se conoce como un comparable perfecto.

El ejemplo con el que la OCDE ilustra este método es el de partes vinculadas que se venden café colombiano en tanto que la parte independiente seleccionada como comparable vende café brasileño. Se haría necesario, en tal caso, determinar si la diferencia en el tipo de café justifica una prima o un descuento en el precio. Esta información se podría obtener de los mercados de futuros o de los precios de los comerciantes de café. Si esta diferencia tiene un efecto significativo en el precio, se haría necesario hacer algunos ajustes. Si no fuese posible hacer ajustes razonables, habría que utilizar este método conjuntamente con otro método o descartarlo por completo y acudir a algún otro método.

Un ejemplo donde procedería efectuar ajustes bajo este método es el de enajenaciones, donde el precio entre las partes vinculadas incluye la entrega, en tanto que el precio de la empresa independiente comparable es f.o.b. fábrica.

b. Método de Precio de Reventa

Como su nombre lo indica, este método se aplica a la actividad de reventa, de distribución, en la que el distribuidor no agrega mayor valor a los productos (v.gr. mediante procesamiento adicional). Sin embargo, bajo este método se ajusta, no el precio de reventa, sino el costo para el revendedor, es decir, el precio al cual adquiere, de empresas vinculadas, los bienes tangibles que revenderá a terceros independientes.

El método de reventa consiste en determinar el margen de utilidad bruta que obtienen distribuidores comparables independientes, que refleja el margen de utilidad bruta que hubiera percibido la parte controlada de haber realizado las mismas funciones para una empresa independiente. Este margen se resta del precio al que la empresa examinada vende a terceros independientes. El resultado es el precio al que debió haber adquirido los bienes de las empresas vinculadas.

La base para este método es la similitud de funciones y riesgos y no la similitud de productos como el método de precio comparable no controlado. No obstante, entre mayor la similitud de productos, mayor confiabilidad tendrá el método, sobre todo en situaciones donde una de las partes utilice intangibles de valor o singulares.

La OCDE ilustra las diferencias entre este método y el de costo comparable no controlado con el siguiente ejemplo. Típicamente una empresa que distribuya tostadoras de pan realiza las mismas funciones (tomando en consideración los activos involucrados y los riesgos asumidos) que una empresa que distribuye licuadoras y, por ende, en una economía de mercado ambas actividades debieran tener niveles comparables de compensación, lo que justifica el empleo del método de precio de reventa. No sería aplicable el método de costo comparable no controlado porque es claro que una licuadora y una tostadora son productos diferentes y, por ello, sus precios son diferentes, por lo que no pueden ser materia de comparación.

c. Método de Costo Adicionado

Este método se utiliza para transacciones de fabricación por encargo, ensamble, venta de bienes semi terminados, contratos de suministro a largo plazo y para la prestación de servicios.

Este método es lo opuesto al método de precio de reventa. Aquí los costos son correctos y lo que se va a determinar son los precios de venta o de servicios a las empresas vinculadas. Sin embargo, de manera semejante al método de reventa, este método se basa en la similitud de las funciones y riesgos entre la empresa examinada y los comparables independientes y no en similitud de productos o servicios, y arroja márgenes de utilidad bruta y no precios de productos.

El método consiste en determinar el margen de utilidad bruta de transacciones comparables y adicionar ese margen a los costos reales de la parte examinada. Idealmente, el margen de utilidad bruta se obtiene de transacciones similares de la misma parte examinada con terceros independientes. A falta de tal comparable perfecto, se acude a transacciones de empresas independientes comparables con terceros independientes.

d. Método de Partición de Utilidades

El primero de los “otros métodos” o métodos de utilidad transaccional es el método de partición de utilidades, que se utiliza para transacciones extraordinarias, interrelacionadas, en las que no es posible segregar sus componentes y para las cuales no hay transacciones comparables. Consiste en determinar las utilidades globales de las transacciones entre vinculados económicos y en distribuir esas utilidades entre las empresas que participan en las transacciones, en la proporción que hubiera sido asignada entre partes independientes, tomando en consideración, entre otros elementos, las funciones, activos, riesgos, costos y gastos de cada empresa vinculada con respecto a las transacciones examinadas.

La partición de utilidades debe basarse proporcionalmente en las contribuciones hechas hacia los beneficios o pérdidas operativas del grupo (v.gr. prestación de servicios, erogación de gastos de desarrollo, inversiones de capital). El método se usa con la intención de medir las actividades económicas de cada parte relacionada y las contribuciones que aportan a la utilidad de operación global (que es el resultado de la suma de la utilidad de operación obtenida por cada una de las partes vinculadas involucradas en la transacción).

Como una variante de este método aparece el método residual de partición de utilidades, que se utiliza cuando hay intangibles de gran valor, a veces únicos, involucrados en las transacciones entre las partes vinculadas. Al utilizar este método se asigna a las partes que intervinieron en la transacción controlada la utilidad mínima que le correspondería de la utilidad de operación global, determinada conforme a cualquiera de los métodos tradicionales o al método de partición de utilidades expuesto en los párrafos anteriores, sin tomar en consideración la utilización de intangibles significativos. La utilidad mínima se determina considerando cuál sería el menor precio que una parte independiente estaría dispuesta a aceptar y cuál sería el mayor precio que una parte independiente estaría dispuesta a pagar en transacciones similares. La diferencia entre la utilidad de operación global y la utilidad mínima asignada a las partes es la utilidad residual, que se distribuye entre las partes vinculadas tomando en cuenta, entre otros factores, los intangibles significativos utilizados por cada una de ellas, en la proporción en que hubiera sido distribuida por partes independientes en transacciones comparables.

e. Método de Márgenes Netos Transaccionales

El método de márgenes netos transaccionales determina los precios de transferencia con base en medidas de rentabilidad derivadas de empresas independientes en operaciones comparables. El método puede aplicarse a transferencias de bienes tangibles, de bienes intangibles y a servicios entre partes vinculadas.

A este método se le denomina “de último recurso”, dado que debe utilizarse únicamente si los métodos tradicionales no son aplicables o si son menos confiables, pues habiendo comparables confiables, el método de margen de utilidades netas transaccionales no ofrecería resultados mejores que los métodos tradicionales. No obstante esta disgregación teórica, éste es el método que más se utiliza en la práctica.

Con objeto de determinar los márgenes netos, se acude a la selección de indicadores de rentabilidad basados en la información de las empresas comparables. Estos indicadores son cocientes que miden la relación entre gastos y utilidades incurridos o recursos utilizados. Los indicadores de más frecuente utilización son: (i) el margen de operación, que se expresa como utilidad de operación / ventas netas, (ii) el cociente Berry, referido a utilidad bruta / gastos de operación, (iii) el retorno al activo operativo, expresado como utilidad de operación / activos operativos y (iv) el costo adicionado, que se expresa como ventas / gastos totales.

6. Quinto Paso: Aplicación al Caso Particular

Una vez seleccionadas las empresas comparables y obtenida la información comparable pertinente conforme al método de precios de transferencia aplicado, es menester aplicar la información de las empresas comparables a la situación particular de la parte examinada. Esto se hace, primero, efectuando los ajustes económicos que sea necesario para eliminar diferencias entre los comparables y la parte examinada y, segundo, determinando los rangos de precios o utilidades que se obtienen cuando hay más de un comparable.

a. Ajustes por Diferencias Significativas

Los ajustes por diferencias significativas son ajustes convencionales por diferencias en plazos de pagos, nivel de inventarios y financiamiento, ciclos económicos y /o ciclos de vida del producto. Los ajustes deben efectuarse sobre la base de prácticas comerciales, principios económicos o análisis estadísticos. Por ejemplo, si la parte examinada vende a partes relacionadas con un término de pago de 60 días y las partes comparables venden a 90 días, será necesario hacer un ajuste por la diferencia en los términos de pago.

Además de los ajustes convenciones, se debe considerar otro tipo de ajustes, v.gr. la experiencia de negocios, la eficiencia administrativa y otros factores externos que pudieran afectar las utilidades del contribuyente. Tales factores, sin embargo, pueden resultar difíciles de cuantificar.

En el caso específico del método de precio comparable no controlado, para ser confiables, los ajustes a los comparables deben ser menores y deben tener un efecto definitivo y razonablemente determinado sobre el precio.

Tratándose de los métodos de reventa y de costo adicionado, los ajustes a la información de las empresas comparables, para que sean confiables, deben efectuarse únicamente cuando existan diferencias con respecto a los costos de las instalaciones y antigüedad de la planta y equipo, con respecto a la experiencia empresarial y eficiencia administrativa y con respecto a las prácticas contables, incluyendo garantías y/o servicios en el costo de fabricación.

En cuanto al método de márgenes netos transaccionales, al analizar los estados financieros debe tomarse en consideración diferencias que puedan existir con respecto a los principios de contabilidad aplicados por las partes, especialmente cuando son de distintos países, con el objeto de poner a todos los comparables bajo idénticos principios. Por lo general, se requerirá hacer ajustes por diferencias en el tratamiento contable para el caso de capitalización de intangibles, capitalización de contratos de arrendamiento, reservas, regalías, depreciación y amortización y métodos de valuación de inventarios (UEPS vs. PEPS). Además, debe ponerse especial atención en el manejo que se dé a los costos relativos a una misma función, para determinar si se reportan “arriba de la línea”, es decir, como costo de ventas o como costos generales o administrativos, y clasificarlos, mediante ajustes, de una manera uniforme. Finalmente, por regla general se ajustan los niveles de activo fijo, inventario, cuentas por cobrar y cuentas por pagar de los comparables. En el caso de activo fijo e inventario, la razón es que si unas empresas tienen un mayor nivel de activos que otras, ello lleva implícito un gasto por concepto de intereses. La metodología consiste en determinar la razón de activo dividido por costo de ventas para la parte examinada y para cada uno de los comparables; la diferencia entre estos niveles se multiplica por el costo de ventas de cada una de las empresas, esta diferencia se multiplica, entonces, por la tasa de interés corriente y el resultado se agrega al costo de ventas del comparable. Las cuentas por cobrar se ajustan porque son una forma de financiamiento sin intereses y por ende su presencia incrementa la cantidad de capital que debe dedicarse a un negocio. Aquí el método consiste en determinar la proporción de las cuentas por cobrar entre ventas de la parte examinada, y hacer el mismo cálculo para los comparables. La diferencia se multiplica por las ventas de cada empresa. La diferencia en los niveles de cuentas por cobrar de los comparables se multiplica entonces por un factor de intereses y el resultado se agrega a ventas, es decir, a la utilidad bruta. La metodología para las cuentas por cobrar es similar.

b. Cálculo de Rangos

El último paso para determinar los precios de transferencia consiste en utilizar la información de los comparables, después de los ajustes discutidos en el aparte anterior, para calcular los rangos de precios independientes de las partes comparables.

El rango de valor de mercado consiste en dos o más resultados obtenidos del mismo método, es decir, obtenidos con respecto a dos o más comparables. Este rango debe ser derivado de comparables con un nivel semejante de comparabilidad y confiabilidad y puede incluir a todos los comparables que puedan ser ajustados para llegar a un nivel similar de comparabilidad. La confiabilidad del resultado se aumenta mediante el uso de métodos estadísticos tales como el denominado “rango intercuartil”, que consiste en eliminar el 25% superior y el 25% inferior de la muestra, que pueden representar situaciones atípicas. En la medida en que los precios o márgenes de utilidad de la transacción o transacciones examinadas se encuentre dentro del rango

ajustado, el precio o el margen de utilidad se considerará adecuado al precio o utilidad de transacciones independientes comparables y, en consecuencia, al principio de independencia.

c. Reporte

Una vez concluido el análisis, se prepara el reporte con una explicación de la investigación, de la metodología, de las presunciones. Se describe la información utilizada para efectos del análisis, tal como el tipo de operaciones del contribuyente, su estructura orgánica, el método escogido, una explicación de por qué se utilizó el método en cuestión y no otros métodos, los datos internos utilizados para analizar las transacciones controladas y una descripción de las compañías comparables, los factores utilizados para determinar la comparabilidad, el análisis financiero, incluyendo una descripción de la información de los comparables y los ajustes que se haya hecho a esta información. Por último, se transcribe los resultados de los rangos de precios independientes. Al estudio se adjuntan las hojas de cálculo, los organigramas y los diagramas de flujo. Finalmente, se encuadra el análisis económico con la relación de hechos.

Preparado el reporte, se presenta a la empresa examinada (en ocasiones también a los demás vinculados económicos, por conducto de ella), para recibir sus observaciones y comentarios. Una vez recibidos, analizados y discutidos tales comentarios, se prepara el reporte final. Es recomendable adjuntar al reporte un índice de los documentos principales y de apoyo utilizados en el estudio.

CAPÍTULO TERCERO

DERECHO COMPARADO

1. Argentina

La legislación argentina no tiene reglas precisas relativas al tratamiento de los precios de transferencia. Sí reconoce, sin embargo, el principio de independencia.

Sin una gran técnica, Argentina establece como precio de referencia, para el caso de la importación de bienes, el precio al por mayor en el país de origen. Curiosamente, la diferencia entre el precio pactado y el precio al por mayor, cuando éste sea inferior, no resulta en una menor deducción para el contribuyente argentino que efectuó el pago, sino que se considera renta de fuente argentina y, en consecuencia, gravable para el residente en el exterior que suministró los bienes o servicios. Para el caso de exportación de bienes por parte de empresas en Argentina, el precio debe ajustarse al precio al por mayor en el país de destino. Si el precio pactado fuere menor, la diferencia constituye un ingreso adicional para el contribuyente argentino. Finalmente, para otro tipo de transacciones entre partes vinculadas, el precio debe ajustarse a las condiciones que se establezca por partes independientes en transacciones comparables. Cualquier diferencia será atribuible a la entidad argentina.

2. Brasil

Este país introdujo recientemente, en diciembre de 1997, reformas a sus disposiciones en materia de precios de transferencia. Como en otros países, Brasil limita la deducción de gastos pagados a empresas vinculadas del exterior. De igual manera, la ley permite la determinación de los ingresos atribuibles a transacciones con partes relacionadas del exterior. En ambos casos, los precios o los ingresos se determinan con base en métodos de precios de transferencia que contempla la propia ley.

Los métodos reconocidos para el caso de importaciones de bienes y servicios son: (i) el precio comparable no controlado que se basa, no en un estudio técnico de empresas comparables, sino en los precios promedios en el mercado brasileño o en mercados extranjeros de bienes o servicios idénticos o similares en condiciones de pago similares; (ii) el precio de reventa menos utilidades, que se obtiene restando de los precios promedio (a) los descuentos no comisionados, (b) los impuestos y contribuciones que gravan la venta, (c) las condiciones y pagos efectuados a corredores y (d) un margen de utilidad de 20% del precio de reventa; (iii) costos de producción más utilidades, que parte de los costos promedios de producción de bienes idénticos o similares en incrementado con los impuestos a la exportación en dicho país y un margen de utilidad del 20% calculado sobre los costos de producción en el país de fabricación.

Para el caso de exportaciones, se reconoce los siguientes métodos (i) precio promedio de ventas de exportación que permite al contribuyente simplemente demostrar que el precio de exportación excede, en más de un 90%, el precio de venta promedio para partes independientes en el mercado brasileño; (ii) precio al por mayor en el país de destino menos utilidades, que se define como el precio al por mayor en el país de destino, bajo condiciones similares de pago, reducido con (a) los impuestos aplicables sobre el precio de venta en dicho país y (b) un margen de utilidad de 15% sobre el precio al por mayor; (iii) precio al detal en el país de destino menos utilidades, que

consiste en restar del precio promedio de bienes idénticos o similares en el mercado al detal del país de destino, (a) los impuestos sobre el precio de venta cobrados en tal país y (b) un margen del 30% sobre el precio al por mayor; y (iv) costo de producción más utilidades, que es un auténtico método de costo adicionado, con la diferencia que el margen de utilidad sobre los costos conocidos no puede, por disposición legal, ser inferior al 15% de la suma de los costos más los impuestos de exportación de Brasil. En casos excepcionales, la administración tributaria podrá reducir los márgenes de utilidad fijados por la ley en términos de porcentajes, a los que hicimos referencia anteriormente.

3. Chile

Chile introdujo reformas interesantes en 1997. Como primera cuestión, adopta, literalmente, la definición de partes vinculadas de la OCDE. Al reglamentar las enajenaciones de bienes, los derechos de uso o los servicios prestados por contribuyentes chilenos a empresas vinculadas, se establece un principio de independencia en el sentido de que los precios deben reflejar los precios de transacciones similares entre partes independientes. Tratándose de transacciones que den origen a pagos por parte del contribuyente chileno, los precios deben reflejar los precios de mercado normal entre partes independientes. Nótese que, en este último caso, no se habla de transacciones similares.

En el caso de las transacciones de las que se deriven ingresos para el contribuyente chileno, los métodos reconocidos son el método de margen neto transaccional y el de costo adicionado, con algunas desviaciones con respecto a los métodos internacionales. Para las transacciones que impliquen pagos por parte del contribuyente chileno, se aplican los métodos anteriormente dichos, así como los métodos de precio de reventa y de precio comparable no controlado, con algunas variantes con respecto a la OCDE.

4. Honduras

Este país tiene un método parecido al de Colombia, en el que el valor de los bienes enajenados es el valor declarado por las partes, teniendo la administración tributaria la facultad para fijar un valor diferente en aquellos casos en que el valor pactado difiera del valor real.

5. México

México, como miembro de la OCDE, ha acogido las directrices de este organismo y, en consecuencia, consagra en la ley el principio de independencia, el uso de información de empresas comparables, los factores para determinar comparabilidad, la definición de partes vinculadas, los métodos de precios de transferencia, la aplicación de rangos de precios o utilidades, la exigencia de documentación contemporánea y la posibilidad de obtener resoluciones anticipadas en materia de precios de transferencia. La legislación mexicana también reconoce los ajustes correspondientes en el caso de ajustes por parte de países con los que México tiene celebrado tratado de impuestos.

6. Nicaragua

La única disposición en materia de precios de transferencia que encontramos en las leyes tributarias de este país limita la deducción de pago de intereses por parte de una empresa residente en este país a una empresa vinculada del exterior, al interés bancario normal. La administración tributaria tiene la facultad de revisar la tasa de interés pactada y determinar si se ajusta o no al parámetro indicado.

7. Perú

De nueva cuenta encontramos el reconocimiento del principio de independencia, sin que exista un tratamiento completo de la materia de precios de transferencia. El principio de independencia expresa que las partes vinculadas deben pactar sus transacciones a los mismos precios que normalmente cobran a partes independientes bajo las mismas condiciones o condiciones similares, tomando en consideración las circunstancias particulares de las transacciones. A falta de transacciones del contribuyente con partes independientes, los precios con sus vinculados económicos deben ajustarse a valores de mercado.

8. Uruguay

Tampoco encontramos en Uruguay disposiciones que regulen la materia de precios de transferencia. La legislación uruguaya consagra, en cambio, el principio de la primacía de la substancia sobre la forma, lo que facultaría a la administración tributaria para desestimar ciertas transacciones entre partes vinculadas que se consideren artificiales, incluyendo las contraprestaciones pactadas, para determinar su verdadera substancia y alcance. Existen, además, disposiciones aisladas que se remiten al valor de mercado con respecto a activos enajenados a favor de accionistas, a intereses entre partes vinculadas, a rentas inmobiliarias entre partes vinculadas y a gastos a prorrata incurridos por casas matrices del exterior.

9. Venezuela

Venezuela no recoge las tendencias internacionales en materia de precios de transferencia. Contiene una disposición aislada que limita la deducción de costos a los precios normales de mercado.

CAPÍTULO CUARTO

ANÁLISIS DEL CASO COLOMBIANO

1. Preceptos Relativos a Precios de Transferencia

Retomando el análisis que iniciáramos con ocasión de las XIX Jornadas Colombianas de Derecho Tributario⁴, comencemos por decir que el Estatuto Tributario no contiene normas en materia de precios de transferencia que se ajusten a los principios rectores sobre el tema, que hemos venido comentando. En este estudio profundizaremos el análisis de las normas colombianas relacionadas con el tema.

Cierto es que el Estatuto Tributario contiene algunas disposiciones que, de alguna manera, se podría considerar relacionadas con el tema de los precios de transferencia, pero éstas son completamente ajenas a los principios que nos ocupan. Los Artículos 85 y 145 inciso segundo del Estatuto Tributario, respectivamente, desconocen los costos y gastos en transacciones con vinculados económicos y desconocen la deducción de deudas de dudoso o difícil cobro entre vinculados económicos. Los Artículos 151 y 152 del Estatuto desconocen, de manera similar, la deducción de pérdidas por enajenación de activos a vinculados económicos. El Artículo 312, siguiendo la misma corriente, impone limitaciones al reconocimiento de pérdidas ocasionales en enajenaciones entre vinculados económicos.

Contiene el Estatuto otras disposiciones relacionadas con el tema, específicamente el Artículo 90 y la adición, en 1995, de un segundo párrafo al Artículo 85, del Artículo 90-1, a los que dedicaremos el análisis en la siguiente sección.

En principio parecería procedente también el análisis del Artículo 82 del Estatuto, que es el correlativo del Artículo 90 en materia de costos. Sin embargo, el Artículo 82 no regula supuestos de precios de transferencia sino situaciones en las que el costo de los bienes no es real o se desconoce, lo cual escapa a la materia de este estudio.

2. Comparación de los Artículos 85 inciso segundo, 90 y 90-1 del Estatuto Tributario con los Principios Rectores de los Precios de Transferencia

a. Introducción, Texto de los Artículos

Los Artículos del Estatuto Tributario, materia de análisis, disponen, en parte conducente:

Artículo 85, inciso segundo:

⁴Estudio para la Adecuación del Estatuto Tributario a las Tendencias Internacionales de Tributación en Materia del Impuesto sobre la Renta, ponencia para las XIX Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, Paipa, febrero de 1995.

“Cuando se trate de pagos o abonos en cuenta efectuados por los contribuyentes a favor de entidades no contribuyentes, contribuyentes del régimen especial o contribuyentes exentos del impuesto sobre la renta, con los cuales exista vinculación económica o dependencia administrativa, será necesario demostrar que los respectivos servicios han sido efectivamente prestados, y que se han facturado a precios de mercado, para tener derecho a los correspondientes costos o deducciones.”

Artículo 90:

“Se tiene por valor comercial el señalado por las partes, siempre que no difiera notoriamente del precio comercial promedio para bienes de la misma especie, en la fecha de su enajenación ...

“Cuando el valor asignado por las partes difiera notoriamente del comercial de los bienes en la fecha de su enajenación ... el funcionario que esté adelantando el proceso de fiscalización respectivo puede rechazarlo para los efectos impositivos y señalar un precio de enajenación acorde con la naturaleza, condiciones y estado de los activos, atendiendo a los datos estadísticos producidos por la Dirección de Impuestos Nacionales, por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, por la Superintendencia de Industria y Comercio, por el Banco de la República u otras entidades afines ...

“Se entiende que el valor asignado por las partes difiere notoriamente del promedio vigente, cuando se aparta en más de un veinticinco por ciento (25%) de los precios establecidos en el comercio para bienes de la misma especie y calidad, en la fecha de la enajenación, teniendo en cuenta la naturaleza, condiciones y estado de los activos.”

Artículo 90-1:

“Cuando el Administrador de Impuestos y Aduanas Nacionales establezca que el valor de enajenación de los bienes raíces que aparece en las respectivas escrituras, es inferior en más de un cincuenta por ciento (50%) al valor comercial del correspondiente predio en el momento de enajenación, podrá tomar como valor comercial de enajenación ... el valor comercial determinado en la forma prevista en este artículo, menos el 50% de margen de error.

“Para la determinación del valor comercial de los inmuebles, los administradores de impuestos y aduanas nacionales deberán utilizar estadísticas, avalúos, índices y otras informaciones disponibles sobre el valor de la propiedad raíz en la respectiva localidad, suministradas por dependencias del Estado o por entidades privadas especializadas u ordenar un avalúo del predio ... En caso de que existan varias fuentes de información, se tomará el promedio de los valores disponibles ...”

Si bien aparecen en estas normas esbozos de precios de transferencia, están todavía lejos de ajustarse a los principios rectores de la materia. A lo largo del Capítulo Segundo mencionamos que para aplicar los principios de precios de transferencia se hace necesario determinar quiénes son vinculados económicos, identificar partes comparables con base

en factores de comparabilidad, efectuar un análisis económico, utilizando uno cualquiera de los métodos reconocidos, para determinar cuáles son los precios o utilidades de los comparables y, finalmente, con base en tales precios o utilidades, y mediante los ajustes económicos del caso, determinar el rango de precios o utilidades en que debe quedar encuadrado el contribuyente en la transacción controlada que se analiza. A continuación analizaremos las normas transcritas a la luz de estos elementos.

b. Principio de Independencia

En capítulos anteriores hemos visto que el principio de independencia consiste en estructurar las transacciones con partes vinculadas en las mismas condiciones financieras que se habría estipulado en transacciones comparables, bajo condiciones comparables entre empresas independientes.

Ya mencionábamos en la ponencia anterior que el mayor acercamiento al principio de independencia lo constituía el Artículo 90 del Estatuto Tributario. A este precepto habría que añadir, ahora, el segundo inciso del Artículo 85 y el Artículo 90-1, introducidos también en la reforma de 1995.

El Artículo 85 del Estatuto condiciona la deducción de pagos a vinculados económicos no contribuyentes, contribuyentes del régimen especial o exentos, a que el contribuyente demuestre que se han facturado a precios de mercado. Se asoma aquí el principio de independencia, si bien de una manera incipiente e incompleta, lo cual es un gran paso en la dirección correcta, pues el inciso original de la norma (criticado en nuestra ponencia de 1995) prohíbe tajantemente la deducción de pagos a vinculados no contribuyentes. Peca la norma al no definir el concepto “precios de mercado” ni calificarlo con respecto a transacciones comparables entre entidades independientes. Por ello, bien podría un contribuyente que haya, v.gr., contratado un servicio con un vinculado exento, por un honorario que la administración tributaria estime excesivo, sostener que ése es el precio de mercado de servicios entre partes vinculadas.

Los Artículos 90 y 90-1, por su parte, tampoco reflejan el principio de independencia, por cuanto no se refieren a transacciones entre vinculados económicos, es decir, se aplican aun a transacciones entre partes independientes. Por ello, la hipótesis normativa que consagran no es la discrepancia con el precio que pactarían partes independientes en transacciones comparables, sino con el valor comercial.

c. Concepto de Vinculación

El principio de independencia se aplica solamente a vinculados económicos, definiéndolos en la forma expuesta en el Capítulo Primero, sección 3. Dado que, como se expresó, los Artículos 90 y 90-1 se aplican tanto a transacciones entre vinculados como a transacciones independientes, no definen el concepto de vinculación. Tampoco define el término el Artículo 85, que sí se refiere expresamente a vinculados económicos (también se refiere la norma a “dependencia administrativa”, pero igualmente sin definirla). Ninguna otra norma del Estatuto Tributario define la vinculación económica para efectos del impuesto sobre la renta. Los Artículos 449 y 450 del Estatuto la definen, pero exclusivamente para efectos del impuesto sobre las ventas

aplicable a la financiación otorgada por vinculados económicos. No obstante, encontramos la definición del concepto en el Artículo 261 del Código de Comercio, que expresa:

“Se entenderá que hay vinculación de dos o más sociedades cuando existan intereses económicos, financieros o administrativos entre ellas, comunes o recíprocos, así como cualquier situación de control o dependencia.”

d. Ámbito Material de Aplicación

Conforme se pudo apreciar en el Capítulo Segundo, los principios de precios de transferencia se aplican a todo tipo de transacciones entre vinculados económicos, sea enajenación de bienes tangibles o intangibles, uso de tangibles o intangibles o servicios.

En contraste, el inciso segundo del Artículo 85 limita su aplicación a servicios, en tanto que el Artículo 90 del Estatuto limita su marco de aplicación a enajenaciones. El Artículo 91, por su parte, es más restrictivo aún, pues se constriñe a enajenaciones de bienes raíces.

e. Factores de Comparabilidad

Conforme al principio de independencia, para determinar los precios de transferencia del contribuyente es necesario conformarlos con los precios de empresas independientes en transacciones comparables. Y para determinar si las transacciones que llevan a cabo empresas independientes se pueden comparar a las del contribuyente, se requiere un análisis de los factores de comparabilidad, específicamente (i) las características de las propiedades o servicios en cuestión, (ii) las funciones que realiza cada una de las partes de la transacción, así como los activos utilizados y los riesgos asumidos, (iii) los términos contractuales, (iv) las circunstancias económicas o de mercado y (v) las estrategias de negocios.

i. Características de las Propiedades o Servicios.

Para establecer si las transacciones que adelantan empresas independientes pueden servir de punto de comparación, debe primero establecerse que tales transacciones se refieren a propiedades o servicios idénticos o similares a los del contribuyente, que son materia de examen.

El inciso segundo del Artículo 85 del Estatuto Tributario no contiene, como ya expresamos, referencia a servicios comparables. Solamente establece que es necesario demostrar que los respectivos servicios se han facturado a valor de mercado.

Si bien el Artículo 90 no señala expresamente que debe compararse las transacciones del contribuyente con la de terceros, ello se desprende de su contexto, donde acierta la norma al establecer los siguientes criterios:

— Se tiene por valor comercial el señalado por las partes, siempre que no difiera notoriamente del precio comercial promedio

. para bienes de la misma especie

- . en la fecha de su enajenación.
- El valor asignado por las partes difiere notoriamente cuando se aparta en más de un 25% de los precios establecidos en el comercio
 - . para bienes de la misma especie y calidad
 - . en la fecha de la enajenación
 - . teniendo en cuenta la naturaleza, condiciones y estado de los activos.
- Cuando el funcionario fiscalizador señale un nuevo precio, deberá hacerlo:
 - . acorde con la naturaleza, condiciones y estado de los activos.

De manera incomprensible, el Artículo 90-1, que es más reciente y, por lo mismo, debería superar los vicios que la norma que complementa, contiene aún menos factores de comparabilidad, limitándose a señalar que el funcionario, para determinar si el valor de enajenación es inferior al valor comercial, tiene que tomar en consideración el valor comercial en el momento de la enajenación. Más aún, para iniciar sus facultades de fiscalización el funcionario tiene que determinar, ya no que el valor de enajenación difiere del valor de mercado para bienes de la misma especie, sino que el valor pactado es inferior al valor comercial **del correspondiente predio**. Ello parece indicar que, en el supuesto de esta norma, no es necesario allegarse información comparable. Pero si continuamos el análisis de la disposición, apreciamos que, al señalar las fuentes de información a que debe acudir el funcionario fiscalizador, todas (salvo el avalúo) deben versar sobre el valor de la propiedad en la respectiva localidad, es decir, sobre propiedades comparables.

ii. Demás Factores de Comparabilidad

Infortunadamente las disposiciones que estudiamos ignoran, en lo absoluto, los demás factores para determinar si las transacciones de un tercero independiente se pueden tomar como comparables para la determinación de los precios de transferencia del contribuyente.

f. Fuentes de Información

En el contexto internacional es válido acudir a todo tipo de fuentes, públicas y privadas, oficiales o particulares, para allegarse información de empresas y transacciones comparables que puedan ser utilizadas para determinar los precios de transferencia en condiciones de independencia.

El Artículo 85 del Estatuto Tributario, inciso segundo, no hace remisión a fuente alguna para determinar los precios de mercado. Dado que bajo este precepto la carga de la prueba corre a cargo del contribuyente, éste puede allegar todo tipo de información para justificar su precio

(sujeto, desde luego, a los principios de valoración de la prueba) conforme a los Artículos 742 y 743 del Estatuto Tributario y Artículo 175 del Código de Procedimiento Civil.

Por el contrario, el Artículo 90 se remite, para la determinación de los precios glosados, a datos estadísticos producidos por la Dirección de Impuestos Nacionales, por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, por la Superintendencia de Industria y Comercio, por el Banco de la República u otras entidades afines. Es de observarse que la facultad del funcionario fiscalizador se limita a “señalar un precio de **enajenación** acorde con la **naturaleza, condiciones y estado de los activos**” (negritas mías). Por virtud de dicha limitación, considera el ponente que el funcionario no puede referirse a cualquier tipo de estadísticas que puedan llevar las entidades mencionadas, tales como los niveles de utilidad de contribuyentes en general, o de distribuidores de maquinaria y equipo o de automotores, etc. El funcionario debe, a nuestro juicio, referir su análisis a estadísticas de enajenación de bienes de naturaleza igual o similar a aquellos materia de la glosa, en condiciones y estado similares.

Dada la enunciación taxativa que hace la norma con respecto a las fuentes de información, resulta perfectamente claro que la administración no podría acudir a otras fuentes públicas como los bancos de datos de Estados Unidos que típicamente se utilizan para los estudios de precios de transferencia o a fuentes privadas de información, tales como la información financiera que existe en las cámaras de comercio de Colombia o información de publicaciones especializadas como la revista “Motor” o avisos en los clasificados de los periódicos.

En cuanto al Artículo 90-1, ofrece más variedad de fuentes de información, al hablar no sólo de estadísticas, sino también de avalúos, índices y otras informaciones disponibles. Todos estas fuentes de información deben versar sobre el valor de la propiedad raíz en la respectiva localidad, con lo cual se limita severamente el margen de maniobra del funcionario fiscalizador al no permitirle, v.gr. utilizar información sobre el valor de la propiedad raíz en otra localidad y utilizar ese valor en el caso particular mediante ajustes económicos que reflejen las diferencias entre esos mercados. Para fortuna de la administración, la norma también permite que se ordene un avalúo, el cual deberá ser practicado solamente por las oficinas de catastro, por el Instituto Agustín Codazzi o por las Lonjas de Propiedad Raíz o sus afiliados.

g. Métodos de Precios de Transferencia

Bajo los lineamientos de la OCDE, una vez obtenida la información de los comparables, es necesario hacer un análisis económico mediante la aplicación de los métodos de precios de transferencia reconocidos, frecuentemente con la utilización de razones financieras, para determinar los rangos de precios o utilidades de los comparables y llegar así al precio o utilidad para el contribuyente examinado.

Los Artículos 85, segundo inciso, 90 y 90-1 no hacen referencia a ningún tipo de análisis.

h. Ajustes por Diferencias Significativas

Una vez se ha obtenido información de empresas independientes comparables, que realicen transacciones comparables, la información se ajusta mediante métodos económicos para eliminar

cualesquier diferencias significativas que pudiesen existir entre la transacción del contribuyente y las transacciones comparables. Las normas que se analiza no contemplan ningún tipo de ajuste.

i. Rangos de Precios

Bajo la metodología de los precios de transferencia, cuando hay más de una entidad o transacción comparable, la información arroja, por lo general, un rango de precios diferentes. En la medida en que los precios de la empresa examinada estén dentro de ese rango (en ocasiones ajustado mediante principios económicos), se considera que cumplió con el principio de independencia. No sucede lo propio con las normas en estudio.

Como primera cuestión, el Artículo 85, inciso segundo, del Estatuto Tributario simplemente señala la necesidad de demostrar que los servicios en cuestión se han facturado a precios de mercado.

El Artículo 90-1 expresamente dispone que en caso de que existan varias fuentes de información, se tomará el promedio de los valores disponibles, es decir, no se utiliza rangos de precios entre los que pueda quedar comprendida la transacción glosada.

El Artículo 90 no contiene disposición al respecto. Ciertamente establece que la glosa se da solamente cuando el valor asignado por las partes difiera notoriamente del precio comercial promedio. con lo cual el funcionario fiscalizador podría legalmente, a nuestro juicio, utilizar un promedio de los precios establecidos en el comercio. Sin embargo, una vez hecho lo anterior y demostrado que se ha dado el supuesto normativo, debe proceder a señalar un precio de enajenación acorde con la naturaleza, condiciones y estado de los activos, atendiendo a los datos estadísticos de que habla el precepto. Pero no permite esta norma al funcionario determinar el precio de enajenación con base en promedios ni rangos.

No obstante lo anterior, es sumamente interesante destacar que para que el funcionario fiscalizador pueda glosar el precio, debe determinar que difiere notoriamente del **promedio** para bienes de la misma especie y que se considera que se da tal diferencia notoria cuando se aparta **en más de un 25%** de los precios establecidos en el comercio. El uso de la palabra promedio y el margen de 25% que se da, nos ilustran en el sentido que el legislador adoptó, para estos efectos, el rango intercuartil a que hicimos referencia en el Capítulo Segundo, numeral 6, literal b, que considera que el 25% superior y el 25% inferior de las muestras son atípicos y, por ende, se eliminan.

j. Ajustes Correspondientes

Según expusimos anteriormente, para lograr simetría recomienda la OCDE que al efectuarse el ajuste de algún precio de transferencia, v.gr. incrementando el ingreso del contribuyente examinado, se permita un ajuste correspondiente a la parte vinculada con la que contrató, reconociéndole una mayor deducción. Ni los artículos que han sido materia de análisis ni ninguna otra norma del Estatuto Tributario consagran tal institución.

3. Comentarios Críticos al Estatuto Tributario

En los apartados anteriores analizamos los Artículos 85 inciso segundo, 90 y 90-1 del Estatuto Tributario, de manera comparativa, a la luz de los principios de precios de transferencia. En los siguientes incisos presentaremos algunos comentarios críticos.

a. Falta de Adecuación al Principio de Precios de Transferencia

Del análisis en la sección 2 se puede apreciar que el Estatuto Tributario no se compadece con los principios internacionales en materia de precios de transferencia. Esta es, pues, la primera gran crítica al ordenamiento

b. Desconocimiento del Principio de la Buena Fe

Los Artículos 85 primer inciso, 145, 151, 152 y 312 del Estatuto Tributario desconocen o limitan los siguientes atributos tributarios en transacciones con vinculados económicos: los costos y gastos, la deducción de deudas de dudoso o difícil cobro, la deducción de pérdidas por enajenación de activos y las pérdidas ocasionales en enajenaciones.

La razón de ser de tales desconocimiento o limitación es que la ley presume que las transacciones entre vinculados económicos no se ajustan al principio de independencia, es decir, que no se ajustan a las condiciones que hubiesen prevalecido en transacciones similares entre partes independientes.

En otras palabras, estas normas presumen la mala fe de quienes realizan transacciones con vinculados económicos, lo cual contraría los postulados del Artículo 83 de la Constitución Política, conforme al cual la buena fe de los particulares se presume en toda gestión que éstos adelanten ante las autoridades, incluyendo, desde luego, el denuncia rentístico.

c. Operaciones Distintas a Enajenaciones, Servicios con Vinculados

La segunda gran crítica que se puede formular a los Artículos 85 inciso segundo, 90 y 90-1 del Estatuto es que se limite su esfera de aplicación a enajenaciones o a servicios entre algunos vinculados económicos, excluyéndose, por tanto, figuras jurídicas tales como arrendamientos y otros servicios. Si bien imperfectas, las normas velan por el principio de independencia al referirse a valores de mercado. El ámbito limitado de aplicación de las normas permite, pues, manejos artificiales en perjuicio del fisco en transacciones diferentes a enajenaciones, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito interno de Colombia. Vale una aclaración. En el contexto interno de un país la determinación de los precios de transferencia es generalmente irrelevante por cuanto resulta neutral. Lo que un contribuyente deduce por una adquisición, arrendamiento o servicio, constituye ingreso para el perceptor. Sin embargo, el fisco sufre un perjuicio indebido cuando se transfiere utilidades artificialmente a contribuyentes con pérdidas pendientes de amortizar o con tasas impositivas reducidas.

d. Falta de Técnica

Conforme al artículo 90 del Estatuto Tributario, el funcionario fiscalizador debe primero determinar que el valor asignado por las partes difiere notoriamente del comercial en la fecha de la enajenación, para bienes de la misma especie y calidad, teniendo en cuenta la naturaleza, condiciones y estado de los activos. Hecho lo anterior, debe proceder a señalar el precio de enajenación para efectos impositivos, atendiendo a los datos estadísticos tantas veces mencionados.

Ello implica, para el funcionario, un análisis doble bajo métodos diferentes que pueden producir diferentes resultados. Primero, el funcionario deberá determinar cuál es el valor comercial, para determinar si el valor asignado por las partes difiere notoriamente. No dice la norma la forma en que deberá determinarse este valor, lo que impide, de por sí, el accionar del funcionario fuera del marco que establece la ley. Pero determinado que fuera tal valor y que hay una diferencia notoria, el ajuste que debiera practicarse al valor señalado por las partes debiera ser, precisamente, al valor comercial ya determinado. Sin embargo, la norma exige, en un procedimiento ocioso amén de imperfecto, que el funcionario acuda a información estadística para determinar, con base en tal información imprecisa, un valor de mercado ya establecido por la propia autoridad. *Dura lex sed lex.*

Lo mismo se predica del Artículo 90-1, que exige primero determinar el valor comercial del correspondiente predio para verificar si el valor que aparece en la escritura de enajenación es inferior en más de un 50%, con lo cual se configuraría el supuesto normativo. Pero la norma no dice cómo determinar tal valor comercial, lo que imposibilita que el funcionario actúe. Suponiendo que el funcionario lograra legalmente determinar el valor comercial del predio, la administración debe tomar un valor comercial diferente para la glosa, el valor determinado en la forma prevista en ese artículo.

e. Ausencia de Información Estadística

Establece el Artículo 90 del Estatuto Tributario que el funcionario fiscalizador puede señalar un precio de enajenación acorde con la naturaleza, condiciones y estado de los activos, atendiendo a los datos estadísticos producidos por la Dirección de Impuestos Nacionales, por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, por la Superintendencia de Industria y Comercio, por el Banco de la República u otras entidades afines. Por las averiguaciones que nos fue posible efectuar concluimos que no existe en Colombia información estadística que pudiera ser utilizada por los funcionarios fiscalizadores.

Más aún, con base en tal redacción, para implementar sus facultades el funcionario debe, a nuestro juicio, referir su análisis a estadísticas de enajenación de bienes de naturaleza igual o similar a aquéllos materia de la glosa, en condiciones y estado similares. Así, por ejemplo, en tratándose de la enajenación de un automóvil, el funcionario tendría que remitirse a datos estadísticos sobre el valor de enajenación, en la fecha de enajenación, de automóviles del mismo tipo y modelo, con un grado de uso (kilometraje) similar, en el mismo o similar estado, con los mismos o similares accesorios. Y como es obvio, resulta casi que imposible llevar información estadística tan supremamente detallada.

La misma crítica merece la remisión a estadísticas que hace el Artículo 90-1 del Estatuto, si bien este precepto permite acudir a otras fuentes de información públicas o privadas.

f. Extralimitación de Funciones

En los casos en que el funcionario fiscalizador puede señalar el precio de enajenación conforme al Artículo 90, debe hacerlo “atendiendo a los datos estadísticos” producidos por las entidades que la norma señala. Por el empleo que se hace de la expresión “atendiendo a”, al referirse a los datos estadísticos, y dada la amplia acepción del verbo atender, que incluye el simplemente “tener en cuenta”, podría llegarse a la conclusión que la facultad de la administración no se limita a allegarse información estadística y vaciar las frías cifras en ella contenidas, sino que le permite analizar tal información para extraer sus propios resultados y así determinar el precio de enajenación. Ello permitiría suponer que la administración podría valerse de datos estadísticos oficiales que consignasen información sumamente general, v.gr. rangos de precios o utilidades por industria o por sector, que le permitiesen, mediante la utilización de métodos económicos, v.gr. el retorno sobre capital empleado, determinar el precio de enajenación del contribuyente tomando en consideración si la naturaleza, condiciones y estado de los activos justifica descuentos u otros ajustes.

El autor no compartiría tal interpretación. A nuestro juicio, cuando el legislador facultó al funcionario para señalar un precio de enajenación, limitó sus facultades, sujetándolas a los datos estadísticos producidos por las entidades ya mencionadas. Si el legislador hubiera querido facultar al funcionario sin cortapisas, para que éste pudiese efectuar los análisis y ajustes que considerase prudentes, no habría incluido la frase “atendiendo a los datos estadísticos producidos por”. Así lo hizo, por ejemplo, al facultar al propio funcionario para rechazar, para efectos impositivos, el valor pactado por las partes cuando difiera notoriamente del comercial. Aquí no introdujo el legislador limitante alguna, lo que permite al funcionario allegarse los elementos de juicio que estime convenientes para determinar si el valor asignado difiere notoriamente del valor comercial. Confirma esta conclusión la adición al Estatuto Tributario, en 1995, del artículo 90-1, que, al precisar la forma de determinar el valor comercial de inmuebles, faculta al administrador de impuestos a valerse de estadísticas, avalúos, índices y otras informaciones disponibles, con lo que se aprecia que cuando el legislador ha querido facultar el uso de elementos diferentes a la información estadística así lo ha señalado expresamente.

Como resultado del anterior análisis, si el funcionario fiscalizador pretendiese señalar un precio de enajenación con base en elementos diferentes a los datos estadísticos a que se refiere el Artículo 90, incurriría en extralimitación de funciones, violando, en consecuencia, el Artículo 6 de la Constitución Política de Colombia.

g. In Dubio pro Contribuyente

Continuando con el análisis del Artículo 90 del Estatuto, observamos que la norma no dispone cómo debiera proceder el funcionario fiscalizador si obtuviese datos estadísticos que arrojasen diferentes precios de los bienes enajenados y glosados. A falta de autorización expresa en la ley, consideramos que no podría el funcionario utilizar promedios ni rangos, sin incurrir en extralimitación de funciones, violando el Artículo 6 Constitucional. Cuando la ley ha querido

que se utilicen promedios, así lo ha señalado expresamente, como en el caso del Artículo 90-1 del Estatuto.

En consecuencia, considera el ponente que, en el supuesto que hubiera más de una estadística disponible, el contribuyente glosado bien podría sostener que debe aplicársele el precio menor de tales estadísticas, con base en el Artículo 745 del Estatuto Tributario que dispone que las dudas provenientes de vacíos probatorios deben resolverse a favor del contribuyente.

h. Violación de los Principios de Justicia y Equidad de los Tributos

La Constitución Política de Colombia preceptúa, en el Artículo 95, inciso 9, que son deberes de la persona y del ciudadano contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad. Este principio se recoge en el Artículo 683 del Estatuto Tributario, que dispone que la aplicación recta de las leyes deberá estar presidida por un relevante espíritu de justicia y que el Estado no aspira a que al contribuyente se le exija más de aquello con lo que la misma ley ha querido que coadyuve a las cargas públicas de la Nación.

Como se ha discutido anteriormente, los Artículos 90 y 90-1 del Estatuto Tributario permiten a la administración señalar un precio de enajenación para efectos fiscales cuando el valor señalado por las partes difiera de los parámetros que señalan las propias normas. Sin embargo, ni estos artículos, ni ningún otro del Estatuto, contemplan el derecho de quien efectuó el pago glosado de efectuar un ajuste correspondiente. En consecuencia, cuando al ejercer sus facultades la administración incrementa el precio para efectos fiscales, el contribuyente que enajenó el bien estará afecto a mayor tributación. Pero al no permitir a quien adquirió el bien que incrementa su costo fiscal en una cantidad correspondiente al ajuste, la administración está gravando doblemente a las partes en la transacción, a la una sobre el mayor precio presunto y a la otra sobre la parte de su renta líquida que no se ve beneficiada con una mayor deducción correspondiente. Tal doble gravamen constituye una flagrante violación de los principios de justicia y equidad.

CONCLUSIONES

1. Los precios de transferencia internacionales salvaguardan una tributación justa y equitativa para las empresas multinacionales y para los fiscos de los países en donde operan.
2. Su implementación, por ende, beneficia tanto a los contribuyentes como a los fiscos.
3. Si bien a la par de la mayoría de países latinoamericanos, Colombia está rezagada, en el contexto internacional, en la adopción de los principios en materia de precios de transferencia. Las pocas normas del Estatuto Tributario que regulan los precios pactados no se adecuan a los principios internacionales.
4. Los Artículos 85 primer inciso, 145 segundo inciso, 151, 152 y 312 del Estatuto Tributario, al desconocer o limitar los efectos tributarios de las transacciones entre vinculados económicos, desconocen el principio de la realidad económica de las transacciones, presumen la violación al principio de independencia y, con ello, violan el principio de la buena fe, consagrado en el Artículo 83 de la Constitución Política de Colombia.
5. El ámbito limitado de aplicación de los Artículos 85, segundo inciso, 90 y 90-1 del Estatuto Tributario permite manejos artificiales de precios de transferencia, en perjuicio del fisco, en transacciones diferentes a servicios entre ciertos vinculados económicos y a enajenaciones.
6. El contribuyente tiene la carga de la prueba y puede valerse de cualquier tipo de información para justificar que los servicios recibidos de vinculados económicos se han facturado a precios de mercado.
7. Antes de ejercer sus facultades para la determinación del precio o valor comercial, el funcionario fiscalizador debe establecer cuál es el valor comercial, sin que la ley precise cómo hacerlo. Determinado este valor y su disconformidad con los precios del contribuyente, debe entonces el funcionario determinar el precio o valor comercial para efectos fiscales, siguiendo los lineamientos que establece el Estatuto Tributario. Se trata de dos cálculos diferentes que pueden arrojar valores comerciales diferentes.
8. No existe en Colombia información estadística que permita a los funcionarios ejercer las facultades de determinación del precio de enajenación que contemplan los Artículos 90 y 90-1 del Estatuto Tributario.
9. De haber estadísticas, el funcionario fiscalizador tendría que limitarse a aplicarlas al caso concreto, si ello fuere posible, sin que le sea dado emplear métodos económicos para su interpretación y aplicación, pues con ello incurriría en extralimitación de funciones.
10. En los casos en que hubiera más de un dato estadístico disponible para determinar el precio de enajenación bajo el Artículo 90 del Estatuto Tributario, el contribuyente tiene derecho a que se aplique el que arroje el precio más bajo.

11. Al no permitir el Estatuto Tributario los denominados “ajustes correspondientes”, es decir, al no permitir al co-contratante del contribuyente que refleje, para efectos fiscales, la contrapartida del ajuste en los precios de transferencia del contribuyente, se violan los principios de justicia y equidad de los tributos, consagrados en el Artículo 95, inciso 9, de la Constitución Política de Colombia.

12. Colombia no puede indefinidamente sustraerse de los principios internacionales que rigen los precios de transferencia, so pena de ver afectadas, cada vez con mayor intensidad, las inversiones extranjeras y el comercio internacional de bienes y servicios hacia su territorio. La coordinación entre los países de la comunidad internacional es preferible a la competencia, para promover el comercio y las inversiones internacionales.

RECOMENDACIONES

1. Al Gobierno Nacional, decidir que es hora de retomar el camino hacia la internacionalización de la economía colombiana y adoptar, como política, la convicción de la necesidad de adecuar el Estatuto Tributario a las tendencias internacionales de tributación.
2. Al Gobierno Nacional, presentar al Congreso de la República iniciativa de ley para:
 - Derogar los Artículos 85 primer inciso, 145 inciso segundo, 151, 152 y 312 del Estatuto Tributario.
 - Modificar los Artículos 85, inciso segundo, 90 y 90-1 del Estatuto Tributario, adecuándolos al principio de independencia en materia de precios de transferencia.
 - Adicionar el Estatuto Tributario con los demás principios internacionales rectores de los precios de transferencia y, en particular, con la figura de los ajustes correspondientes, que permita que los co-contratantes de los contribuyentes reflejen, para efectos fiscales, la contrapartida de los ajustes en los precios de transferencia del contribuyente practicados por la administración.
3. Al Congreso de la República, expedir la ley correspondiente a la iniciativa a que se refiere al aparte 2 anterior.