



“PRECIOS DE TRANSFERENCIA - REESTRUCTURACION DE NEGOCIOS EN CHILE”

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE
MAGÍSTER EN TRIBUTACIÓN**

**Alumno: Felipe Eduardo Gómez Fernández
Profesor Guía: José Madariaga Montes**

Santiago, Diciembre de 2014

TABLA DE CONTENIDOS

CAPÍTULO	PÁGINA
1 INTRODUCCION GENERAL.....	1
2 INTRODUCCIÓN A LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA.....	2
3 DEFINICION DE REESTRUCTURACION DE NEGOCIOS.....	4
4 LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN CHILE.....	5
4.1. Métodos Tradicionales de Precios de Transferencia y su comparación con el artículo 41E de la Ley de la Renta Chilena.....	6
4.1.1 Método de Precio Comparable no Controlado.....	8
4.1.2 Método de Precio de reventa	9
4.1.3 Método del Costo más Margen	11
4.1.4 Método de División de Utilidades	11
4.1.5 Método Transaccional de Márgenes Netos	13
4.1.6 Métodos Residuales de Precios de Transferencia	14

5	REESTRUCTURACION DE NEGOCIOS – CAPITULO 9 DE LA OCDE ...	16
5.1	Modalidades de reestructuración y políticas de precios.....	17
5.1.2	Factores a tener en cuenta al momento de realizar el examen de la reestructuración	18
5.1.3	Posición de la administración tributaria	40
5.1.3.1	Ignorar la reestructuración	41
5.1.3.2	Considerar la existencia de EP de la entidad no residente	45
5.1.3.3	Cuestionar el método de valoración	46
5.1.3.4	Considerar que procede una compensación (no reconocida)	47
5.1.4	Importancia de la motivación fiscal	48
6	CONCLUSIONES.....	50
7	BIBLIOGRAFIA.....	53
8	ANEXO N°1.....	54
9	VITA	58

1 INTRODUCCION GENERAL

El trabajo que se presentará para la obtención del grado académico de Magíster en Tributación corresponderá a una actividad formativa equivalente que tendrá como título “**Precios de Transferencia y Reestructuración de Negocios en Chile**”.

Esta actividad formativa está orientada a profundizar en un tema nuevo y relevante para el sistema tributario chileno, para lo cual se analizarán las directrices de la OCDE aplicables en materia de Precios de Transferencia del año 2010 y específicamente su capítulo IX orientado a la reestructuración de empresas y precios de transferencia.

Además la investigación hará mención a la posición de la administración tributaria frente al tema de estudio y también la opinión de quienes realizan estudios de precios de transferencia y reestructuración de negocios, como lo son las firmas de auditoría o asesores externos.

2 **DEFINICIÓN DE PRECIO DE TRANSFERENCIA:**

El término “precio de transferencia” puede entenderse como se expresa a continuación:

Como aquellos precios a los cuales una empresa les transfiere bienes o servicios a un vinculado económico.

Por tanto, debe existir vinculación económica para la aplicación de los precios de transferencia. La vinculación o la relación entre las dos empresas derivan algún grado de control por participación en el capital, por control administrativo o por control económico, circunstancias que le otorgan al controlante la posibilidad de imponer o influir en la determinación de un precio para las transacciones que realice con sus controlados.

El desarrollo del principio de plena competencia para efectos puramente fiscales supone la obligación de tratar a los vinculados o partes relacionadas como entes separados y totalmente independientes en sus relaciones comerciales y al realizar sus operaciones bajo las mismas condiciones de mercado abierto que esperarían encontrar empresas independientes en operaciones similares y bajo circunstancias parecidas, de modo que se pague el impuesto apropiado en el lugar donde efectivamente se genere.

Un precio de transferencia puede ser el resultado de una gran diversidad de transacciones llevadas a cabo entre empresas relacionadas. Algunos ejemplos típicos se muestran a continuación:

- Compraventa de materia prima.
- Compraventa de productos terminados.
- Prestación de servicios administrativos.
- Servicios de asistencia técnica.
- Cobro o pago de regalías.
- Transferencia de tecnología.
- Arrendamiento de bienes muebles e inmuebles.
- Préstamos.
- Compra venta o aporte de acciones de o a una sociedad.
- Compraventa de divisas (spot, forward, etc.).
- Operaciones financieras en general (futuros, derivados, warrants, etc.)

3 DEFINICION DE REESTRUCTURACION DE NEGOCIOS.

Los grupos multinacionales vienen realizando desde hace ya algunos años lo que se ha venido en denominar reestructuraciones empresariales o de negocios que, aun presentando muy diversas modalidades, consisten en lo esencial en una reordenación de sus actividades y producen comúnmente como resultado la reubicación significativa de los beneficios y por consiguiente de las bases imponibles obtenidos por las distintas entidades del grupo en las diferentes jurisdicciones fiscales en las que operan.

En este trabajo se describirán algunas de las modalidades de reestructuración más frecuentes que se podrían presentar en la práctica

También se analizarán algunos de los factores más relevantes a tener en cuenta en el examen que las Administraciones tributarias realizan de las reestructuraciones de los grupos multinacionales, así como las orientaciones que al respecto se contienen en las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE, de 2010, tal como se mencionó anteriormente.

4 LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN CHILE.

En Chile, hasta el año tributario 2012 existía una serie de normativa relacionada con los precios a los cuales se llevaban a cabo las transacciones entre empresas relacionadas y en distintos países. Esta normativa no estaba amparada en las guías de la OCDE, pero perseguía un fin similar, lo cual en esta investigación se hará mención solamente para efectos históricos, toda vez que las incidencias tributarias que podrían generar esas operaciones, prescriben el 30/04/2015.

La normativa relacionada mencionada en el párrafo precedente se encontraba en los siguientes apartados:

- Ley N°19.506, de 1997 (Artículo 38 de la Ley de Impuesto a la Renta)
- Circular SII N°3 de 1998
- Circular SII N°57 de 2001
- Ley N°19.840, de 2002 (Artículo 38 de la Ley de Impuesto a la Renta)
- Circular SII N°72 de 2002
- Convenios para evitar la doble tributación.

4.1. Métodos Tradicionales de Precios de Transferencia y su comparación con el artículo 41E de la Ley de la Renta Chilena.

Para este análisis se utilizará la Guía de Precios de Transferencia de la OCDE y el nuevo artículo de la Ley de Impuesto a la Renta, introducido en la ley chilena a contar del año tributario 2012, con la reforma tributaria ley 20630 y que viene a reemplazar al artículo 38 antes señalado. El nuevo artículo 41°E sigue las directrices de la OCDE en la metodología de determinación de los precios al que se deben transar bienes y servicios entre empresas relacionadas bajo el principio ***arm's length***. **Este principio se define como los precios, valores o rentabilidades normales de mercado los que hayan o habrían acordado u obtenido partes independientes en operaciones y circunstancias comparables.**

Mediante la utilización de los llamados métodos tradicionales se pretende la comparación de los precios propiamente dichos, de las operaciones realizadas con vinculados económicos o partes relacionadas frente a los de partes no vinculadas o independientes, ellos son: El método precio comparable no controlado, el método precio de reventa y el método costo adicionado.

Los métodos tradicionales son los más directos para determinar si las relaciones comerciales y financieras entre empresas vinculadas se llevan a cabo bajo el principio de plena competencia; sin embargo, la complejidad de los negocios puede llevar a que se presenten dificultades prácticas cuando se pretenda su aplicación y dentro de esas dificultades se encuentra la poca confiabilidad en la calidad de información; es por ello que se ha dado paso a otro tipo de métodos, los llamados no tradicionales.

El pronunciamiento de la OCDE al respecto es el siguiente:

Se considera que los métodos tradicionales basados en las operaciones son el medio más directo para determinar si las condiciones de las relaciones comerciales o financieras de las empresas asociadas se ajustan al principio de plena competencia. Esto es así porque cualquier diferencia entre el precio de una operación vinculada y el de una operación comparable no vinculada puede imputarse directamente a las relaciones comerciales o financieras aceptadas o impuestas entre las empresas, pudiendo determinar las condiciones de plena competencia sustituyendo directamente el precio de la operación vinculada por el de la no vinculada.

Por su parte, la administración tributaria, en la aplicación de los métodos para determinar los precios, utilizará aquél que considere se ajusta más a la operación en análisis.

Este punto es relevante ya que la administración, por razones de su propio ámbito de acción, no está inmersa en la realidad del negocio de la compañía multinacional con sus productos y servicios, por lo tanto, tenderá a ocupar métodos que crea son los más apropiados sin que sea necesariamente así.

4.1.1 Método de Precio Comparable no Controlado (CUP por si sigla en Inglés)

El CUP es el primero de los métodos proporcionados por la guía de la OCDE en materia de precios de transferencia, y la determinación que utiliza dicho método para saber si dos o más empresas están operando a valores de mercado en sus transacciones con partes relacionadas se analiza en la presente sección.

El Método de Precio Comparable no Controlado señala lo siguiente:

“Consiste en determinar el precio o valor normal de mercado de los bienes o servicios, considerando el que hayan o habrían pactado partes independientes en operaciones y circunstancias comparables”.

El CUP es la forma más directa y confiable para probar la naturaleza arm's length de las transacciones relacionadas cuando es posible identificar transacciones comparables no controladas. Por lo tanto, cuando las transacciones son idénticas o cuando las diferencias se pueden cuantificar y eliminar, es preferible utilizar este método. Cabe destacar que, requiere un alto nivel de comparabilidad en cuanto a los productos comparados.

A menudo es difícil encontrar transacciones comparables entre partes no relacionadas, ya que las diferencias menores en los bienes tangibles transados entre partes relacionadas y no relacionadas, pueden tener un efecto importante sobre el precio, aun cuando, las actividades relacionadas con las transacciones sean lo suficientemente semejantes como para generar el mismo margen de utilidad global.

4.1.2. Método de Precio de reventa (RPM por su sigla en inglés)

Este método es denominado como Resale Price Method (RPM) en las Guías de Precios de Transferencia de la OCDE. Puede definirse de la siguiente forma:

“Consiste en determinar el precio o valor normal de mercado de los bienes o servicios, considerando el precio o valor a que tales bienes o servicios son posteriormente revendidos o prestados por el adquirente a partes independientes”.

Este método se utiliza con mayor frecuencia cuando se examinan empresas distribuidoras de productos, que no alteran físicamente o agregan valor a dichos productos.

El punto de partida en el análisis bajo este método, es el precio al cual un producto que es comprado a una parte relacionada se revende a una tercera parte independiente. Dicho precio de reventa se disminuye por el margen de utilidad obtenido en una transacción no relacionada, que representa la cantidad con la cual el revendedor busca cubrir sus gastos de venta y operación, para obtener un beneficio acorde a las funciones realizadas, activos empleados y riesgos asumidos.

En tal sentido, el margen de ganancia adecuado para evaluar la operación de un revendedor en una operación relacionada, puede ser el margen de utilidad obtenido por el mismo revendedor en operaciones comparables con partes no relacionadas (precio de reventa interno). Del mismo modo, se puede evaluar el margen de utilidad obtenido por partes no relacionadas en transacciones comparables, es decir, evaluar el margen bruto obtenido en transacciones comparables no controladas.

Se considera que una operación relacionada es comparable a una transacción no vinculada, si ninguna de las diferencias entre ellas pudieran afectar materialmente el margen de utilidad del precio de reventa, o si pueden realizarse ajustes razonablemente exactos para eliminar cualquier diferencia significativa que pudiera existir.

4.1.3. Método del Costo más Margen (Cost Plus en Inglés).

Este método consiste en determinar el precio o valor normal de mercado de bienes y servicios que un proveedor transfiere a un tercero, a partir de sumar a los costos directos e indirectos de producción, sin incluir gastos generales ni otros de carácter operacional, incurridos por tal proveedor, un margen de utilidad sobre dichos costos que se haya o habría obtenido entre partes independientes en operaciones y circunstancias comparables.

Este método es aplicable cuando una empresa vende un producto o presta un servicio a una empresa relacionada, utilizando componentes o insumos obtenidos de empresas no relacionadas. Es decir, se parte de los costos de fabricación, o de aquellos costos incurridos en la prestación de un servicio, entre empresas relacionadas, para posteriormente agregar un margen de utilidad bruta que hubiera sido pactado entre empresas no relacionadas.

4.1.4. Método de División de Utilidades

Este método consiste en determinar la utilidad que corresponde a cada parte en las operaciones respectivas, mediante la distribución entre ellas de la suma total de las utilidades obtenidas en tales operaciones.

Dicha distribución se realiza conforme a lo siguiente:

- a) Se determinará la utilidad de operación global mediante la suma de la utilidad de operación obtenida por cada una de las personas relacionadas involucradas en la operación;
- b) La utilidad de operación global se asignará a cada una de las personas relacionadas considerando elementos tales como activos, costos y gastos de cada una de las personas relacionadas, con respecto a las operaciones entre dichas partes relacionadas.
- c) Es utilizado para la transferencia de propiedad tangible e intangible, cuya utilización se recomienda en transacciones muy interrelacionadas que no puedan evaluarse separadamente o para aquellas que involucren importantes activos intangibles.
- d) Consiste en determinar la utilidad que corresponde a cada parte en las operaciones respectivas, mediante la distribución entre ellas de la suma total de las utilidades obtenidas en tales operaciones.

Para estos efectos, se distribuirá entre las partes dicha utilidad total, sobre la base de la distribución de utilidades que hayan o habrían acordado u obtenido partes independientes en operaciones y circunstancias comparables.

4.1.5. Método Transaccional de Márgenes Netos (TNMM por su sigla en inglés)

Este método consiste en determinar el margen neto de utilidades que corresponde a cada una de las partes en las transacciones u operaciones de que se trate, tomando como base el que hubiesen obtenido partes independientes en operaciones y circunstancias comparables.

Este método evalúa si una transacción es arm's length, comparando la utilidad de operación en una operación controlada, con aquella obtenida bajo términos y condiciones comparables, en transacciones comparables celebradas entre partes no relacionadas.

En la aplicación del TMN, la parte relacionada a ser evaluada, deberá ser aquella funcionalmente más sencilla, que no posea intangibles valiosos o activos únicos.

El grado de comparación afecta materialmente la confiabilidad del análisis bajo el TMN, por lo tanto, la utilidad de operación que obtiene una empresa en una operación controlada se debe establecer tomando como referencia en aquella utilidad de operación, que la misma empresa obtendría en transacciones comparables no relacionadas (margen de utilidad interno). Si no es posible dicha comparación, la utilidad de operación debe ser comparada con la que obtienen partes no relacionadas en una operación comparable (margen de utilidad externo).

En consecuencia, se requiere más comparabilidad en cuanto al análisis funcional para obtener resultados confiables que bajo los métodos tradicionales de transacciones. Los ajustes que podrán requerirse para eliminar tales diferencias, por lo general se basan en los factores siguientes:

- Políticas contables.
- Condiciones de crédito.
- Niveles de inventario.
- Riesgo por variaciones en el tipo de cambio.
- Circunstancias económicas de los negocios.

4.1.5. Métodos Residuales de Precios de Transferencia.

Los métodos residuales o alternativos se han ido desarrollando en el contexto mundial como respuesta a los métodos basados en transacciones debido a las limitaciones derivadas en la aplicación de estos últimos.

Existen antecedentes de casos internacionales de medidas o indicadores de operaciones del tipo de independencia mutua de las partes, que se encontrarían menos afectados que los métodos basados en las diferencias entre transacciones controladas y no controladas como son los métodos descritos anteriormente.

De forma tal que se han creado otros métodos que ponen una mirada especial con foco en la “rentabilidad neta” o rentabilidad final después de haber deducido a los ingresos todos los costos y gastos, esto es, en métodos basados en el beneficio, puesto que, por regla general, los beneficios netos no se encuentran tan influidos por las características de las diferentes transacciones.

Una función importante que cumplen los métodos residuales es que sirven para evaluar el precio al que se pueden aportar bienes como acciones o participaciones patrimoniales entre sociedades controladas y que cumplan con el principio arm’s length o de plena competencia establecido por la OCDE.

En el caso de Chile, el Artículo 41° E, N° 2, letra f) de la Ley de la Renta define a esta categoría de métodos de la siguiente forma:

- Métodos residuales:

Cuando atendidas las características y circunstancias del caso no sea posible aplicar alguno de los métodos mencionados precedentemente, el contribuyente podrá determinar los precios o valores de sus operaciones utilizando otros métodos que razonablemente permitan determinar o estimar los precios o valores normales de mercado que hayan o habrían acordado partes independientes en operaciones y circunstancias comparables. En tales casos calificados el contribuyente deberá justificar que las características y circunstancias especiales de las operaciones no permiten aplicar los métodos precedentes.

La Ley tributaria chilena deja abierta la puerta para que, cuando no sea factible la utilización de los métodos tradicionales, se puedan utilizar otros métodos siempre y cuando sea bien fundado.

5 REESTRUCTURACION DE NEGOCIOS – CAPITULO 9 DE LA OCDE

Muchos grupos económicos multinacionales vienen desde hace ya algunos años realizando, lo que se podría llamar como reestructuración empresarial o de negocios, lo cual consiste en una reordenación de sus actividades y que tienen como resultado la reubicación de los beneficios o de las bases imponibles obtenidos por las distintas entidades que conforman el grupo económico en las distintas jurisdicciones en las que operan.

Si bien no existe una definición jurídica o universalmente aceptada del concepto de reestructuración empresarial, el capítulo IX de la OCDE define este concepto como la redistribución transnacional de funciones, activos o riesgos que llevan a cabo las empresas multinacionales.

Lo mencionado anteriormente ha provocado la atención y revisión de las administraciones tributarias de aquellos países que se han visto afectados por el desplazamiento de bases imponibles provocado o asociado a la reestructuración y que en muchos casos se da desde países con altos tipos de gravámenes sobre la renta hacia otros con niveles de menor tributación.

Cabe destacar que en este análisis no se estudiarán los temas relacionados con el Impuesto al Valor Agregado y los impuestos indirectos, aun cuando plantean problemas importantes en el contexto de la reestructuración de empresas.

5.1 Modalidades de reestructuración y políticas de precios.

Muy frecuentemente, desde la perspectiva del grupo multinacional, la justificación o razón económica de la reestructuración o de un cambio en su modelo de negocio aparece asociada al aumento de la eficiencia que deriva la centralización o concentración de actividades en determinadas entidades del grupo o, también a las ventajas inherentes a la especialización de funciones.

Una manera de explicar el párrafo anterior, se puede explicar con el siguiente ejemplo: un grupo multinacional que por años se ha venido organizando sobre una “base territorial” en la que cada filial asume un conjunto de funciones que desplegaba con un cierto grado de autonomía en sus respectivos territorios, sin embargo se decide que se centralicen en una sola entidad (que ya exista o bien haciendo una nueva creación), la cual asume gradualmente a partir de un determinado tiempo.

Según Luis Jones Rodriguez de la agencia estatal de administración tributaria española, el comportamiento de las filiales de grupos multinacionales que operan en España es semejante al descrito en los párrafos precedentes, puesto que tradicionalmente se han dedicado a realizar funciones de fabricación y distribución de productos y han sido quitadas sus funciones principales por causa de una reestructuración y se han convertido en fabricantes por contrato o maquiladores y en el terreno de la comercialización han pasado a ser comisionistas o agentes.

Como se puede apreciar, cuando existe modificación del modelo de negocio del grupo y de su política de precios de transferencia, puede incidir en los distintos tipos de transacciones, ya sean los activos tangibles, intangibles o servicios, en la mayor parte de los casos, los cambios en la política de precios vienen de la mano de un cambio en el método de valoración de las transacciones afectadas.

5.1.2. Factores a tener en cuenta al momento de realizar el examen de la reestructuración.

Examinar las reestructuraciones de negocio que realizan los grupos multinacionales, se puede transformar en una tarea laboriosa y con cierto grado de complejidad para las administraciones tributarias, por lo tanto los factores más importantes que se deben tener en cuenta para realizar dicho examen cualquiera sea la reestructuración que se trate son los siguientes:

- a) Entender las razones de negocio y los beneficios esperados.
- b) Revisión de los instrumentos jurídicos utilizados. Compensación.
- c) Valoración del impacto económico y fiscal de la reestructuración.
- d) Comparación de funciones, activos y riesgos antes y después.
- e) Valoración de la retribución tras la reestructuración.

a) Entender las razones de negocio y los beneficios esperados.

Desde una perspectiva estrictamente económica la reordenación de las actividades de un grupo multinacional, el cambio de modelo de negocio o la modificación de la cadena de suministro puede obedecer a múltiples finalidades.

Para poder determinar si las condiciones acordadas o impuestas en una operación de reestructuración empresarial se ajustan al principio de plena competencia se recurrirá al análisis de comparabilidad y, en concreto, al examen de las funciones ejercidas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por las partes, así como de los términos contractuales, las circunstancias económicas y las estrategias empresariales.

De acuerdo a lo mencionado en los párrafos precedentes, puede darse el caso de que no se encuentren operaciones no vinculadas que puedan compararse a una operación de reestructuración entre empresas asociadas, lo cual no significa que la reestructuración en sí misma no se haya desarrollado en condiciones de plena competencia, pero sí sigue siendo necesario determinar si satisface ese principio.

En estos casos, para determinar si cabría esperar que partes independientes acordaran las mismas condiciones en circunstancias comparables sería importante tener en cuenta los siguientes puntos:

- Las operaciones de reestructuración y las funciones, activos y riesgos previos y posteriores a la reestructuración.
- Las razones empresariales para la reestructuración y los beneficios que se espera obtener de ella, incluido el papel de las sinergias.
- Las opciones disponibles de modo realista para las partes.
- Las operaciones de reestructuración y las funciones, activos y riesgos previos y posteriores a la reestructuración.

Las reestructuraciones pueden adoptar diversas formas y pueden implicar sólo a dos o a más miembros de un grupo multinacional. Por ejemplo, un simple acuerdo previo a la reestructuración puede pertenecer a un fabricante “pleno” que produzca bienes y los venda a un distribuidor asociado, igualmente “pleno”, para su venta en el mercado. La reestructuración podría llevar a la modificación de este acuerdo entre las dos partes, convirtiendo al distribuidor en un distribuidor de riesgo limitado o comisionista, siendo el fabricante quien asuma el riesgo que anteriormente asumía el distribuidor.

Con el fin de identificar la compensación de plena competencia que reciban las entidades reestructuradas del grupo multinacional, así como qué entidad debe soportar esa compensación, es importante identificar las operaciones que ocurren entre la entidad reestructurada y otros miembros del grupo. Para esto es importante identificar las funciones, activos y riesgos previos y posteriores a la reestructuración. Como también analizar los derechos y obligaciones de la entidad reestructurada.

- Las razones empresariales para la reestructuración y los beneficios que se espera obtener de ella, incluido el papel de las sinergias.

Los factores a tener en consideración para la reestructuración empresarial fueron: La presión que ejerce la competencia en una economía globalizada, el ahorro que suponen las economías de escala, la necesidad de especialización y la de aumentar la eficiencia y reducir costes. Cuando un contribuyente plantea que la perspectiva de generar sinergias constituye una razón empresarial importante para proceder a la reestructuración, el contribuyente, como una buena práctica, debe documentar, en el momento en el que se decide efectuar la reestructuración o que se efectúa de hecho, cuáles son esas sinergias y en qué se basa para preverlas.

Lo anterior se puede ejemplificar, de la siguiente manera, cuando un grupo económico decide situar las unidades productivas en territorios o economías emergentes, por ejemplo en el continente asiático en el cual es sabido tienen bajos niveles salariales.

El hecho de que una reestructuración empresarial pueda estar motivada por la perspectiva de sinergias no significa necesariamente que los beneficios del grupo multinacional se vayan a incrementar tras la reestructuración.

➤ Las opciones disponibles de modo realista para las partes.

En aplicación del principio de plena competencia, las Directrices de la OCDE, recogen la conveniencia de analizar las alternativas disponibles de modo realista a la reestructuración, ya que esta es la conducta que cabe esperar de operadores independientes.

Pues bien, la documentación de precios de transferencia que los grupos multinacionales suelen presentar para justificar una reestructuración de sus negocios adolece frecuentemente, de atención muy limitada a los dos elementos anteriores: la estimación de los beneficios esperados y el análisis de alternativas realistas disponibles.

Y si bien la valoración de las alternativas disponibles a la reestructuración podría juzgarse como un ejercicio excesivamente teórico o intelectual en ciertas situaciones, no cabe decir lo mismo de la documentación relativa a los beneficios esperados, que constituye un elemento muy importante para entender, desde una perspectiva económica, la racionalidad de los cambios.

En condiciones de plena competencia pueden darse también situaciones en las que una entidad reestructurada no tenga opciones disponibles de modo realista claramente más atractivas que la de aceptar las condiciones de la reestructuración.

Un tema importante relacionado con los beneficios esperados de la reestructuración, tiene relación con si una motivación estrictamente fiscal debe ser considerada como comercialmente racional para efectos de reconocer la reestructuración realizada, al respecto cabe citar los párrafos 9.181 y 9.182 de las directrices de la OCDE, las cuales admiten que puede resultar comercialmente racional que un grupo multinacional se reestructure por motivos fiscales, pero advierten que:

- El reconocimiento del eventual traspaso de beneficios debe ir de la mano de la transferencia real de funciones, activos y riesgos entre las partes y
- Que el principio de plena competencia exige examinar la posición de cada una de las partes como si se tratara de entidades separadas e independientes, de modo que el ahorro fiscal del grupo no es relevante para el análisis del cumplimiento del principio en cada parte.

b) Revisión de los instrumentos jurídicos utilizados. Compensación.

La revisión de los términos contractuales antes y después de la reestructuración constituye un elemento necesario, porque en los cambios contractuales podrán advertirse importantes elementos indicativos de las modificaciones en las funciones y los riesgos que implica la propia reestructuración, pero además, porque del examen del conjunto contractual anterior y posterior a la reestructuración puede derivarse valiosa información para juzgar si podría resultar procedente una compensación, ya que bajo determinadas circunstancias las reestructuraciones empresariales podrían generar el derecho a percibir una compensación, respecto a las mencionadas circunstancias cabe citar la parte II del capítulo IX de las directrices de la OCDE y son:

- La posible transferencia de elementos de valor y
- La posibilidad de que el término o renegociación de los acuerdos preexistentes justifique una indemnización.

Las directrices además mencionan que el principio de plena competencia no establece ni exige una compensación por la reducción de los beneficios futuros esperados por una entidad del grupo.

A continuación se comentarán las circunstancias mencionadas brevemente en los párrafos precedentes, lo cual resulta esencial analizar para determinar si resulta procedente una compensación por reestructuración:

➤ Transferencia de un elemento de valor

En el contexto de una reestructuración pueden ser objeto de transferencia activos tangibles, intangibles o un negocio en funcionamiento.

La identificación de la transferencia de los activos resulta muy sencilla debido a su valor contable, a modo de ejemplo se puede mencionar la transferencia de existencias a una empresa asociada extranjera, la cual soportará el riesgo de inventario.

Mayores problemas presenta la transferencia de activos intangibles, cuando se realizan reestructuraciones en grupos multinacionales, debido a que si bien alguno de estos activos pueden estar registrados contablemente y ser objeto de protección legal como lo es el caso de las patentes y marcas, existen otros intangibles que podrían no contar con dicho registro ni protección legal, dentro de los cuales se puede mencionar a las formulas, procesos de fabricación, listados de clientes, conocimiento del mercado, los cuales pueden tener un gran valor pero ser difícilmente identificables, a este tipo de dificultades se suman la valoración de dichos intangibles, los cuales en muchas ocasiones pueden ser compartidos por algunas entidades del grupo económico.

Por tanto en el análisis de la reestructuración de empresas resulta de vital importancia, siempre y cuando sea el caso, identificar los activos intangibles valiosos que se transfieren y determinar si partes independientes hubieran remunerado esta transferencia, así como el valor de plena competencia que le corresponde.

La determinación del precio de plena competencia para la transferencia de derechos intangibles sobre la propiedad debe realizarse tanto de la perspectiva del transmitente como la del adquirente.

Una reestructuración también puede implicar la transferencia de un negocio en funcionamiento, es decir unidades de negocios integradas económicamente y operativas, la determinación de la compensación de plena competencia, en este tipo de reestructuración no equivale necesariamente a la suma de las valoraciones separadas de cada elemento independiente que integra el conjunto de la transferencia.

c) Valoración del impacto económico y fiscal de la reestructuración.

La reordenación de las funciones, activos y riesgos entre los miembros del grupo de una multinacional que se prepara mediante una modificación de la política de precios de transferencia y por lo tanto puede afectar a distintas transacciones, que incidirán en los beneficios que se obtendrán por los diversos miembros del grupo y consiguientemente, en los impuestos sobre la renta debidos a cada jurisdicción.

Como parte del examen de la reestructuración debe procederse a una valoración o cuantificación de su impacto económico y fiscal.

Para esto se analiza cómo se distribuye el beneficio potencial con motivo de la reestructuración.

Cuando se analiza una empresa independiente no tiene por qué percibir necesariamente una compensación cuando se hace una modificación en su modelo empresarial que reduzca su beneficio potencial o los beneficios futuros esperados. En una plena competencia no exige una compensación por la mera reducción de los beneficios futuros que espera recibir una empresa. Al aplicar el principio de plena competencia a las reestructuraciones empresariales, la cuestión que se plantea es si tal reestructuración implica la transferencia de un elemento de valor (derechos u otros activos) o la finalización o renegociación sustancial de acuerdos preexistentes, y si esa transferencia, terminación o renegociación sustancial se hubieran remunerado o indemnizado entre partes independientes en circunstancias comparables.

Cuando se habla de “beneficio potencial”, tiene relación con los beneficios futuros esperados, en algunos casos se pueden obtener incluso pérdidas. Este término se usa para la valoración, en la determinación de una compensación en plena competencia por la transferencia de un intangible o del negocio en funcionamiento, o bien de una indemnización en plena competencia, ya que si se tratara esta situación en partes independientes, en situaciones comparables, se hubiera procedido a una compensación o indemnización.

Es por esto que en una reestructuración empresarial el beneficio potencial no debe ir enfocado solamente si se obtiene ganancias/perdidas si se hubiera continuado indefinidamente con la organización previa. Es por esto si una entidad no cuenta con los derechos ni los activos claramente identificables en el momento de la reestructuración, entonces no dará cabida a un beneficio potencial que justifique dicha reestructuración. Por otro lado si una entidad tiene cuantiosos activos o derechos en el momento que se hace en una reestructuración, y eso significa que tiene un beneficio potencial alto, debería recibir una remuneración apropiada que justifique la pérdida de ese beneficio potencial.

En el capítulo IX, de las directrices de la OCDE, pone los siguientes ejemplos, para poder graficar de mejor forma, los traspasos del riesgo potencial. El primer ejemplo, dice respecto a una conversión de un fabricante “pleno” en un fabricante por contrato.

En ese caso, si bien va existir una remuneración consistente en el costo incrementado por asumir la nueva función tras la reestructuración, visto desde otro punto de vista es si debe existir una indemnización por la variación en los acuerdos preexistentes cuyo resultado es la renuncia al beneficio potencial más incierto por parte del fabricante, teniendo en cuenta sus derechos y otros activos.

Otro caso que también se nombra en el capítulo IX de las directrices de la OCDE es cuando un distribuidor que desarrolla una actividad asumiendo plenamente los riesgos, por medio de un contrato de larga duración para un tipo de actividad.

En este ejemplo se parte de la premisa que el contrato le da la opción de aceptar o rechazar; el convertirse en distribuidor de bajo riesgo ejerciendo la actividad para una sociedad asociada extranjera, y que la remuneración de plena competencia para esa actividad de distribución de bajo riesgo se estima en un beneficio estable de +2% anual, mientras que el resto del beneficio potencial asociado al riesgo se atribuye a la empresa asociada extranjera.

Supongamos, a los efectos de este ejemplo, que esa reestructuración se implementa exclusivamente a través de la renegociación de los acuerdos contractuales preexistentes, sin que ocurra transferencia de activo alguna.

Desde el punto de vista del distribuidor, se plantea la cuestión de si el nuevo acuerdo (teniendo en cuenta tanto la remuneración que percibirá por las operaciones que realice tras la reestructuración, como una posible compensación o indemnización por la propia reestructuración) le colocan en una situación tan ventajosa, o incluso más que las otras opciones viables aunque más arriesgadas por las que puede optar.

Si no fuera este el caso, habría que concluir que la remuneración de las operaciones posteriores a la reestructuración se ha calculado erróneamente, o que sería necesaria una compensación complementaria para remunerar correctamente al distribuidor por la reestructuración.

Desde el punto de vista de la empresa extranjera asociada, se plantea la cuestión de si estaría dispuesta en condiciones de plena competencia a aceptar el riesgo, y de ser así hasta qué punto, cuando de hecho el distribuidor continúa ejerciendo la misma actividad, pero en una condición distinta.

Ver Anexo 1

Es por esto cuando se analiza cómo se distribuye el beneficio potencial se debe tener en cuenta dos aspectos fundamentales:

- Se debe ser coherente con los cambios producidos en las funciones activos y riesgos que se ponen en juego, entre las entidades involucradas,
- Como también conocer el propio historial de la entidad reestructurada.

Con respecto al primer punto, es el que plantea mayores exigencias en cuanto al análisis, debido a que este tipo de reestructuraciones se produce una concentración de los beneficios totales derivados a una entidad recién constituida. Para esto se observa su estructura, capacidad financiera y potencial de generación de valor, las cuales muchas veces en condiciones de plena competencia, están en inferioridad con respecto a la ya existente.

Con respecto al segundo punto nombrado anteriormente, el examen de la redistribución del beneficio potencial, desde el punto de vista de la entidad reestructurada, deberá tener en consideración el historial de beneficios/perdidas de dicha entidad antes de la reestructuración, como también su estabilidad o bien su inestabilidad, así como las expectativas de los beneficios futuros tras la reestructuración.

Otro tema a considerar y que debe plantearse; es el papel de las posibles comparaciones que puedan efectuarse entre los beneficios realmente obtenidos por una parte en una operación vinculada antes y después de la reestructuración. Es por esto que se debe preguntar si es apropiado determinar los beneficios de una entidad reestructurada, posteriores a la reestructuración, tomando como referencia los beneficios anteriores a la reestructuración, ajustados de forma que reflejen la transferencia de ciertas funciones, activos o riesgos, o la renuncia a los mismos.

Cuando se plantean estas comparaciones “previas y posteriores”, reviste cierta dificultad que posiblemente contiene la valoración del conjunto de funciones, activos y riesgos que pierde la entidad reestructurada, teniendo en cuenta que no siempre se da esa transferencia de funciones, activos y riesgos a otra parte.

Para esto la información que se tiene sobre los acuerdos que existían antes de la reestructuración y sobre las condiciones de la propia reestructuración puede ser esencial para entender el contexto en el que se aplican los acuerdos que siguen a la reestructuración, así como para valorar su conformidad con el principio de plena competencia.

Es por esto que cuando se efectúa un análisis de comparabilidad de la actividad antes y después de la reestructuración puede revelar por qué unas funciones, activos y riesgos se transfieren, mientras que la entidad “que resulta más perjudicada” conserva otros en virtud de contratos celebrados con la empresa asociada extranjera. Es aquí donde el análisis de los papeles que desempeñan la empresa asociada extranjera y la entidad “que resulta más perjudicada” determinará cuál es el método más apropiado para fijar los precios de transferencia en función de las circunstancias del caso, a modo de ejemplo, si es apropiado o no atribuir todo el resultado residual a la empresa extranjera en vista de los riesgos y activos reales de la entidad “más perjudicada” y los que corresponden a la empresa asociada.

➤ Indemnización por terminación de acuerdos.

Cuando se finaliza o se renegocia sustancialmente una relación contractual en el contexto de una reestructuración empresarial, la entidad reestructurada puede sufrir algún perjuicio en el sentido de los costos que implique la reestructuración y por tanto los acuerdos existentes pueden renegociarse de forma tal que se modifican los perfiles de riesgos de las partes, con las consecuencias que esto genera, respecto de la distribución entre ellas del beneficio potencial.

Por su parte cabe destacar que no todas las anulaciones de contratos o renegociaciones pueden generar derecho a una indemnización en condiciones de plena competencia, para determinar si es dable dicha compensación es necesario analizar algunas circunstancias:

1. Si el contrato que finaliza prevé la existencia de una indemnización para el caso de terminación, y en qué condiciones.
2. Si en condiciones de plena competencia, la otra parte hubiera estado dispuesta a indemnizar a aquella que sufre la finalización del contrato.

Cuando existe el derecho a una indemnización por terminación o renegociación contractual también deberá tenerse en cuenta, finalmente, qué entidad del grupo es la que debe hacerse cargo de la misma, ya que podría ser aquella que decide terminar el contrato habitualmente, en la práctica, la matriz del grupo, la que en el futuro se va a beneficiar de esa terminación, u otra solución intermedia o compartida.

Cabe recordar que el examen de los términos contractuales se puede calificar como una actividad necesaria pero no suficiente en la revisión de la reestructuración, ya que habrá que asegurarse, además, de que la conducta de las partes se adecua a lo pactado o, en otro caso, derivar las posibles consecuencias de la discordancia.

d) Comparación de funciones, activos y riesgos, antes y después de una reestructuración

Sin perjuicio del análisis de los elementos que se han señalado hasta aquí, lo principal en el examen de una reestructuración empresarial lo constituye el análisis detallado de funciones, activos y riesgos de las partes de la transacción antes y después de la reestructuración.

Ya que la reubicación de los beneficios como resultado de la reestructuración se fundamenta precisamente en la reasignación de esos elementos (funciones, activos y riesgos) entre los miembros del grupo multinacional.

En este análisis deben comprobarse tanto las funciones, activos y riesgos de la parte vinculada residente como las de la entidad del grupo no residente. Este aspecto es de vital importancia, ya que en muchas ocasiones la documentación de precios de transferencia que justifica un cambio en el modelo de negocio pone énfasis en la comparación de las funciones, activos y riesgos de la entidad local reestructurada, pero no se describe con la misma intensidad la variación de esos elementos en la entidad no residente «beneficiada» por la reestructuración.

Dentro del contexto de una reestructuración se debe hacer énfasis en algunos aspectos que es necesario mencionar:

Partiendo por las funciones, un primer elemento a analizar es la estructura de la que dispone la entidad reestructurada y la de la otra parte vinculada para realizar sus funciones, antes y después de la reestructuración.

La percepción de la variación en las funciones será mucho más difícil cuando, en ocasiones, la entidad reestructurada dispone esencialmente de las mismas personas y organizadas en los mismos departamentos, antes y después de la reestructuración. Pues, en último término, las funciones desarrolladas por las empresas se realizan principalmente a través de su personal, que se va ajustando lógicamente en el tiempo por la incidencia de las condiciones tecnológicas.

Desde la perspectiva de la entidad que asume nuevas funciones, deberá acreditarse que cuenta con los medios necesarios para llevarlas a cabo.

En relación con los activos, los estados financieros de las entidades del grupo proporcionan una información valiosa del impacto de la reestructuración en este ámbito, ya que por lo que se refiere a los tangibles y financieros, el examen de las cuentas permitirá apreciar las altas y bajas de los mismos. Así sucederá, por ejemplo, cuando se transfieren las existencias de un distribuidor o la maquinaria de un fabricante.

Como se mencionó en párrafos precedentes la comparación de los activos intangibles puede generar algunos problemas, pues las normas contables de registro de los mismos determinan que intangibles que pueden tener gran valor no estén anotados contablemente, por lo que no se podrá acudir a la información financiera para realizar aquella comparación, en este caso deberá indagarse más allá de los estados financieros, si pueden existir intangibles valiosos que sean objeto de transferencia en la reestructuración o si, por el contrario, tales intangibles permanecen en la entidad reestructurada.

Pero, indudablemente, el ámbito más difícil de examinar al realizar este ejercicio serán los riesgos.

Las Directrices de la OCDE invitan al examen de los términos contractuales como ya se ha anticipado como punto de partida para evaluar la distribución de riesgos entre las partes. Y también invitan a los grupos multinacionales a documentar la valoración de las consecuencias que lleva la redistribución de riesgos importantes respecto del beneficio potencial.

➤ Consideraciones específicas en materia de riesgos

Al momento de realizar una reestructuración de negocios en un grupo multinacional, los riesgos revisten una importancia fundamental. El análisis de la atribución de riesgos entre empresas asociadas es una parte esencial del análisis funcional. Por lo general, al asumir un riesgo mayor este se compensará con un aumento en los beneficios que se espera obtener, aun cuando el rendimiento real aumente o no dependiendo del grado en que se materialice efectivamente el riesgo. Las reestructuraciones empresariales suelen provocar que las operaciones locales se transformen en actividades de bajo riesgo. Es por esto que es muy importante que las administraciones tributarias evalúen la redistribución de los riesgos importantes de la empresa que se reestructura y las consecuencias de esa redistribución en la aplicación del principio de plena competencia a la propia reestructuración y a las operaciones que la suceden.

➤ Términos contractuales.

El examen de los términos contractuales acordados entre las partes es el punto de partida para determinar qué parte de una operación soporta el riesgo que esta conlleva.

Se hace necesario que las partes involucradas documenten por escrito sus decisiones sobre la atribución o transferencia de riesgos importantes antes de proceder a realizar la operación en relación con la que se transferirán o soportarán dichos riesgos lo cual constituye una buena práctica. Sin embargo en el caso de que no existan cláusulas o condiciones escritas que ver el comportamiento de las partes de acuerdo a los principios económicos que rigen normalmente las relaciones entre empresas independientes.

En la atribución del riesgo en empresas de un conglomerado, juega un papel importante como se desempeñan las comparables, todo esto bajo el principio de la plena competencia.

Para la determinar si la atribución del riesgo en una operación comparada se ajusta al principio de plena competencia, se debe verificar si los datos son fiables sobre la existencia de riesgos en operaciones no vinculadas comparable.

Si esto sucede la operación se enmarca dentro del principio de plena competencia, si no sucede hay que realizar un análisis y ver si ésta atribución al riesgo la hubieran acordado entre partes independientes en circunstancias comparables.

Para esto existen factores importantes que hay que visualizar:

1. Quien de las partes obtiene el mayor control sobre el riesgo.
2. Quien asume el riesgo si es que tiene la capacidad financiera para asumirlo.

¿Cuáles son las consecuencias en la atribución de riesgos?

En general, las consecuencias que trae la atribución de un riesgo asociado a una operación vinculada para una parte, cuando se considere que esa atribución está conforme al principio de plena competencia, son que dicha parte deberá:

- a) Soportar los costos, si es que los hubiera, de gestión o de mitigación del riesgo.
- b) Soportar los costos que pueda generar la materialización del riesgo. Esto sucederá cuando se efectúe materialización sobre la valoración del activo.
- c) y además, recibir una compensación mediante un incremento en el rendimiento esperado.

Una buena práctica que pueden seguir los contribuyentes es la de establecer un proceso que les permita determinar, controlar y revisar sus precios de transferencia, teniendo en cuenta el volumen de las operaciones, su complejidad, el nivel de riesgo que pueda contener y el hecho de que se desarrollen en un entorno estable o variable.

Evaluar si las atribuciones de riesgo efectuadas por un contribuyente se ajustan al principio de plena competencia, lo cual puede ser un proceso costoso y generar dificultades. Lo razonable es esperar que la amplitud y exhaustividad del análisis dependa:

1. De la importancia del riesgo y, en particular, de si conlleva un beneficio potencial importante, y
 2. De si han ocurrido cambios importantes en la atribución del riesgo, por ejemplo, tras una modificación importante del perfil de riesgo como resultado de una reestructuración.
- e) Valoración de la retribución tras la reestructuración.

Desde un punto de vista conceptual este examen debería realizarse de la misma forma en que se analiza la situación de una entidad que comenzara sus actividades, es decir, el principio de plena competencia debe aplicarse del mismo modo a la entidad reestructurada que a otra que, con el mismo modelo de negocio, entra ahora en el mercado.

En la práctica, estas dos situaciones presentan diferencias que no cabe ignorar.

Así, por ejemplo, una entidad reestructurada puede haber venido operando en un mercado local durante muchos años, en los que, a través de considerables esfuerzos (marketing, investigación, formación, etc.) ha obtenido una posición bien establecida en el mercado y ha generado intangibles de valor.

Todo ello debe tenerse en cuenta tanto en la propia reestructuración, como en la retribución posterior.

Lo anterior se podría ejemplificar de la siguiente manera “un grupo multinacional crea una nueva línea de productos cuya comercialización e introducción en el mercado exige importantes gastos de publicidad y promoción. Suponiendo que durante un período de tiempo, por ejemplo cuatro años, una entidad filial del grupo incurre por esta causa en pérdidas significativas en dicho mercado. Una vez pasado dicho período de tiempo se ha desarrollado el mercado local y el grupo comienza a obtener importantes beneficios derivados de la alta rentabilidad de los productos de esa nueva línea.

Suponiendo ahora que en el año cinco el grupo decide realizar una reestructuración, en cuya virtud se configura a las entidades filiales locales como distribuidores de bajo riesgo que tendrán una retribución muy baja tras la reestructuración, pues el beneficio residual se situará en una entidad no residente de nueva creación constituida en el año cinco.

Ante una situación como la descrita no parece muy probable que, en condiciones de plena competencia, la entidad que ha incurrido en importantes pérdidas de forma continuada con objeto de crear y desarrollar un nuevo mercado estuviera dispuesta a renunciar, sin más, a los beneficios futuros esperados que en buena proporción serán fruto de aquel esfuerzo. Y ello, aun en el caso de que, tras la reestructuración, se garantice a dicha entidad una retribución sin riesgo.

La posición de esa entidad tampoco sería la misma que la de otra que se establezca por primera vez en el mercado para realizar la distribución de esa nueva línea de productos y que no haya tenido que incurrir previamente en los necesarios costes de desarrollo del mercado.

5.1.3. Posición de la administración tributaria.

Una vez realizado el examen de los aspectos de precios de transferencia en una reestructuración negocios, la cual en gran medida se realizará con los factores referidos hasta acá, la administración tributaria por su parte puede adoptar distintas posiciones, las cuales para efectos de análisis podrían ordenarse de la siguiente manera:

5.1.3.1. Ignorar la reestructuración

Todo análisis de precios de transferencia debe partir de la correcta identificación y calificación de las operaciones vinculadas objeto de revisión. La OCDE en las directrices sobre precios de transferencia, trata sobre la importancia de las operaciones reales efectuadas por las empresas asociadas y analizan las circunstancias excepcionales en las que puede ser legítimo y apropiado que una autoridad fiscal no admita, los efectos de la determinación de los precios de transferencia, la operación que le presenta el contribuyente.

Las empresas multinacionales son libres de organizar sus operaciones comerciales como estimen pertinente. Por su parte las administraciones tributarias no tienen derecho a sugerir o dictar a una multinacional el modo en que debe diseñar su estructura o dónde ubicar sus operaciones.

Además no se puede forzar a los grupos multinacionales a tener o a mantener presencia en un país. Sin embargo, las administraciones tributarias tienen derecho a determinar las consecuencias tributarias de la estructura por la que opta la multinacional, con sujeción a lo dispuesto en sus convenios fiscales y, en particular, en el artículo 9 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE.

Esto significa que las administraciones tributarias pueden realizar ajustes en los precios de transferencia, cuando sea preciso, de acuerdo con el artículo 9 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, u otro tipo de ajustes que permita su normativa interna.

En el contexto del mencionado artículo 9, la génesis de todo análisis destinado a verificar la conformidad de las operaciones vinculadas con el principio de plena competencia son las operaciones realmente efectuadas por las empresas asociadas, en el cual las cláusulas contractuales desempeñan un papel fundamental, sin embargo la revisión de dichos antecedentes no es suficiente.

El rechazo de una operación por parte de la administración tributaria se limitan solamente a casos excepcionales, lo cual podría indicar que el rechazo no es la norma si no la excepción al principio general de que las revisiones que realice la administración tributaria de una operación vinculada, debe basarse en la operación realmente efectuada por las empresas asociadas, de acuerdo a como la hayan estructurado, el termino excepcional en este caso significa inhabitual o raro y se refiere a que en la mayoría de los casos se espera cumplir con el principio de plena competencia.

De acuerdo a lo planteado anteriormente, las administraciones tributarias pueden en casos excepcionales, rechazar la estructura otorgada a la operación o al acuerdo cuando teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias del caso concluyan que:

- La sustancia económica de la operación o del acuerdo difiere de su forma.
- Empresas independientes en circunstancias comparables, no habrían calificado o estructurado la operación o el acuerdo como lo han hecho las empresas asociadas, y no es posible determinar fehacientemente un precio de plena competencia para esta operación o acuerdo.

Las situaciones descritas son ejemplos en los que la calificación o la estructuración de la operación o del acuerdo por las partes se consideran como el resultado de condiciones que no hubieran existido entre empresas independientes.

Determinación de la sustancia económica de una operación o de un acuerdo.

La sustancia económica de una operación o de un acuerdo se determina analizando los hechos y circunstancias del caso, tales como el contexto económico y comercial de dicho acuerdo u operación, su objeto y los efectos que provoca desde el punto de vista práctico y del negocio, así como el proceder de las partes, incluyendo las funciones que desempeñan, los activos que utilizan y los riesgos que asumen.

¿Hubieran llegado al mismo acuerdo partes independientes?

Las administraciones tributarias deben evitar intervenir en las decisiones empresariales de un contribuyente en cuanto a la forma de estructurar su actividad. Por tanto, la determinación de que una operación vinculada no responde a la lógica comercial debe realizarse con sumo cuidado, y sólo en condiciones excepcionales se llegará a la no admisión de los acuerdos suscritos entre empresas asociadas.

Cuando datos fiables muestren que existen operaciones no vinculadas comparables, no cabe argumentar que dichas operaciones entre empresas asociadas carecen de lógica comercial. La existencia de datos comparables que corroboren la determinación del precio de transferencia acordado por las empresas asociadas demuestra su lógica comercial para empresas independientes en circunstancias comparables. Por otro lado, no obstante, el mero hecho de que un acuerdo entre empresas asociadas no pueda encontrarse entre empresas independientes no significa por sí mismo que no sea de plena competencia o que carezca de lógica comercial.

Una empresa independiente no hubiera iniciado una operación de reestructuración si considera que realmente dispone de una opción claramente más atractiva, incluida la posibilidad de no acometer la reestructuración.

Al evaluar si una parte dispone realmente, en condiciones de plena competencia, de opciones más atractivas que la reestructuración, debe prestarse atención a todas las condiciones que esta reestructuración conlleva, a los derechos y otros activos de las partes, a la compensación o indemnización que pudiera percibir con ese motivo y a la remuneración correspondiente a los acuerdos posteriores a la reestructuración, así como a las circunstancias comerciales que se derivan de la participación en un grupo multinacional.

5.1.3.2. Considerar la existencia de EP de la entidad no residente

En algunas ocasiones las reestructuraciones han girado más sobre una modificación de los instrumentos jurídicos o la forma de contratación que sobre un cambio sustancial de las funciones realizadas por las partes o, para ser más preciso, en las distintas jurisdicciones.

Esto se podría ejemplificar de la siguiente forma, una entidad residente en un país “X” que viene realizando una actividad de distribución «plena» y es reconvertida en un comisionista, que pasa a prestar un servicio a una entidad del grupo no residente que, en el nuevo escenario, es la entidad que vende el producto a los clientes nacionales. Suponiendo que tras una indagación de las circunstancias del caso, las funciones de la entidad local residente permanecen esencialmente inalteradas y que la no residente no acredita otro papel relevante distinto de la titularidad jurídica de las mercancías.

En la situación antes descrita en la que las funciones de venta continúan realizándose en el país “X”, el reconocimiento de la estructura diseñada por el contribuyente, puede ir de la mano de la consideración de la existencia de un EP de la entidad no residente normalmente en la forma de un agente dependiente, ya que será personal del grupo en el país “X” habitualmente adscrito a la filial, ahora comisionista el que estará concluyendo contratos en nombre del no residente y bajo su control general. Nótese que filial y EP conviven en esta solución que exigirá, además, la tarea no exenta de dificultad consistente en atribuir beneficios al EP sobrevenido.

5.1.3.3. Cuestionar el método de valoración.

Muchas reestructuraciones concluyen, tras el análisis de funciones, activos y riesgos de las partes de la transacción, que una de ellas (habitualmente la entidad local reestructurada) es la que las Directrices denominan parte analizada, es decir, aquella cuyo análisis funcional es menos complejo y para la que se examina el indicador de beneficio.

Con base en esta conclusión, se determina un beneficio «adecuado» a esa parte analizada y se atribuye el beneficio residual de la operación a la entidad no residente.

El resultado del examen de funciones, activos y riesgos realizado por la Administración tributaria puede, no obstante, poner en cuestión esa calificación y las conclusiones que de ella se derivan.

Y así, si se concluye que la entidad no residente es, por ejemplo, esencialmente una entidad proveedora de servicios, la calificación de la entidad local como parte analizada puede ser discutida.

Esa distinta posición sobre cuál debe ser la parte analizada puede determinar (y así será habitualmente) que el método de valoración seleccionado por el grupo no resulte apropiado y que deba cambiarse, lo que conllevará una reasignación del beneficio de la operación.

En conclusión, en esta posición de la Administración tributaria lo que se cuestiona es el valor otorgado por las partes a la transacción.

5.1.3.4. Considerar que procede una compensación (no reconocida)

Existen circunstancias, las cuales han sido comentadas en los párrafos precedentes, en las que, en condiciones de plena competencia, una reestructuración de negocios debería generar el derecho a recibir una compensación por la entidad objeto de aquella. Básicamente se identifican con la transferencia de algo de valor o el derecho a indemnización por rescisión contractual.

En la revisión realizada por la Administración tributaria, aun aceptando la reestructuración, la determinación de la parte analizada y el método de valoración, el reparo puede referirse a la ausencia de este elemento compensatorio cuando concurren las circunstancias que lo justifican.

5.1.4. Importancia de la motivación fiscal

En virtud del artículo 9 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, el hecho de que un acuerdo de reestructuración empresarial esté motivado por la posibilidad de obtener ventajas fiscales no implica por sí mismo que no pueda tratarse de un acuerdo de plena competencia. La sola presencia de un objetivo fiscal no justifica el rechazo de la calificación o estructuración otorgada por las partes.

En Virtud del artículo 9 mencionado anteriormente y siempre que se transfieran realmente las funciones, los activos y los riesgos, puede resultar racional desde el punto de vista comercial que un grupo multinacional se reestructure con la intención de obtener ahorros gastos fiscales. Sin embargo, esta consideración no es pertinente para determinar si el principio de plena competencia se respeta a nivel de la entidad para un contribuyente afectado por la reestructuración.

Cuando la sustancia económica de la operación difiere de su forma, las administraciones tributarias pueden ignorar la calificación otorgada por las partes a la operación y recalificarla conforme a su verdadera sustancia económica.

El rechazo de una reestructuración en las revisiones que practiquen las administraciones tributarias debe ser excepcional y limitarse a aquellos casos en los que, exista una discrepancia entre la sustancia económica de una operación y su forma, o si la operación no se hubiera llevado a cabo entre partes independientes y además, no sea posible determinar un precio de plena competencia para el acuerdo.

Respecto a este tema la OCDE insiste reiteradamente en el carácter extraordinario con que debe contemplarse esta forma de reacción de la administración tributaria, que llevará a ignorar las calificaciones realizadas por el contribuyente y derivar los efectos de la calificación que realice la administración, en términos semejantes a los que operan cuando se aplica la normativa interna anti abuso.

6 CONCLUSIONES

El presente trabajo para optar al grado académico de Magister en Tributación se desarrolló en la temática de Precios de Transferencia – Reestructuración de negocios en Chile.

Se sabe que cada vez es más frecuente la reestructuración de negocios, y que se viene practicando hace ya algunos años a través de los grupos multinacionales, así como los cambios en las políticas de precios de transferencia. Estas modificaciones pueden incidir en los distintos tipos de transacciones, ya sea activos tangibles, intangibles o servicios. Como también en algunos casos incluso puede variar el método de valoración de las transacciones afectadas.

Es por esto que se ha dedicado tiempo y esfuerzo al análisis de la materia, de precios de transferencia y reestructuración de negocios; a su vez la OCDE por medio de sus trabajos de investigación presentó en el año 2010, las directrices de precios de transferencia, en donde se dedicaron al análisis del tema de investigación por medio del capítulo IX.

Después de haber analizado e investigado como se está desarrollando en Chile y que se está haciendo por parte de la autoridad tributaria y de las entidades privadas, se pueden concluir los siguientes puntos que se presentaran a continuación:

Respecto a la reforma tributaria del año 2014, aparte de nombrar que quedan sujetas a fiscalización las reestructuraciones de negocios, no se hace un mayor énfasis al tema. Sin embargo en comparación con otros países de Latinoamérica, por lo menos en Chile se hace mención al asunto.

Como crítica se puede expresar que a pesar de que existen directrices para abordar las reestructuraciones de negocios, pasa a ser un tema demasiado teórico, y tanto para las entidades privadas, como para el Servicio el proceso de aprendizaje se torna un poco lento.

Los equipos de trabajo de precios de transferencia y reestructuración de negocios por parte de los privados tienen ventaja, en comparación con el servicio. A modo de ejemplo un equipo de trabajo de una auditora puede tener entre 30 a 40 personas y en caso de no dominar algún tema de reestructuración, pueden preguntar a otros equipos de trabajo de la misma compañía (conformados en distintos países).

Por su lado la autoridad tributaria, debido que el proceso de aprendizaje es lento, ha tenido que hacer un cambio de paradigma, ya que este tema se enfoca mucho más en el estudio económico- financiero, y se sabe que el tiempo de conformación de los equipos de trabajos, es relativamente nuevo, a esto se suma que por lo general tienen una visión mucho más tributaria que económica - financiera.

Sin embargo como ventaja que tiene la autoridad fiscal es que tiene tres años para investigar y analizar una reestructuración de negocios de un conglomerado, que se hizo, en un determinado momento.

Además de acuerdo a la investigación que se hizo, se pudo apreciar que hasta el día de hoy no han existido procesos de fiscalización por reestructuración de negocios.

Por lo tanto, como sugerencia, el contribuyente debiera ser práctico y previsor, contando desde ya con un estudio de Precios de Transferencias y con políticas

claras sobre la materia. Esto es revisar internamente si sus precios por operaciones con relacionados son efectivamente realizados a valores de mercado; o en caso contrario, como medida de alerta para proceder a rectificar dichos precios. Como una forma de dar por terminada en su etapa inicial una eventual fiscalización o cuestionamiento del SII por estos temas, por cuanto se contará con el sustento técnico, legal y documental que le darán validez, desde una perspectiva tributaria, a sus Precios de Transferencias.

Se sabe que el objetivo principal debe de centrarse en disminuir las controversias entre los contribuyentes y las Autoridades Fiscales, ya que en la mayoría de las ocasiones las Autoridades Fiscales argumentan las razones económicas de negocios que llevaron al contribuyente a realizar una reestructuración no están adecuadamente fundamentadas y no lo ven como un rediseño de las funciones, activos y riesgos del Grupo Multinacional, originando esto que el contribuyente tiene que iniciar procesos largos y onerosos para conciliar las diferencias que pudieran surgir con las Autoridades, muchas de ellas originadas por revisiones en materia de Precios de Transferencia.

7 **BIBLIOGRAFIA.**

10.1 **LIBROS**

1. OECD, 2010. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations.
2. Cahiers de droit fiscal international 2011, Vol. 96a - Cross-border business restructuring.

10.2 **ENSAYOS.**

1. Crónica Tributaria NUM. 141/2011 - Precios de Transferencia y Reestructuración de Grupos Multinacionales - Luis Jones Rodríguez - Agencia Estatal de Administración Tributaria – España.

10.3 **COMPENDIOS.**

1. Textos legales del Servicio de Impuestos Internos Año 2013.

10.4 **LEYES**

1. Ley 20.630, Perfecciona la Legislación Tributaria y Financia la Reforma Educacional, inicio de vigencia 01-Enero.2013.
2. Ley 19.506, Modifica el Decreto Ley N°824, sobre Impuesto a la Renta; el Decreto Ley N°825, sobre Impuesto a las Ventas y Servicios; de 1974 el Código Tributario, la Ley Orgánica de Servicio de Impuestos Internos y Otras Normas Legales, inicio vigencia 31-Julio-1997.

10.5 **PAGINAS WEB.**

1. www.sii.cl

8 ANEXO N°1

Uno de los objetivos principales en una organización o en un grupo Multinacional, es maximizar las utilidades enfrentando lo mejor posible las diferentes presiones que se puedan presentar en el transcurso de la vida del negocio.

Los aspectos de rentabilidad al reestructurar el negocio pueden verse modificados a la alza o a la baja, a continuación se presenta un claro ejemplo de cómo al reestructurar un negocio se modifican las rentabilidades. Considerando a un distribuidor que asume todos los riesgos propios de la actividad que desempeña y que tiene un contrato a largo plazo con su parte relacionada para realizar dicha actividad, en donde con base en dicho contrato a largo plazo, el distribuidor tiene la opción de aceptar o rechazar el convertirse en un distribuidor de bajo riesgo que opera bajo instrucciones de su parte relacionada, cuyo margen sería del 2% (dos por ciento) al año, considerando que el exceso de ganancias o pérdidas se transferirían a su parte relacionada. Los resultados variarán dependiendo de los resultados históricos del distribuidor, de la volatilidad de dichos resultados y la estimación de las ganancias o pérdidas futuras en relación a riesgo entre el distribuidor y su parte relacionada.

Rentabilidad de un distribuidor antes de la reestructura del negocio (margen operativo/ventas) Actividad con un alto Riesgo Proyección histórica 5 años	Rentabilidad esperada del distribuidor (margen operativo/ventas) Actividad con un alto Riesgo Proyección de los próximos 3 años	Rentabilidad del distribuidor después de la reestructura del negocio (utilidad operación/ventas) Actividad con un bajo Riesgo
Caso n° 1 Año 1 = (-2%) Año 2 = 4% Año 3 = 2% Año 4 = 0% Año 5 = 6%	(-2% a 6%) Con incertidumbre significativa dentro del rango	Utilidad estable y probable de 2% por año
Caso n° 2 Año 1 = 5% Año 2 = 10% Año 3 = 5% Año 4 = 5% Año 5 = 10%	(5% a 10%) Con incertidumbre significativa dentro del rango	Utilidad estable y probable de 2% por año
Caso n° 3 Año 1 = 5% Año 2 = 7% Año 3 = 10% Año 4 = 8% Año 5 = 6%	(0% a 4%) Con incertidumbre significativa dentro del rango (ejemplo: derivado de la presión de los nuevos competidores)	Utilidad estable y probable de 2% por año

Análisis:

- En el caso N ° 1, el distribuidor presenta ganancias y pérdidas inconsistentemente contra una ganancia acotada aunque estable. Lo que un tercero estaría planeando realizar dependiera del nivel de tolerancia al riesgo y de lo desee obtener una vez llevada a cabo la reestructuración.
- En el caso N °2, sería cuestionable si un tercero estaría de acuerdo con la rentabilidad a obtener derivado de transferir el riesgo y las pérdidas o ganancias si podría optar por no hacerlo.
- Y el caso N °3, nos muestra cifras históricas.

Cuando se planifica una reestructuración se debe tener en cuenta los cambios que se originaron en ella, y con esto se podrá establecer el valor de mercado y contar con la evidencia necesaria para soportar las decisiones tomadas dentro del proceso de reestructuración, información que adicionalmente servirá desde la perspectiva de precios de transferencia para analizar los efectos que se dieron como resultado del proceso en el grupo y/o empresas involucradas, así como mismo será evidencia documental utilizada para cumplir con los requerimientos de la Autoridad Fiscales.

Cuando una compañía se vea modificada en su actividad diaria de negocio, modificará la forma de documentarla. Primeramente, y cabe señalar que no necesariamente tendrá que ocurrir, el método empleado para documentar los precios de transferencia de una compañía pudiera cambiar al llevar a cabo un proceso de reestructuración. El borrador de la OCDE expone ejemplos en donde una compañía distribuidora compleja se convierte en un distribuidor de bajo riesgo, en ocasiones, bajo el primer esquema pudiera documentarse con un Método de Márgenes Transaccionales de Utilidad de Operación, pero al realizarse la reestructuración, ahora la transacción sujeta a análisis pudiera documentarse bajo un Método de Precio de Reventa.

Asimismo, y relacionado con el punto anterior, el indicador de rentabilidad puede cambiar. Siguiendo con el anterior ejemplo y al cambiar de método, ya no se utilizará un indicador hasta nivel operativo sino ahora sería el utilizar un indicador de rentabilidad hasta nivel bruto.

Otro de los cambios que podría presentarte derivado de una reestructuración a un grupo Multinacional o algunas entidades de éste, es un cambio en la parte analizada dentro del análisis de precios de transferencia, ya que si intercambian funciones entre entidades y se llegan a dar transacciones de bienes tangibles, y la entidad que ha sido reestructuración quedando como la menos compleja sería ésta la que se analizaría.

Como ejemplo una empresa que fuera distribuidora de alto riesgo y que al reestructurar su negocio cambiara a una de bajo riesgo, lo adecuado sería analizar a la entidad que lleve a cabo las actividades menos complejas. Adicionalmente, todo cambio dentro de las actividades de una o varias compañías de un grupo Multinacional, nos llevaría ante la posibilidad de que las compañías comparables no relacionadas utilizadas en el análisis de precios de transferencia pueden ser sujetos de cambio. En el supuesto que una empresa que operaba como manufacturera de alto riesgo se reestructure como parte de las nuevas necesidades del Grupo en una compañía manufacturera bajo contrato, se tendría que evaluar las comparables empleadas, ya que antes de la reestructuración realizaban diferentes funciones a las que desarrollaría con la nueva estructura de negocios, esto conlleva a utilizar nuevas compañías comparables.

Cabe señalar que en muchas ocasiones, cuando se lleva a cabo una reestructuración en un grupo Multinacional, la entidad o entidades involucradas en dicha reestructuración no tienen otra opción sino aceptar las condiciones establecidas, incluso sin percibir alguna indemnización por la afectación o afectaciones que pudiera tener en su operación.

9 VITA

Felipe Eduardo Gómez Fernández

Candidato a Magister en Tributación en la Escuela de Economía y Negocios de la Universidad de Chile, Licenciado en Contabilidad y Tributación de la Universidad de Viña del Mar.

Actualmente, se desempeña como Fiscalizador Tributario en el Servicio de Impuestos Internos – Unidad de Quillota – Quinta Dirección Regional Valparaíso.

En el ámbito académico es profesor desde el año 2013, de la Escuela de Negocios de la Universidad de Viña del Mar, en la Carrera de Contador Auditor, en el área de Tributación.