



**EL ARMS LENGTH PRINCIPLE
EN EL ARTÍCULO 64 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO**

Parte II: El nuevo modelo de plena competencia.

Artículo 64 del Código Tributario en la era post BEPS

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

Alumno: Erich Astudillo Acevedo

Profesor Guía: Antonio Faúndez Ugalde

Santiago, 29 de marzo de 2019

Dedico el siguiente trabajo a Yahveh,
quien me ha dato todo lo necesario para que este trabajo sea posible

AGRADECIMIENTOS (EA)

Agradezco a mis padres, sin cuyo apoyo no hubiese sido posible el realizar y culminar con éxito el Magister.

Tabla de contenido

1. Introducción.....	1
1.1. Planteamiento del problema.....	1
2. Normas internacionales a la luz de BEPS.....	1
2.1. Contexto de las nuevas normas.....	1
2.2. ALP a la luz de los cambios en BEPS.....	1
2.2.1. Aplicación del principio ALP.....	1
2.2.1.1. Principio de substancia sobre forma.....	1
2.2.1.2. El test hipotético.....	4
2.2.1.3. Re-caracterización de la transacción.....	5
2.2.2. Ahorros de ubicación, grupos de trabajo y sinergias.....	7
2.2.3. Las transacciones de commodity.....	9
2.2.4. Intangibles, incluye financiación e intangibles difíciles de valorar.....	9
2.2.5. Servicios de bajo valor añadido.....	14
2.2.6. Acuerdos de contribución de costo (Cost contribution arrangements, CCA)	14
3. Posible desarrollo futuro, una mirada a FA.....	15
3.1. Renta mundial en residencia (Residence-based worldwide taxation, RBWT).....	15
3.2. Impuesto al flujo de caja en destino (Destination based cash flow tax, DBCFT).	16
3.3. Impuestos consolidados con prorrateo de FA (Unitary taxation with formulary apportionment, UTWFA).....	17
3.3.1. Base imponible consolidada común del impuesto corporativo (common consolidated corporate tax base, CCCBT).....	18
4. Implicancias nacionales de las normas y compromisos asumidos.....	20
4.1. Compromisos internacionales.....	21
4.1.1. El rol del modelo OCDE y sus implicancias en Chile.....	21
4.1.2. Tratados de la OMC involucrados.....	24
4.2. Principio de legalidad.....	26
4.3. Análisis textual del artículo 64 del CT.....	34
4.3.1. Análisis del texto de la propuesta.....	34
4.3.2. Análisis del texto vigente.....	39
5. Conclusiones de la segunda sección.....	41
Bibliografía.....	43
Anexo 1 Los problemas que BEPS intenta combatir.....	54

Anexo 2 Desafíos que marcarán la evolución futura.....	59
Anexo 3 Texto relevante del artículo 64.....	64

Tabla de abreviaciones

ALP	<i>Arm's Length Principle</i> , Principio que regula los precios de transferencia y que busca igualar la tributación que enfrentan empresas relacionadas y la de empresas independientes
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i> , Proyecto de la OCDE que busca combatir las planificaciones tributarias que se valen de contratos para alocar utilidades lejos del lugar de la actividad que lo genera
CCA	<i>Cost Contribution Arrangement</i> , Acuerdo de contribución de costos
CCCBT	Propuesta europea de FA
CFA	<i>Committee on Fiscal Affairs</i> , Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE
CFC	<i>Controlled Foreign Company</i> , Entidades Controladas Extranjeras, Filial de la compañía que se rige según las disposiciones del artículo 41 G de la Ley de Impuesto a la Renta
CIC	Cámara Internacional de Comercio
CT	Código Tributario
CWI	<i>Commensurate With Income</i> , Regla de la sección 482 del Código Impositivo de Estados Unidos que regula las transferencias de intangibles actualizando los pagos por utilidades generadas en una transferencia cada año por los resultados de ese año.
DEMPE	<i>Development, Enhancement, Maintenance, Protection, Exploitation</i> , Funciones sobre intangibles que las OCDE TPG especifican como relevantes para asignar utilidades en este tipo de activos
DIDS	Double Irish Dutch Sandwich, Doble sándwich irlandés/holandés, estrategia de minimización de impuestos.
FA	Formulary Apportionment, Metodo de asignación de beneficios según formula
GATS	<i>General Agreement on Trade in Services</i> , Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, supervisado por la OMC
GATT	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i> , Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, supervisado por la OMC
GEM	Grupo de Empresas Multinacional
I+D	Investigación y Desarrollo
IRS	<i>Internal Revenue Service</i> , Equivalente al SII en US.
JBNT	Jurisdicción de Baja o Nula Tributación
MLI	Multilateral Instrument, Acuerdo multilateral de la OCDE para complementar la red de tratados respaldando la iniciativa BEPS
Modelo OCDE	Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OCDE TPG	Las Guías OCDE de Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias
OMC	Organización Mundial de Comercio
SCM	<i>Agreement on Subsidies and Countervailing Measures</i> , Acuerdo

	sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, supervisado por la OMC
TP	Transfer Price, Precio de Transferencia
UK	Reino Unido
US	Estados Unidos
US IRC	<i>Internal Revenue Code</i> , Código impositivo de los Estados Unidos

Resumen ejecutivo

La primera parte de este trabajo se enfocó en el ALP desde una perspectiva histórica previa a BEPS. El objetivo de esta parte es dilucidar si el artículo 64 CT actual obedece a una importación en la normativa interna de la teoría y práctica internacional en materia de tasación bajo el ALP previo a BEPS. Para ello se exploró la evolución a nivel internacional del concepto de ALP desde 1917 hasta 1995, para luego pasar a examinar la normativa interna en materia tributaria en su contexto normativo general.

De la discusión logra establecerse que la Normativa Chilena en temas de tasación sigue patrones internacionales. Sus antecedentes demuestran que en gran medida se han recogido las recomendaciones formuladas por entidades Internacionales, como en el caso del “Informe de la misión económica de las Naciones Unidas, en Chile, 1949-1950”, que sugirió la necesidad de crear un Código Tributario y normas de tasación con lineamientos muy similares a los que se encuentran en el artículo 64 de 1974 y su antecesor más antiguo y restringido de 1956. Este antecesor (artículo 55 de la ley 12.120 sobre impuesto a las compraventas y otras convenciones) posee marcadas coincidencias con las recomendaciones del informe de la ONU.

La comparación entre el marco internacional y local demuestra que la visión restrictiva del artículo 64 CT (solo objetando el menor valor) lo que es una norma claramente con un alcance menor en comparación a la § 482 US IRC que busca “evitar la evasión de impuestos o...reflejar claramente el ingreso de cualquiera de tales organizaciones, comercios, o negocios” sin que las desviaciones se

califiquen como solo positivas o negativas. En este sentido, el artículo 64 está más apegado al informe de la ONU ya referido. Sin embargo, se aprecia una evolución en el cambio de 1974, frente a la norma restringida de 1956, al haber eliminado las referencias a un procedimiento específico para tasación de la norma anterior, creando libertad en la elección de métodos de tasación basado en el mercado y la racional comercial.

La segunda parte del presente trabajo se enfoca en lo que es y será el principio de ALP del proyecto BEPS y su impacto a nivel de la normativa local. Al revisar las opiniones académicas del proyecto, se logra establecer que dicha iniciativa cambia de manera relevante el principio ya mencionado, al introducir una norma de substancia sobre forma, que se manifiesta en la forma de aplicar ALP, con múltiples manifestaciones en el tratamiento de activos (con énfasis en aquellos de difícil valoración) y formas de trabajo (acuerdos de contribución de costo). Al revisar las nuevas estipulaciones se da cuenta de la falta de un concepto, por lo que el autor de la segunda sección propone que el ALP, en el nuevo modelo, podría entenderse como el resultado al que dos entidades de un grupo empresarial llegarían si sus aportes individuales se dieran en un contexto de negociación entre entidades independientes. Luego de discutir las implicancias actuales y futuras de dicho planteamiento se pasa a examinar las diversas manifestaciones de ALP y cómo encajan dentro de la definición propuesta.

El autor da cuenta que la forma actual de las OCDE TPG, con BEPS son una etapa inicial de un modelo en transición hacia FA, por lo que una segunda sección de esta etapa aborda las implicancias de tal cambio en la manera de

entender la tributación de las empresas. A este respecto destaca la iniciativa europea de CCCBT, a la que se dedica atención en cuanto a un modelo que puede gatillar adopción mundial.

Una vez logrado el marco teórico de tasación internacional, en una tercera sección, se pasa a testear la hipótesis de esta etapa, que busca probar que la aplicación de prácticas de tasación comunes en materia local e internacional tendría justificación firme en el derecho, permitiendo cumplir con los compromisos de Chile en materia de derecho tributario, sin que esto suponga una vulneración al principio de legalidad. Esto se realiza tanto respecto al artículo 64 en su texto actual y el propuesto en el proyecto de modernización tributaria, dilucidando además si el desarrollo futuro presentado en el trabajo estaría amparado por el texto propuesto del artículo 64 del Código Tributario. Para realizar esto se examinan tres preguntas.

En primer lugar, ante la pregunta ¿lo permiten las obligaciones asumidas en virtud de convenios internacionales? Se examina la naturaleza de estas obligaciones, en cuanto relevantes para la norma del artículo 64 del Código Tributario, junto con las obligaciones conexas asumidas ante la OMC, determinando que son plenamente compatibles.

A continuación, se plantea ¿Dicha aplicación cumple con el principio de legalidad? Para responder dicha pregunta se desarrolla el concepto, en cuanto aplicable al artículo 64 del Código Tributario, y se concluye que la aplicación sí cumple con el principio, vislumbrando que la no aplicación podría tener rasgos inconstitucionales.

Por último, se responde la pregunta ¿La redacción de las dos versiones del artículo 64 lo permite? Tras un análisis del texto legal se concluye que es posible, siendo el texto actual más limitado, tanto para el proyecto actual como para la evolución futura.

1. Introducción

1.1. Planteamiento del problema

El artículo 64 del Código Tributario (CT) es la normativa que rige la tasación en materia interna. Este artículo, en su actual inciso tercero, regula la aceptación del precio o valor asignado en una enajenación que sirva para determinar un impuesto. En su aspecto más relevante prescribe: El Servicio *“podrá tasar dicho precio o valor en los casos en que éste sea notoriamente inferior a los corrientes en plaza o de los que normalmente se cobren en convenciones de similar naturaleza considerando las circunstancias en que se realiza la operación”*.

Por otra parte, a nivel de transacciones internacionales, las normas de tasación se encuentran recogidas en la normativa de precios de transferencia, o *Transfer Price* (TP), desarrolladas por el *Committee on Fiscal Affairs*¹ (CFA) de la OCDE, normativa que encuentra su expresión más fiel en el actual artículo 41 E de la Ley de Impuesto a la Renta (LIR). Esta normativa internacional se basa en el principio ampliamente aceptado de plena competencia o *Arm's Length Principle* (ALP). El ALP se encuentra comprendido en el artículo 9 del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE y estipula la facultad de realizar *“ajustes de los beneficios a efectos fiscales [esto es, para propósitos impositivos] en el caso de que las condiciones en que se hayan efectuado las operaciones entre empresas asociadas (sociedades matrices y sus filiales, y*

¹ Comité de Asuntos Fiscales

sociedades sometidas a un control común) difieran de las normales de mercado entre partes independientes (plena competencia)².”

La semejanza entre ambos preceptos se ve acentuada actualmente al considerar el texto propuesto para el artículo 64 CT, en el proyecto de modernización tributaria 2018 planteado por el Gobierno, que señala que el Servicio *“podrá tasar dicho precio o valor en los casos en que estos difieran notoriamente de los precios o valores normales de mercado que hayan o habrían acordado partes no relacionadas considerando las circunstancias en que se realiza la operación, tales como las características de las industrias, sectores o segmentos relevantes, las funciones asumidas por las partes, las características específicas de los bienes o servicios contratados y de las partes contratantes, así como también cualquier otra circunstancia relevante.”*

Tampoco se debe desconocer que el artículo 64 CT³ encuentra los mismos problemas de aplicación que las prácticas del ALP en el contexto de TP, a saber, la dificultad de encontrar un comparable aceptable para realizar la tasación.

Dadas estas coincidencias se plantea establecer si los cambios normativos a nivel de OCDE se ajustan a la normativa de tasación interna, antes y después de BEPS. Establecer dicha coincidencia nos permitirá responder a la pregunta ¿la aplicación de prácticas de tasación comunes a ambas normativas respondería a la legislación o, por el contrario, sería una práctica sin justificación firme en el

² Versión traducida, el original estipula *“This Article deals with adjustments to profits that may be made for tax purposes where transactions have been entered into between associated enterprises (parent and subsidiary companies and companies under common control) on other than arm’s length terms.”*

³ El proyecto de modernización tributaria no varía mucho de la redacción del artículo actual, limitándose a explicitar criterios de aplicación que la hacen más clara y manteniendo los principios.

derecho? Responder esta interrogante es clave frente a los compromisos que ha asumido Chile en la aplicación del derecho tributario, lo que podría generar colisión con la normativa interna. En este escenario, ¿podría existir vulneración al principio de legalidad en la determinación de la base objeto de gravamen?

Cabe señalar que las coincidencias de la normativa no han sido abordadas en nuestro ordenamiento jurídico de manera expresa, ni existe opinión doctrinaria o jurisprudencia judicial o administrativa que ligue ambos temas de manera clara. Es así como la escasez de doctrina y jurisprudencia deja un vacío legal en nuestra legislación tributaria que no ha sido resuelto y que se vuelve significativo ante la irrupción de la normativa internacional en nuestro ordenamiento, por lo tanto, este trabajo pretende convertirse en un planteamiento innovador que puede entregar una solución al problema señalado.

La metodología que se pretende desarrollar en esta tesis implica seguir un análisis dogmático de las normas que se desprenden de las guías de Precios de transferencia de la OCDE, junto con su reflejo en el artículo 64 del CT.

De esta manera, se planteó una primera etapa de trabajo que buscó establecer si las coincidencias entre ambas normativas de tasación son solo superficiales, o, por el contrario, si se puede comprobar que ambas se derivan de un mismo principio rector. Para esto se analizará desde una perspectiva histórica el ALP, tratando de determinar lo que significa ALP a lo largo del desarrollo teórico de la tributación internacional. La construcción teórica se basará en las guías OCDE hasta 2010, junto con discusiones académicas de ALP. Por otra parte, se analizará la normativa interna en materia de tasación, tratando de determinar si

ésta tiene su origen en la práctica internacional. Se plantea como hipótesis para esta etapa que la normativa del artículo 64 CT actual obedece a una importación en la normativa interna de la teoría y práctica internacional en materia de tasación bajo el ALP previo a BEPS.

Una vez concluida esta etapa reconoceremos que estamos inmersos en un cambio tributario que ha remecido las bases del sistema imperante hasta el momento y ha reemplazado paradigmas dentro del modo de comprender la normativa. Este cambio se puede ver tanto en la normativa interna como en la internacional. En efecto, en el frente interno, ante el advenimiento de la Cláusula General Antielusiva (CGA) y los compromisos OCDE el Servicio ha comenzado, entre otros, a mudar su modo de interpretar normativa, alineándola con las tendencias y lineamientos a nivel mundial⁴. La normativa de la CGA, plenamente aplicable para materias internas, introduce a las consideraciones del servicio la noción de “fondo sobre forma” y permea la forma de analizar del servicio y de los contribuyentes. Por otro lado, en el frente externo, el mismo principio de fondo sobre forma, expresado como consideraciones de razonabilidad económica, congruencia según la cadena de valor de la compañía, sinergias e interdependencia han encontrado camino y cambiado lo que se entiende como ALP. Este cambio se ha realizado en lo que se denomina la iniciativa BEPS⁵.

⁴ Por ejemplo, la circular 34 del 2018 que trata de los procesos de reposición administrativa del artículo 123 bis (RAV) en su introducción sostiene “Los cambios van en el sentido de considerar al contribuyente en una relación más horizontal, de pleno respeto a sus derechos, garantizados constitucional y legalmente, y están dirigidos a reconocer la buena fe como un estándar normal de la conducta de los contribuyentes.” Incluyendo así un modo de actuar que contempla el inciso segundo del artículo 4 bis

⁵ *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) se traduce como “Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios”

Dado lo anterior, es previsible que la evolución de lo que se considera ALP afectará el modo en que la normativa en general, y el artículo 64 CT en particular, será comprendido y usado.

Dadas estas consideraciones, nuestra segunda etapa de estudio se enfocará en primeramente dilucidar qué es el ALP bajo BEPS. El material de trabajo de esta etapa será las nuevas guías OCDE BEPS 2015, la normativa OCDE 2017 de TP y las discusiones académicas de revistas especializadas sobre el tema. Una vez establecido el “nuevo” principio, se plantea volver a la normativa local, para establecer si dicho principio puede ser aplicado internamente, o, por el contrario, la normativa no aceptaría dicha importación sin que sean necesarios cambios legislativos. Nuestra hipótesis de trabajo en esta segunda etapa es que el artículo 64 CT en sus términos actuales y propuestos permite la aplicación de prácticas de tasación comunes en materia local e internacional, tal uso tendría justificación firme en el derecho, permitiendo cumplir con los compromisos de Chile en materia de derecho tributario sin que esto suponga una vulneración al principio de legalidad y sin que sea necesario para ello modificaciones legales.

Dado que el proyecto BEPS es un trabajo en marcha, se plantea realizar esta segunda etapa según la implementación actual con las Guías de precio de transferencia OCDE vigentes al 2017. De las discusiones es posible delinear los cambios más probables que tendrá la iniciativa BEPS, por lo que se realizará una exposición de la probable evolución normativa en un futuro cercano.

2. Normas internacionales a la luz de BEPS

2.1. Contexto de las nuevas normas

El proyecto BEPS apunta a combatir la planificación fiscal agresiva, entendida como “aprovechar los aspectos técnicos de un sistema tributario o los desajustes entre dos o más sistemas tributarios con el propósito de reducir la carga tributaria” (European Union, 2017), pero no debe ser confundido con ésta, ya que BEPS ataca un tipo específico de planificación, aquella que desplaza las utilidades, a menudo alocando en Jurisdicciones de Baja o Nula Tributación (JBNT)⁶.

2.2. ALP a la luz de los cambios en BEPS

El nuevo ALP combina Transfer Price (TP) y una regla de sustancia sobre forma. Las nuevas OCDE TPG desarrollan seis tópicos interrelacionados al respecto (Wittendorff, 2016). Veremos cada uno a continuación.

2.2.1. Aplicación del principio ALP

2.2.1.1. Principio de sustancia sobre forma

Ninguna regla de impuestos, por sí sola, posibilita la creación de estrategias BEPS, sino que es la interacción entre los diferentes sistemas tributarios lo que las hace posible (Zuurbier, 2016). Por ello es necesario una revisión completa del sistema, lo que se logra al introducir una norma de sustancia sobre forma.

⁶ Para una descripción más completa véase Anexo 1

La nueva regla de substancia sobre forma no reemplaza, sino que se suma a las funciones realizadas, los riesgos asumidos y los activos utilizados (normativa previa). Esto cambia la manera de utilizar estos criterios, dando supremacía a la real conducta de las partes (Wittendorff, 2016).

Es importante notar que las OCDE TPG no reconocen que hubo un cambio en la definición de ALP y por ello dicen que BEPS es una simple aclaración del principio existente, teniendo como resultado que el nuevo ALP es plenamente aplicable a los tratados existentes (Andrus y Oosterhuis, 2017). Wittendorff (2016) critica esta postura y sostiene que hubiese sido mejor reconocer la novedad e incorporar los cambios bajo el MLI. Van Droogenbroek y Droulez, (2017), a este propósito, refieren que, en 2017, 68 jurisdicciones firmaron el MLI, tratado que reafirma el ALP de las nuevas OCDE TPG. En la página web de la OCDE se menciona que hubo una segunda ronda de incorporación, en 2018. Actualmente, sobre 100 jurisdicciones han firmado el acuerdo, uno de los signatarios es Chile.

Pankiv (2016), respecto a la norma de substancia sobre forma, dice que el artículo 1 del comentario sobre el Modelo OCDE hace mención a las situaciones de abuso y que un propósito de las convenciones es evitar la evasión y elusión fiscal, por lo que el cambio en las guías BEPS tendría respaldo en el comentario.

Cabe recordar que el objetivo de ALP es que las empresas relacionadas enfrenten la misma tributación que las no relacionadas. Dado que los GEM surgen en situaciones en las que la creación de una organización empresarial jerárquica integrada es superior en términos de eficiencia, en comparación con la interacción de firmas independientes en el mercado abierto, y que producto de ello generan

rendimientos mayores los que sus miembros tendrían por separado, la concesión de la igualdad de trato a las empresas del grupo y las empresas independientes requiere considerar las eficiencias. Sólo entonces puede imponerse un pie de igualdad desde una perspectiva fiscal y evitar la creación de ventajas o desventajas fiscales que de otro modo distorsionarían las posiciones competitivas relativas en el mercado. En efecto, el Modelo OCDE en su artículo 9 “empresas asociadas” prevé el reajuste de los beneficios de las empresas relacionadas, si en sus relaciones comerciales o financieras se imponen condiciones que difieren de las que habría entre empresas independientes. Este aspecto de ALP encuentra una interpretación adicional en las OCDE TPG, que se consideran una extensión del artículo 9 del Convenio modelo⁷, formando ambos documentos la base de una “ley blanda”⁸ con la que se espera que los países miembros de la OCDE cumplan (Fedusiv, 2016).

Dado que la OCDE no reconoce un cambio en ALP, no se provee una definición en el contexto de la iniciativa BEPS. El autor de la presente obra propone que ALP, en el nuevo modelo, podría entenderse como el resultado al que dos entidades de un GEM llegarían si sus aportes individuales se dieran en un contexto de negociación entre entidades independientes. Esta definición tiene en su núcleo el reconocimiento de las circunstancias reales de las relaciones

⁷ Según Wittendorff (2009) y Da Cruz (2013) desde 1979 se estableció un link directo entre las OCDE TPG y el comentario del artículo 9 del Modelo OCDE, convirtiendo a las OCDE TPG en parte integral de los convenios, y el comentario de facto del artículo 9. El comentario del párrafo 1 del Modelo OCDE no ha tenido cambios desde 1979, no así las OCDE TPG, que han reflejado los compromisos y evolución de la práctica internacional. Por ello, la existencia de las guías propone una visión dinámica de interpretación, debiendo reconocerse que los tratados deben ser interpretados según las últimas OCDE TPG disponibles.

⁸ Usado en el sentido explorado en el apartado “El rol del modelo OCDE y sus implicancias en Chile”

comerciales o financieras de las empresas (substancia sobre forma), el concepto de empresa del GEM bajo la iniciativa BEPS, y un test hipotético (que será explicado más adelante).

Aceptar definir ALP como sugiere el autor implica subscribir un modelo en transición. El concepto mira a la compañía como un todo, no parcialmente, y bajo esta óptica recoge todo el resultado del GEM. La definición engloba resultado y aportes, elementos que no se enfocan en una transacción individual entre empresas, sino en un beneficio empresarial global, coherente con una cadena de valor estable y que define el negocio que el GEM desarrolla. Como puede verse, no estamos hablando de un concepto de ALP tradicional, estamos hablando de un concepto cercano, si no explícito, de FA. El concepto propuesto, si bien es claro desde el punto de vista teórico, no se condice con lo que busca TP, que es valorizar una transacción. Esta desconexión es uno de los elementos que plantean el desafío operacional de BEPS, y explican por qué el estado actual de la iniciativa inevitablemente forzará a la evolución de las reglas actuales, para permitir una operatoria más cercana con los fundamentos teóricos. A fin explorar las implicancias de este concepto se abordará el desarrollo futuro de BEPS, una vez se complete la presente discusión del actual estado de BEPS.

2.2.1.2. El test hipotético

Pichhadze (2015) plantea la siguiente interrogante: Cuando se busca un comparable en el análisis de TP, ¿el análisis requiere (o permite) a) la búsqueda de una transacción que realmente tuvo lugar en el mercado, o b) debería utilizar los datos internos de la transacción controlada simplemente para formar una

transacción hipotética (incontrolada) en la que se supone que las partes operan según el ALP, pero que están convenidas en las mismas circunstancias en que se realiza la operación real?

Para enmarcar la respuesta el autor menciona el caso GlaxoSmithKline que fue resuelto por la Corte Suprema de Canadá, ya que sentó precedente en dicho país sobre la materia. Del caso se concluye que a aproximación correcta es construir una transacción hipotética con las circunstancias reales (de la operación y del GEM), en línea con lo expuesto respecto al principio de igualdad.

2.2.1.3. Re-caracterización de la transacción

El nuevo criterio de substancia sobre forma engloba toda la transacción, por lo que las administraciones tributarias tienen amplio rango para re-caracterizar. La autoridad para ello, según la OCDE, estaría dada por el mismo ALP y no se basa en la existencia, o no, de reglas en la legislación local (Wittendorff, 2016)

La re-caracterización debe ser evaluada a la luz de los mismos principios generales que enmarcan la substancia sobre forma, a saber:

Asignación de ingresos y gastos: Las nuevas guías establecen que existen servicios cuando existen actividades que una parte realiza en beneficio de otra, inclusive si dicha actividad no es compensada en los acuerdos de las partes.

Asignación de Riesgos: Según las nuevas reglas, tener control sobre el riesgo no significa la capacidad de influenciar el resultado, sino la posibilidad de decidir si se expondrá al riesgo y capacidad financiera de responder por ello. De esta manera, la alocación tomará en cuenta una serie de consideraciones:

- a. Riesgo Moral: Es el principio económico que sostiene que la gente toma más riesgos cuando no debe lidiar con las consecuencias de hacerlo. De acuerdo con las guías, partes independientes evitarán que exista riesgo moral. Esto debe aplicarse en los incentivos y cláusulas de compensación, lo que resultará en la asignación de riesgo según el grado de control.
- b. Conducta de las partes: Debe estar alineada con el riesgo moral. El concepto contempla determinar si la asignación de riesgo está alineada con el control que se ejerce y la capacidad financiera para responder. Este test tiene en su centro las funciones del personal.
- c. Relación riesgo-retorno: Ese concepto apoya la noción asociada de que es económicamente racional asumir (o abandonar) riesgo a cambio de un ingreso nominal más alto (o más bajo) previsto. Las OCDE TPG estipulan que no se debe reconocer una transferencia de riesgo basada únicamente en el concepto de la relación riesgo-retorno. Sólo debería reconocerse si el acuerdo proporcionará la oportunidad para que ambas partes mejoren o protejan su posición comercial o financiera sobre una base de riesgo ajustada. Esto significa que una transferencia de riesgo debe ser ignorada si no altera la posición financiera o comercial de ambas partes.

Los cambios estudiados buscan atacar las prácticas de DIDS⁹ y Cash-Box. Esto se logra en el nuevo proceso de identificación de las relaciones comerciales o financieras dentro del GEM. Según Langbein y Fuss (2018) un acuerdo debe ser respetado solo si permite tener beneficios comerciales a ambas partes.

⁹ Véase el Anexo 1 para una explicación de esta estrategia

La doctrina de la racionalidad comercial, que toma en cuenta las alternativas reales de las partes, es el corazón de la medida de substancia sobre forma del ALP, no admitiendo una mera razón de negocio, contrario a Webber (2011). Lo que persigue el principio es un análisis de alternativas a la solución propuesta y cómo la decisión fue la mejor para proteger la posición comercial o financiera de ambas partes, dentro de la gama de alternativas realistas que existían. La racional es que las empresas independientes sólo entrarán en una transacción si creen que ésta representa una mejor perspectiva que su siguiente mejor opción (Pleune, 2017; Zuurbier, 2016; Wittendorff, 2016).

El proyecto BEPS presenta la nueva noción de que las normas fiscales internacionales también deben tener como objetivo prevenir la "doble no tributación". La Acción 2 de BEPS recomienda que los países de origen denieguen las deducciones por dichos pagos dependiendo del tratamiento tributario por el país de destino. Desde una estricta perspectiva de soberanía tributaria, si el país de origen ha acordado un tratado que da derecho a gravar un pago al país de destino, éste también tiene derecho a eximirlo de impuestos (Picciotto, 2017b), por lo que las nuevas reglas erosionan la soberanía de la residencia a nivel teórico, cambiando los principios de fuente y residencia¹⁰.

2.2.2. Ahorros de ubicación, grupos de trabajo y sinergias

Las características del mercado y los grupos de trabajo no se consideran intangibles en las nuevas OCDE TPG (Shapiro y Wolosoff, 2014).

¹⁰ Para una discusión respecto al tema véase el Anexo 2

En cuanto a la ubicación, las nuevas OCDE TPG hacen un énfasis en las condiciones locales de mercado que añaden valor. Al no ser consideradas como un intangible, el informe BEPS entra en tensión con la teoría de la firma moderna (Langbein y Fuss, 2018). De hecho, la teoría actual del surgimiento de los GEM sostiene que su razón de ser son las ventajas que la propiedad común confiere (Desai y Dharmapala, 2011).

En lo referente a los grupos de trabajo (*Assembled Workforce, AW*), al evaluar una reestructuración, la transferencia de un AW podría ahorrar, a la parte que lo recibe, el tiempo y gastos para contratar y capacitar nuevo personal, esto debe sopesarse contra los costos de despido, pensiones, u otras responsabilidades que, al ser transferidas, reducen el valor, o incluso crean un valor negativo (Wittendorff, 2016; Shapiro y Wolosoff, 2014). Tal transferencia debe ser compensada en el precio pagado por otros activos. Estas consideraciones no deben tomarse en cuenta cuando se trata de transferencia de empleados individuales, a menos que signifiquen transferencia de Know-how u otros intangibles. Las nuevas directrices no requieren que un intangible tenga un valor sustancial independiente de los servicios de un individuo (Wittendorff, 2016).

En relación con las sinergias, la OCDE reconoce que éstas pueden hacer que los miembros del GEM logren utilidades por sobre las que podrían obtener partes independientes (Kane, 2012).

Se distingue entre sinergias grupales (que resultan puramente de la afiliación grupal) y las sinergias que resultan de la acción concertada deliberada del GEM. Para la primera categoría no se contempla compensación, ya que no se

pueden clasificar como servicios, la segunda categoría si contempla que pueda existir compensación. La remuneración debe hacerse en proporción a la contribución a la creación de la sinergia (Wittendorff, 2016; Shapiro y Wolosoff, 2014).

2.2.3. Las transacciones de commodity

Se cambian las recomendaciones respecto a los factores de comparabilidad, en línea con lo visto en las otras secciones (Wittendorff, 2016).

2.2.4. Intangibles, incluye financiación e intangibles difíciles de valorar

Los intangibles son una gran herramienta de la planificación fiscal: crean valor, son altamente móviles y, en muchos casos, son muy específicos por firma (Nabben, 2017). Estas características hacen que dichos activos desafíen la aplicación del principio ALP (Zuurbier, 2016).

Las nuevas directrices definen un intangible como un activo que: no es físico o financiero, puede ser propiedad o controlado para su uso en actividades comerciales y cuyo uso o transferencia se compensaría si se hubiera producido en una transacción comparable entre independientes. (Wittendorff, 2016; Alamuddin, Nemirov, Georgijew, Lobb, Shapiro y Tabart, 2014; Pleune, 2017; Zuurbier, 2016).

Wright, Keates, Lewis y Auten, (2016) se refieren a esta definición como económica, ya que da cuenta de los generadores de valor (*Value Drivers*) en la industria pertinente. Las circunstancias de cada caso deben considerarse para

determinar si una transacción implica intangibles y si su uso o transferencia se compensaría en una transacción entre partes independientes (Fedusiv, 2016).

En relación con el requerimiento que sea propiedad o controlada, ello significa que debe ser un intangible excluible, no que debe estar protegido por ley, contrato u otro medio. Por lo tanto, solo se requiere control práctico. Tampoco requiere poder ser transferible por separado, siempre y cuando sea susceptible de ser transferido junto con otros activos. En TP, los intangibles son importantes cuando son transferidos o usados. En la primera situación, el objeto de la investigación es el propio intangible, en la segunda, son los bienes o servicios fabricados o vendidos, en donde el intangible fue utilizado (Wittendorff, 2016).

Fedusiv (2016) divide los intangibles en tres categorías:

- Capital intelectual. Consiste en intangibles como la reputación de la empresa, capital social y humano, innovación, conocimiento/información, sinergias y relaciones extracontractuales con clientes o proveedores. Los elementos de esta categoría no se tranzan en el mercado, sin embargo, se deben incorporar en el análisis de comparabilidad ALP.
- Activos intangibles. Comprenden la cultura corporativa, know-how, normas operativas, mejores prácticas, configuración de procesos, tecnología, capacitación y desarrollo del personal y un equipo directivo exitoso. Es difícil imaginar transacciones entre partes no relacionadas de esos elementos, pero, de nuevo, se deben utilizar en el análisis funcional o de comparabilidad.

- Propiedad intelectual. Incluye patentes, marcas, diferentes tipos de derechos (por ejemplo, copyrights y/o licencias) que cubren la utilización de patentes, obras literarias, bases de datos, exploración de recursos naturales o secretos comerciales o diseños. Las características distintivas de esta categoría es que pueden encontrarse en transacciones entre partes independientes, normalmente existe protección legal, pueden respaldarse por contrato y su transferencia no disminuye su valor.

En cuanto a la asignación de las utilidades generadas por los intangibles, las directrices consideran tanto la tenencia legal como una compensación ALP. La utilidad debe ser asignada al dueño legal y las empresas asociadas que han asistido en el desarrollo (*Development*), la mejora (*Enhancement*), el mantenimiento (*Maintenance*), la protección (*Protection*) o la explotación (*Exploitation*) del intangible (DEMPE), quienes tienen derecho a una compensación ALP, en consonancia con las funciones realizadas, los riesgos asumidos y los activos utilizados en las funciones DEMPE. Toda función DEMPE desarrollada debe ser compensada. La importancia relativa de cada una de las funciones DEMPE depende del impacto que dicha función tiene en la creación de valor del intangible analizado. Cuantas más contribuciones realice una parte, mayor será la remuneración por asignarle. Si el propietario legal no ha desempeñado funciones, utilizado activos o asumido riesgos relevantes, no tiene derecho a ningún beneficio (Wittendorff, 2016; Zurbier, 2016; Nabben, 2017; Pankiv, 2016).

El análisis DEMPE involucra la construcción de una serie hipotética de transacciones. Las transacciones sobre el intangible deben construirse en el

proceso de desarrollo, protección y explotación del intangible, no solo considerar la transferencia una vez desarrollado (Langbein y Fuss, 2018; Alamuddin et al., 2014).

Fedusiv (2016) refiere que el valor de los intangibles suele estar en el futuro, ya que es el valor monetario que alguien pagaría a cambio de la expectativa de futuros beneficios económicos, resultantes para la empresa por su explotación. De este modo, el método financiero es el más apropiado para su valoración.

Las nuevas pautas incluyen una nueva sección sobre intangibles difíciles de valorar. La sección aborda la asimetría informativa entre el contribuyente y la administración tributaria, causada por el conocimiento especializado, la pericia que requiere la valoración de los intangibles y el conocimiento de las características del mercado y negocios relevantes. Por ello se plantea que la comparación del precio acordado en el contrato contra los resultados en ingresos del intangible subsiguientes es un buen indicador, para la administración tributaria, de que tan acertada fue la valoración. Si existe una desviación muy amplia, la valoración puede no haber tenido en cuenta, debidamente, los acontecimientos que pudieran haberse esperado que afectarían el valor del intangible. En este caso, se debería actuar como si existiesen “cláusulas de ajuste de precios” en los contratos (CWI). La carga de la prueba en contrario recae en el contribuyente (Wittendorff, 2016; Langbein y Fuss, 2018; Pleune, 2017; Fedusiv, 2016).

El principio ALP, normalmente, no aborda la carga de la prueba. Esto podría ser interpretado como una medida especial (Wittendorff, 2016).

En relación con el financiamiento, las nuevas directrices establecen que un financista que no desempeñe efectivamente funciones de control de riesgo no tiene derecho a una indemnización igual a la obtenida por inversionistas independientes análogos, criterio similar al visto respecto a los intangibles. Las nuevas normas distinguen entre riesgos financieros, vinculados a la financiación, y riesgos operacionales, vinculados a las actividades financiadas. Si el financista ejerce control sobre el riesgo financiero, pero no operacional, tendría derecho a una rentabilidad ajustada al riesgo de su financiación, en caso contrario, solo tendrá derecho a un retorno libre de riesgo (Wittendorff, 2016; Zuurbier, 2016; Pankiv, 2016). En la práctica asignar una tasa de rentabilidad libre de riesgo se logra tomando el retorno anticipado de una inversión en un bono de alto grado emitido por un gobierno (Andrus y Oosterhuis, 2017).

Según Wittendorff (2016) y Pankiv (2016), el ejercicio del control sobre un riesgo financiero requiere: a) la capacidad de tomar las decisiones relacionadas con la financiación b) el desempeño real de las funciones de toma de decisiones y c) la capacidad de determinar los objetivos de cualquier actividad subcontratada de mitigación del riesgo cotidiano, es decir, 1) de decidir contratar al proveedor de esa función, 2) de evaluar si los objetivos se cumplen adecuadamente, 3) de decidir adaptar o rescindir el contrato, 4) junto con el desempeño de esa evaluación y toma de decisiones.

El control sobre el riesgo financiero requiere que se evalúe la solvencia del deudor y cómo los riesgos del proyecto financiado afectan los rendimientos del préstamo. Cuanto mayor sea el riesgo de desarrollo, y cuanto más cerca esté del

riesgo financiero, más actividad necesitará el financista para evaluar el progreso del proyecto de desarrollo, elevando el umbral de actividad necesaria para tener derecho a una rentabilidad ajustada al riesgo (Wittendorff, 2016; Pankiv, 2016). En este sentido, la actividad requerida se ajusta a la que tendría una empresa independiente que invirtiera en desarrollo (Wittendorff, 2016; Zuurbier, 2016).

2.2.5. Servicios de bajo valor añadido

Las nuevas reglas se construyen bajo una definición y un listado. Se define un servicio de bajo valor añadido como uno que: a) es de apoyo, b) no es parte del negocio central del GEM, c) no requiere el uso, ni conduce a la creación, de intangibles únicos y valiosos y d) No implica asumir el control, ni da lugar a la creación, de riesgo substancial o significativo.

US adoptó el enfoque simplificado en 2009 y la Unión Europea en 2011. Las reglas de US dejan a discreción del contribuyente el remunerar para cubrir el costo o conforme a ALP. Las reglas de la Unión Europea excluyen los costos de accionistas y proponen un margen de 3% a 10%, a menudo utilizando 5%.

2.2.6. Acuerdos de contribución de costo (Cost contribution arrangements, CCA).

Las nuevas directrices han ajustado significativamente el alcance de los participantes en un CCA, exigiendo que todos los partícipes ejerzan control sobre los riesgos asumidos en virtud del CCA y tengan la capacidad financiera para asumir estos riesgos. La disposición normalmente evitará que las Cash-Box califiquen como participantes. También se exige que todos los que participen en

un CCA se beneficien de su participación, por lo que es imposible desplazar la titularidad hacia un solo miembro (Wittendorff, 2016; Nabben, 2017; Langbein y Fuss, 2018).

Langbein y Fuss (2018) refieren que el requisito de que todos los miembros tengan control directo sobre los riesgos puede ser un estándar casi imposible de cumplir.

3. Posible desarrollo futuro, una mirada a FA.

En la primera parte de este trabajo se planteó una definición dinámica de ALP. En esta sección se examina el posible desarrollo futuro en virtud de tal definición¹¹.

3.1. Renta mundial en residencia (Residence-based worldwide taxation, RBWT)

El enfoque aplicaría el impuesto nacional sobre la renta mundial consolidada y sin postergación, con un crédito completo por los impuestos extranjeros pagados. Es equivalente a tratar a todas las filiales con las reglas de los CFC. RBWT da el derecho primordial al país fuente y elimina el incentivo para desplazar ingresos, ya que todo aquello que no tribute en fuente tributará en residencia. Por la misma razón, también elimina la tentación de que los países de residencia y fuente ofrezcan ventajas fiscales, para retener o atraer inversión (Picciotto, 2017a; Picciotto, 2017c).

¹¹ El Anexo 2 permite apreciar la relevancia actual de la siguiente discusión, se recomienda su lectura

El problema principal del enfoque es definir la residencia corporativa. El lugar de constitución es ineficaz y el lugar de la gerencia central puede ser manipulado. Algunos en US proponen combinar el lugar de residencia de los accionistas con una presunción refutable del lugar de constitución. La acción 3 BEPS discute una propuesta similar (Picciotto, 2017a; Picciotto, 2017c).

3.2. Impuesto al flujo de caja en destino (Destination based cash flow tax, DBCFT)

Esta iniciativa nace de los economistas Auerbach y Devereux. Un DBCFT puro se asemeja más al IVA que al impuesto corporativo, permitiendo deducir, total e inmediatamente, los gastos efectivos e inversiones (Nabben, 2017).

DBCFT es eficiente, porque no grava el trabajo o capital, limitándose a gravar "rentas" o excesos de rentabilidad. Asignar la tributación en destino elimina las consideraciones tributarias de las decisiones de inversión, contratación y comercialización, debido a que las ventajas fiscales solo cubren el consumo local, por lo que los países no tienen incentivos a darlos. Por otra parte, plantea problemas para los ingresos fiscales de los países con mercados de consumo relativamente pequeños (Picciotto, 2017a; Picciotto, 2017c; Schön, 2009). DBCFT favorece el modelo económico exportador, pero elimina la tributación en fuente, esto tiene graves consecuencias en la recaudación para los exportadores de materia prima. Existen medidas para solucionar este inconveniente, pero su examen escapa al propósito de este estudio.

Esta iniciativa puede ser asimilada al impuesto de retención explorado por la acción 1 BEPS¹². Un problema de esta idea se presenta con los bienes intermedios vendidos a terceros, en particular capital, alentando la relocalización de las industrias y compradores a JBNT (Picciotto, 2017a; Picciotto, 2017c).

Durst (2017) propone que las reglas se acomoden para que las autoridades tributarias acepten, sin una auditoría extensiva, la atribución de las ventas, excepto cuando se atribuyan a JBNT, en cuyo caso los contribuyentes estarían obligados a presentar pruebas claras de que los productos y servicios vendidos fueron efectivamente utilizados o consumidos en esos países.

3.3. Impuestos consolidados con prorrateo de FA (Unitary taxation with formulary apportionment, UTWFA)

Esta alternativa proporciona un enfoque integral y normalmente su fórmula involucra tres factores: ventas, activos y trabajo (Ostwal, 2009).

Picciotto, (2017a) y Ostwal, (2009) proponen que la fórmula que se adopte debe equilibrar la producción y consumo. Esto debido a que la inclusión de un factor de ventas frenaría una competencia por reducir la tasa de impuestos. En lo referente al tipo de cambio, se debe diseñar un mecanismo de armonización, sin este la asignación de beneficios se inclinaría hacia la moneda más fuerte (Zuurbier, 2016).

Si no hay coordinación mundial respecto a la fórmula, surge un intercambio entre ingresos fiscales e inversión. Los Estados tendrían que tener en cuenta que

¹² Este tema se discute en el Anexo 2

las empresas poseerían un incentivo para desplazar las actividades intensivas en mano de obra lejos de los países que enfatizan el trabajo en los factores de reparto, alterando la localización de actividades reales. El intercambio ingresos-inversión crearía una base para la convergencia o el acuerdo entre los Estados en la elección de la fórmula, ya que no constituye un juego de suma cero. También el acuerdo es conveniente porque la competencia deja de tener un efecto significativo a largo plazo, ya que los estados competidores adoptan políticas similares (Picciotto, 2017a; Durst, 2017). Una política propuesta para evitar la doble no tributación en el sistema es incluir una regla de "descarte", eliminando del reparto a las jurisdicciones que no imponen impuestos sobre la renta o no tienen jurisdicción para gravar el beneficio global de una empresa integrada (Ostwal, 2009).

El efecto de un cambio a tributación basado en UTWFA, independiente de la fórmula elegida, sería una redistribución sustancial de beneficios desde los GEM hacia la mayoría de los países del mundo. Sólo un puñado de jurisdicciones verían pérdidas significativas de ingresos. El objetivo de la Acción 11 BEPS es establecer una base de datos que permita medir el grado de desalineación de los beneficios frente a la tributación. Esto evaluará la magnitud del problema y permitirá medir el progreso de la iniciativa BEPS en el tiempo (Cobham, Jansky y Loretz, 2017). Esta base de datos tiene también un efecto demostrativo, permitiendo a los países calcular la tributación que enfrentarían de realizar un cambio hacia FA.

3.3.1. Base imponible consolidada común del impuesto corporativo (common consolidated corporate tax base, CCCBT)

El Comité de Expertos Independientes sobre Fiscalidad de Sociedades de la Comunidad Europea, presentó el Informe Ruding, planteando el CCCBT. Dicho informe examina crear un sistema FA. El Comité concluyó que FA requiere un alto nivel de integración¹³.

CCCBT supone varias ventajas: Kroppen, Dawid y Schmidtke (2012) señalan que existen decisiones que no se tomarían bajo un sistema de FA, como el mover funciones, personal y recursos a JBNT. Comentando frente a esto, Runkel (2012) menciona varios estudios que demuestran que FA introduce menores distorsiones económicas que ALP. Kroppen, Dawid y Schmidtke (2012) junto con Durst (2017) añaden que la minimización de costos en las jurisdicciones de FA (auditoría y defensa tributaria) no serían menores. Según los autores, y citan un estudio realizado por Deloitte, el costo para las empresas en Alemania por estos conceptos era en promedio 50% de su carga tributaria global para el año 2010. Los mismos autores mencionan que la Comisión de la Comunidad Europea estimó que los costos de cumplimiento de las empresas están entre el 2% y el 4% de los ingresos fiscales de las grandes empresas, pero dadas las economías de escala, esto conlleva a costos aún mayores para las empresas más pequeñas. El porcentaje de costos está directamente relacionado con el número de jurisdicciones en los que opera la empresa. En contraste, Runkel (2012) refiere la

¹³ El presente estudio no realiza un análisis pormenorizado de la iniciativa, solo se resaltan los puntos más importantes que se relacionan con la adopción. Se invita al interesado a revisar https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/common-consolidated-corporate-tax-base-ccctb_en

experiencia de FA en el mercado interno alemán, con el impuesto municipal (*Gewerbesteuer*), refiriendo los bajos costos y la facilidad para el cumplimiento tributario que dicho impuesto supone. La administración tributaria también enfrentaría menores costos de control. Además, las fusiones transfronterizas no causarían consecuencias fiscales adversas y las compensaciones de las pérdidas transfronterizas se produciría automáticamente. CCCBT terminará de consolidar el mercado común (Zuurbier, 2016), impulsará la atracción de inversiones y permitirá a las pequeñas y medianas empresas expandirse sin mayores costos en toda la unión (Avi-Yonah, 2010).

Gresik (2012) señala que FA logra que las empresas consigan eficiencias de costos importantes, al evitar contratación de comparables externos más costosos y forzar a la implementación de medidas de eficiencia tecnológica, por lo que el modelo favorece la creación de valor y la competitividad, es decir, daría a las empresas europeas ventajas competitivas frente al resto del mundo. A este respecto, Ostwal (2009) se refiere a los desarrollos hechos por *The Hamilton Project*, referentes a la competencia entre países con FA y sin el sistema. Los países con FA dispondrán de una ventaja competitiva frente a aquellos que no lo implementen, debido a que dichas jurisdicciones serán percibidas como un refugio fiscal, en comparación con aquellas fuera del acuerdo, ya que no impondrán nuevos costos de cumplimiento, junto a ello, la tributación estará directamente alineada con el incremento en utilidades logrado por la incorporación de más clientes y ventas, dejando a las administraciones la responsabilidad de decidir la repartición de su carga fiscal. De esta manera, los países de economías pequeñas

y dependientes de atraer inversión tendrán un gran incentivo a sumarse. Avi-Yonah (2010) añade que compañías que operen dentro y fuera del sistema de FA tendrán un incentivo a alocar sus ganancias dentro del sistema FA, dados los menores costos.

4. Implicancias nacionales de las normas y compromisos asumidos

Esta sección se enfoca en dilucidar si la hipótesis del presente estudio es correcta, es decir, si la aplicación de prácticas de tasación comunes en materia local e internacional tendría justificación firme en el derecho, permitiendo cumplir con los compromisos de Chile en materia de derecho tributario sin que esto suponga una vulneración al principio de legalidad.

Esto se realizará abordando las tres preguntas que conforman la hipótesis: ¿Aplicar prácticas de tasación comunes está permitido en virtud de convenios internacionales? ¿Dicha aplicación cumple con el principio de legalidad? ¿La redacción de las dos versiones del artículo 64 lo permite? Responder a estas tres preguntas permitirá aceptar o rechazar el uso de los mismos métodos de tasación para las transacciones nacionales e internacionales.

Se comenzará examinando las obligaciones internacionales que Chile tiene en materia tributaria ante la OCDE y la OMC.

4.1. Compromisos internacionales

4.1.1. El rol del modelo OCDE y sus implicancias en Chile

El Comité de Asuntos Fiscales (*Committee on Fiscal Affairs*, CFA) de la OCDE es una red de funcionarios tributarios que recibe aportes de la comunidad académica y empresarial. Como tal, el CFA es una red transnacional más que una organización supranacional, siendo un foro para crear consenso y no un órgano para crear leyes con las que se espera que sus miembros cumplan. Pero ¿se puede decir que crea "reglas" o incluso "leyes" que obliguen a los Estados? la respuesta podría estar más cerca de ser afirmativa de lo que cabría esperar (Christians, 2007).

La iniciativa para frenar los paraísos fiscales, que comenzó en 2001 antes de BEPS, fue lograda por una serie de informes de progreso que nombraron regímenes considerados dañinos por la OCDE. En esa oportunidad se abogó por sanciones a Estados no cooperativos, tanto miembros y no miembros. Los Estados nombrados debían enfrentarse a medidas defensivas, incluyendo sanciones económicas, dejar de recibir asistencia económica no esencial y otras medidas no tributarias diseñadas para desconectarlos de la red financiera global, en caso de incumplimiento. La OCDE usó "diálogo, consenso, revisión por pares y presión" para desarrollar normas tributarias internacionales. Estas normas se difundieron rápidamente dentro y fuera de los Estados miembros de la OCDE (Christians, 2007).

¿Constituyen estas normas "derecho internacional"? Ciertamente no surgieron en forma de tratado, una de las fuentes, junto con derecho

consuetudinario y principios generales, de los cuales los expertos en derecho internacional reconocen que el derecho emerge (Christians, 2007).

Las orientaciones de la OCDE parecen carecer de la obligación legal general (*opinio juris*) asociada con el derecho consuetudinario. Sin embargo, los Estados se sienten obligados a adherirse a ellas, porque potencialmente ello conlleva consecuencias reales por incumplimiento (Christians, 2007). Nabben (2017), respecto a este punto, refiere que las OCDE TPG tienen un efecto de auto obligatoriedad para los Estados.

En la literatura del derecho internacional, la distinción entre algo que es o no una ley existe dentro de un espectro basado en teorías sobre la obligación. El término "Ley blanda" (*soft law*) describe algunas normas que no constituyen ley, pero que parecen tener efectos muy parecidos a los de una norma legal. El espectro blando se caracterizaría por denotar una práctica generalizada observable, mientras que el duro tendría características de obligación legal. En el caso de la OCDE, el uso de la palabra "Blanda" como una descripción puede ser engañoso, ya que hay "poder real", en el sentido de poder coercitivo, respaldando las normas. Si las iniciativas OCDE tienen "poder real", puede haber una distinción muy pequeña respecto de éstas y una ley (Christians, 2007).

Se debe resaltar que BEPS es más contundente que las anteriores iniciativas de la OCDE, estableciendo tres niveles en forma de "normas mínimas", "recomendaciones" y "mejores prácticas". La OCDE espera que sus 34 Estados miembros, entre los que se encuentra Chile, implementen directamente el primer nivel, (normas mínimas) por legislación y tratado. La organización también

suministra un conjunto específico de recomendaciones de segundo nivel, en forma de un nuevo instrumento multilateral (MLI), del cual Chile es signatario. Paralelamente, se emitieron nuevas OCDE TPG y se desarrolló una nueva versión del Modelo OCDE. Por último, se ha implementado un mecanismo de revisión por pares para vigilar la implementación y cumplimiento de todas las normas mínimas, mientras que otras aparentemente se dejan a la buena fe, pero es muy probable una futura evaluación (Christians, 2016).

El MLI tiene el potencial para alterar permanentemente la arquitectura de las relaciones tributarias internacionales, ya que “modifica” todos los tratados fiscales existentes a la vez. No se trata de un protocolo, sino de un tratado que complementa a los otros. Una posibilidad es que el MLI sea transitorio, hasta que los tratados se modifiquen, sin embargo, lo más probable es que sea ampliado, reemplazando a los tratados bilaterales que modifica (Christians, 2016).

Con los elementos y mecanismos combinados la OCDE está dando a luz un nuevo orden fiscal mundial. El régimen se encamina hacia ser supranacional (Christians, 2016).

4.1.2. Tratados de la OMC involucrados

Reforzando los elementos de “ley blanda” que Chile enfrenta, es importante considerar lo expuesto por Lang, Stack, Charnovitz y Brady (2000) respecto a las obligaciones tributarias que imponen a los Estados los convenios de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en especial: el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (*General Agreement on Tariffs and Trade*,

GATT), el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*, SCM) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (*General Agreement on Trade in Services*, GATS).

El GATT supervisa las políticas comerciales que afectan a las mercancías que son parte del comercio internacional. Los impuestos internos pueden afectar o distorsionar el comercio internacional, por lo que el artículo III (trato nacional sobre fiscalidad interna y reglamentación) prohíbe los impuestos discriminatorios. Los productos del territorio de cualquier parte contratante, importados en el territorio de cualquier otra parte contratante, deben estar sujetas a las mismas cargas fiscales directas o indirectas que los productos nacionales similares. De esta manera se mantiene neutralidad en el mercado respecto a mercancías importadas.

El GATT y GATS contemplan la noción de “Nación más favorecida” (*Most Favored Nation*, MFN) que prohíbe a los gobiernos discriminar de acuerdo con el lugar de producción o el destino de los productos. El artículo I establece que toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedida por cualquier parte contratante a algún producto será concedido de forma inmediata e incondicional al producto similar originario o destinado a los territorios de todas las demás partes contratantes. Esta cláusula no distingue si los productos son importados o exportados. Esto se complementa con el párrafo 4 del artículo XVI, que prohíbe conceder subvenciones para cualquier producto, permitiendo que tenga un precio inferior al precio que se cobra por productos similares en su mercado interno. Por último, el GATT estipula que las normas fiscales de un estado miembro deben alinearse para ser consistentes con los convenios de la OMC.

Por su parte, el SCM contiene normas relativas a las subvenciones gubernamentales y a la imposición de derechos compensatorios contra dichas subvenciones. El Acuerdo SMC tiene por objeto desarrollar plenamente las disposiciones del GATT, relativas a los derechos compensatorios, las subvenciones y la solución de controversias. A diferencia del GATT, el acuerdo SMC proporciona una definición específica del término “subvención”, que incluye los ingresos del gobierno (impuestos) que serían pagaderos, pero que se prevé no se recaudarán (por ejemplo, incentivos fiscales como créditos fiscales).

Específicamente, el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC contiene la definición de subvenciones. Los impuestos directos se encuentran comprendidos en la definición de subvención como la exención, remisión o aplazamiento total o parcial de impuestos directos o de las cargas de bienestar social pagados o pagaderos por empresas industriales o comerciales. Este artículo en su nota 59 dispone que los miembros de la OMC reafirman que los precios de las mercancías en las transacciones entre las empresas exportadoras y los compradores extranjeros bajo control común (empresas relacionadas) deben, para efectos fiscales, tener precios ALP. La disposición continúa diciendo que los gobiernos normalmente intentarán resolver sus diferencias en ALP utilizando los tratados bilaterales existentes u otros mecanismos internacionales, pero señala que esto es sin perjuicio de los derechos del GATT. De esta manera, al aplicar en los mercados internos una norma no compatible con ALP daría lugar a una infracción de los Acuerdos OMC, y permitiría el uso del mecanismo de solución de controversias de la OMC, ya que otro estándar se entendería como una

subvención, teniendo un Estado contratante derecho a impugnar las leyes del Estado demandado.

4.2. Principio de legalidad

Debemos construir un marco para entender el principio de legalidad en materia tributaria. Meza e Ibaceta (2004), refieren que el contenido del artículo 7° de la Constitución Política es de vital importancia para comprender el significado real del principio de legalidad, pues plasma en esta norma todas las condiciones y exigencias básicas de validez de los actos de los órganos del Estado. En este sentido, la actuación de los órganos del Estado debe realizarse a través de un acto que persiga el fin señalado por la ley, luego, si la finalidad perseguida por el acto es otra que la señalada en la norma, no será legal.

Esto es afirmado por los autores citados y refieren que en sentencia rol 19 del Excelentísimo Tribunal Constitucional, de fecha 13 de Septiembre de 1983, señala el considerando 9°: “Que el artículo 1° de la Carta Fundamental es de un profundo y rico contenido doctrinario, que refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional”. Agrega que “El inciso final de este artículo 1° expresa: “Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”. Más tarde señala: “El objeto de este precepto es destacar algunas de las funciones más relevantes que debe ejecutar el Estado en procura

de obtener su finalidad básica, cual es “promover el bien común”, concepto este último que define el inciso cuarto del mismo precepto como el conjunto “de las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. Finaliza el comentado considerando: “Este y no otro es, en esencia, el contenido y alcance del inciso final del artículo 1° de la Carta Fundamental. En consecuencia, no cabe duda que, conforme a este precepto, los titulares e integrantes de los órganos del Estado deben realizar estas funciones básicas a fin de alcanzar la finalidad suprema, el bien común”; que en el cumplimiento de su misión deben actuar con la debida “prudencia, equidad y mesura” que las circunstancias aconsejen, también resulta indubitable; pero que bajo su amparo se pretenda crear inhabilidades que el constituyente no ha establecido, directa o indirectamente, resulta inaceptable, porque con ello no solo se infringe el sentido de la norma en estudio, sino, además, se altera el sistema de responsabilidades de dichos titulares e integrantes de los órganos del Estado estructurado por la Constitución”.

De esta manera, los actos no pueden desconocer en su actuar el inciso 1° del número 20 del artículo 19 de la Carta Fundamental, la cual prescribe “La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas...En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos”. A su vez, señala el artículo 19 número 26 de la Constitución Política de la República que: “La constitución asegura a todas las personas: 26°. La seguridad de que los

preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que permitan su libre ejercicio”. Por lo que las cargas tributarias se encuentran sometidas a la garantía de igualdad ante la ley que recoge el N°2 del mismo artículo 19 interpretado a la luz del N° 20 del artículo 19 ya comentado, esta es la manera de obrar resguardando la igualdad ante la ley establecida en el N°26 del artículo 19.

Este marco normativo permite afirmar que un acto del estado se debe medir, junto con lo señalado en la literalidad de la ley, con el hecho de que la norma permita que a igual proporción de rentas y/o situaciones se impongan iguales cargas y tributos, permitiendo que todos, ante las mismas condiciones sociales, logren su mayor realización espiritual y material posible, al participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Tal afirmación también se encuentra respaldada por la sentencia Rol 16.293 de 1992 de la Corte Suprema de Justicia, referida por Meza e Ibaceta (2004), que en su considerando 8° puntualiza que el cumplimiento de ello “asegura la debida confianza de que el tributo o gabela que se imponga a los servicios, concesiones o permisos, que es la materia que ahora interesa, guarde la debida relación equitativa con tales servicios, concesiones o permisos, sobre la base de pautas permanentes e inequívocas, como una forma de respetar el principio básico de igualdad ante la ley e igual repartición de los tributos, tal como este último principio aparece concebido en el artículo 19 N°20 inciso 1°, manteniendo dentro de ciertos

márgenes relativos el equilibrio necesario para tratar de que en situaciones iguales, las cargas o el sacrificio del tributario sean también semejantes” . De esta manera el principio de legalidad tributaria abarca dentro de si el principio de proporcionalidad tributaria.

Meza e Ibaceta (2004) complementan dicho marco normativo con los límites formales, denotando en esa frase el principio de reserva legal, que establece que es la ley la que debe definir los hechos, el objeto, el sujeto pasivo y la cantidad de la obligación tributaria.

Este límite formal, en relación con el artículo 64, a nuestro juicio, puede ser entendido de la siguiente manera dentro del contexto de la norma actual¹⁴:

- El precio o valor asignado al objeto de la enajenación debe servir de base a un impuesto, o
- El precio o valor asignado al objeto de la enajenación debe ser uno de los elementos para determinar un impuesto
- El precio o valor asignado debe ser notoriamente inferior a los corrientes en plaza o de los que normalmente se cobren en convenciones de similar naturaleza
- Se deben considerar las circunstancias en que se realiza la operación

En cuanto a los primeros dos puntos, es el impuesto, cualquiera que éste fuere, el que debe cumplir con establecer como un elemento (o el todo) de la conformación de su base al precio de una enajenación.

14 Véase Anexo 3 para texto de la norma

El tercer punto nos plantea un requisito de utilización de valor referencial, frente a las condiciones que normalmente rodean a este tipo de operaciones, en este sentido no estamos frente a una fijación de precios por ley, sino que al requisito de utilizar un mecanismo que asegure la conexión del valor con aquel mercado operativo que sirve de marco para la operación que se tasa.

El último requisito es que dicha referencia al mercado debe considerar en su construcción las circunstancias específicas que rodean a la operación, es decir, no se trata de un valor de mercado que no pueda conectarse con la operatoria y características propias de los actores involucrados en la transacción, sin que el lenguaje utilizado limite de manera alguna las consideraciones a incluir. A este respecto es importante vislumbrar que se trata de un valor adaptado a la realidad de las partes de la transacción, en otras palabras, ALP tal como se definió a nivel internacional.

En cuanto a la propuesta de modernización, encontramos condiciones similares¹⁵

- El precio o valor asignado al objeto de la enajenación debe servir de base a un impuesto, o
- El precio o valor asignado al objeto de la enajenación debe ser uno de los elementos para determinar un impuesto
- El precio o valor asignado debe diferir notoriamente de los precios o valores normales de mercado que hayan o habrían acordado partes no relacionadas

15 Véase Anexo 3 para texto de la norma

- Se deben considerar las circunstancias en que se realiza la operación, tales como las características de las industrias, sectores o segmentos relevantes, las funciones asumidas por las partes, las características específicas de los bienes o servicios contratados y de las partes contratantes, así como también cualquier otra circunstancia relevante.

Los primeros dos puntos no varían respecto a la normativa actual.

Puede verse que en este caso el tercer requisito se abre a la posibilidad no solo de ir al mercado, sino de realizar una construcción teórica que permita establecer lo que resultaría de la existencia de tal mercado. En este sentido, la norma establece que *“Para efectos de justificar el precio o valor respectivo, el contribuyente podrá aplicar cualquier método de valoración basado en técnicas de general aceptación”* lo que respalda que no haya limitación en cuanto al modo de realizar la tasación, ya sea utilizando un mercado real o hipotético, trasladando a su vez la carga de la prueba de valores “de mercado” al contribuyente.

El último requisito es que dicha referencia al mercado debe considerar en su construcción las circunstancias específicas que rodean a la operación. No se aprecia cambio en este punto respecto a la normativa actual, más allá de establecer circunstancias mínimas a considerar. Ambas normativas en este punto darían pie a reestructurar la operación, siendo la propuesta un texto más claro a este respecto.

Es importante notar la conexión conceptual que existe entre las exigencias de referencia al mercado y las exigencias que respecto a los contratos realiza el Título XIII del Código Civil, que versa sobre la interpretación de los contratos. Especialmente los artículos 1560 “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras” junto con el artículo 1564. “Las cláusulas de un contrato se interpretarán [...] por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra.” Estas disposiciones conforman lo que doctrinariamente se denomina “regla de la conducta” y llega al efecto de poder suprimir, modificar o complementar cláusulas expresas de un contrato.

Podemos ver que en virtud de esta normativa lo que interesa en materia de contratos y mercado es la realidad que sustenta a la transacción. Para construir (o validar) un determinado precio como de mercado no basta presentar un contrato, el trasfondo debe reflejar la participación, intención y conducta de las partes.

La interacción de ambas normativas es innegable, una busca aclarar el mercado real (o hipotético) y las condiciones reales que afectan a las partes, la otra busca las manifestaciones factuales que tal mercado y circunstancias producen. Es evidente que no se puede llegar a establecer el mercado o las circunstancias sino a través de observar la realidad de la transacción realizada, es decir sus manifestaciones factuales (como serían el producto o servicio transado, quién es la parte enajenante, el lugar de la transacción, etc.) y en caso de que los contratos no se ajusten puede existir posibilidad de reestructurar según el Código Civil, reconociendo las reglas que impone para reestructurar ese cuerpo legal.

Esto crea un vínculo estrecho entre las tasaciones y el paradigma de substancia sobre forma. Estimamos que no puede ser de otro modo, lo expuesto anteriormente, respecto a la equidad como elemento integrante del principio de legalidad, necesariamente lleva a concluir que una tasación que cumple con la igual repartición de las cargas públicas, salvaguardando así los derechos de los contribuyentes, debe necesariamente establecer una eventual desviación entre la tributación que tendrían la generalidad de los partícipes de mercado, ante hechos y circunstancias similares, y la que enfrentan las partes de la operación tasada, dando origen a correcciones de existir una desviación.

Tal línea de razonamiento lleva a crear un segundo vínculo con las disposiciones del artículo 4° bis del CT, donde se estipula que *“Las obligaciones tributarias...nacerán y se harán exigibles con arreglo a la naturaleza jurídica de los hechos, actos o negocios realizados, **cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado**, y prescindiendo de los vicios o defectos que pudieran afectarles”*.

En virtud de tal vínculo la operatoria apegada a derecho sugiere que, en aquellos casos en que la forma elegida por las partes impida que se pueda utilizar algún método de tasación, y que la reestructuración no se realice por aplicación del Código Civil, se debe remitir la transacción a las disposiciones del artículo 4 bis del CT, de manera de resolver el caso bajo las exigencias del principio de legalidad, no existiendo incompatibilidades entre ambas normativas.

Basados en los argumentos presentados podemos concluir que las actuaciones bajo la norma serán legales si equilibran las condiciones entre actores

dentro de la economía, no dando ventajas impositivas a unos frente a otros, todo ello bajo las reglas que la normativa en concreto establece para su aplicación.

En este sentido, los compromisos de Chile en el marco de la OCDE y la ONU estarían apuntando a resguardar el mismo interés que busca el marco del principio de legalidad, a saber, la no discriminación entre los contribuyentes nacionales y extranjeros, ante las mismas situaciones económicas y mismos actos de comercio, previendo un mecanismo claro que evite arbitrariedades en la determinación de los tributos y asegure igual repartición de las cargas públicas, al tiempo que obliga a considerar modos de llevar a la práctica que tengan relación específica con las circunstancias de los actores y el mercado, ya sea real o de manera teórica, en el caso de la propuesta de modernización tributaria.

4.3. Análisis textual del artículo 64 del CT

4.3.1. Análisis del texto de la propuesta

El artículo 64 del Código Tributario, en su parte relevante al presente trabajo, sufre reformas aclaratorias, en virtud del proyecto de modernización tributaria.¹⁶

Las modificaciones eliminan la terminología “valor corriente en plaza” reemplazándola por la frase “valor de mercado”. Este cambio podría significar que estamos frente a un valor conceptual objetivo, basado en el mercado, en contraste con un valor subjetivo, específico para la compañía, concordante este último con ALP, tal como se analizó en la primera parte de este trabajo. Sin embargo,

¹⁶ Para ver los textos actuales y propuestos véase el Anexo 3

nosotros estimamos que dicho término es aclarado por las menciones que amplían este primer párrafo y que estipulan considerar “*las circunstancias en que se realiza la operación, tales como las características de las industrias, sectores o segmentos relevantes, las funciones asumidas por las partes, las características específicas de los bienes o servicios contratados y de las partes contratantes, así como también cualquier otra circunstancia relevante.*” De esta manera, podemos ver que el significado de “valor de mercado” no es objetivo sino subjetivo y estaría en conformidad con el concepto de ALP. De hecho, son altamente reveladoras, para llegar a dicha conclusión, las menciones como: las características de la industria, las características de las partes y las funciones asumidas, todos términos que evocan directamente las recomendaciones de las OCDE respecto a TP en el contexto BEPS y que se relacionan directamente con el principio de substancia sobre forma, reflejado en el análisis de la cadena de valor y método DEMPE.

El especificar que se puede utilizar cualquier método de valoración reforzaría la conclusión anterior. El adoptar cualquier método es equivalente a la regla del “mejor método” que se encuentra recogida a nivel internacional para TP, ya que es solo esa elección la que permite incluir con plenitud las circunstancias de la operación. La posibilidad de incluir las valoraciones financieras, una de las novedades de las nuevas OCDE TPG, estaría completamente respaldada por dicha redacción, por lo que es posible realizar una valoración completa bajo ALP. Al considerar que el inciso tercero modificado apunta al concepto de ALP, cabe la

duda de si las presunciones establecidas suponen alguna restricción o desviación. Esto se analiza a continuación.

La primera presunción establece que se debe llegar a “valores normales de mercado”. Ya al haber definido “valor de mercado” la inclusión del adjetivo “normales” podría suponer un cambio. Nosotros consideramos que no habría base para ello, debido a que “normal” se refiere, según la RAE, en su primera acepción a “su estado natural”, lo que equivale a referirse a lo que cabría esperarse de ser una transacción que tuviera las motivaciones y características que “habitual u ordinariamente” (utilizando la segunda acepción) partes no relacionadas tendrían, por lo que surgiría naturalmente este tipo de intercambios. De hecho, la posibilidad de que el Servicio pueda desestimar dicha operación indica que esta es la interpretación adecuada, ya que las únicas formas de demostrar que no se trata de una operación normal es presentar pruebas de que actores, en el curso habitual de operaciones, no hubiesen llegado al resultado de dicha transacción, punto que es el objeto del paradigma de substancia sobre forma que ALP incorpora y conclusión totalmente consistente con la definición propuesta de ALP en este estudio.

La segunda presunción apunta directamente a casos en que las guías de TP recomendarían aplicar CUP, como es el caso de los *commodity*. Por lo que esta segunda presunción estaría de acuerdo con la normativa internacional estudiada.

Las operaciones de financiamiento entre partes relacionadas tienen dos vertientes: para una persona natural, sin el giro asociado y sin activos en su EI, no

se establece interés. El análisis en este caso considera que una persona natural, que no es del giro, ordinariamente no supone contribución de funciones y no ejerce control sobre el riesgo, en los términos que establecen las guías para las actividades de financiación, por lo que no tendría derecho a utilidades por sobre una tasa libre de riesgo. Por esta razón, la disposición no estaría completamente alineada, aunque no incumpliría de manera directa con las recomendaciones ALP bajo BEPS, ya que las guías establecen un máximo, no un mínimo.

Para el caso de que dicho préstamo se realice por una persona con contabilidad completa y esté soportado por financiamiento de una institución financiera, se establecen remuneraciones “normales de mercado”. Como se vio, dicha definición estaría aplicando las guías de TP, para lo cual las funciones realizadas darían pie a poder aplicar los “cargos financieros” asociados a sus “operaciones” pudiendo obtener utilidad por dichas operaciones. Se debe observar que la redacción enfatiza, una vez más, la frase “normal de mercado” al finalizar este párrafo y hace la aclaración que se trata de aquella que habrían establecido partes no relacionadas, por lo que hace referencia, a lo dispuesto en el párrafo de definición y estaría aplicando todas las normativas que resultan en ALP.

La inclusión específica de un conjunto de normas especiales para los grupos empresariales parece substancialmente relevante. El hecho de que existen normas específicas resalta que lo visto hasta el momento tiene aplicación general para todos los contribuyentes, por lo que la normativa general, a nivel local, quedaría completamente capturada bajo el principio ALP, siendo este el centro que informa que la normativa tributaria debe verse bajo un foco de substancia

sobre forma. De acuerdo a lo visto en el principio de legalidad, estaríamos frente a una norma general anti-elusiva, apoyada en su implementación por el artículo 4 bis.

La norma especial, en el nuevo apartado B, no desestiman ALP, sino que viene a reforzarlo. El articulado propuesto en la reforma estipula que los resultados tributarios deben ser analizados en el conjunto del grupo empresarial, y no por separado, abriendo un solo procedimiento integral para todos los actores involucrados. Este procedimiento debe tener una perspectiva completa, desestimando el uso de métodos unidireccionales. Como elementos de la fiscalización, la presunción establecida es reveladora, se debe conformar a la *“prestación de dichos servicios o funciones más una utilidad”* por lo que nos encontraríamos frente a las exigencias de funciones, activos y riesgos del principio ALP, esto es confirmado al deber considerar *“las circunstancias en que se realiza la operación”* lo que invita a enmarcar la evaluación dentro de los parámetros del inciso de definición, que aclara el alcance que dicha frase tiene. Remarcando dicha posición, encontramos la mención de la expresión *“que hayan o habrían acordado partes no relacionadas”* por lo que el artículo no da lugar a dudas de que se está refiriendo a lo establecido al principio en su etapa definitoria, exigiendo por tanto un examen integral, tal como estipula la nueva metodología internacional.

Es importante notar también que la propuesta establece *“que considerará las diferentes partidas de manera integral y consistente”*, lo que parecería dejar la puerta abierta al mecanismo para evitar la doble tributación económica, que contempla el ALP según la norma internacional, lo que sería consistente con la

internación de dicho principio al derecho interno. Quedando dicho uso solo limitado por la forma de implementación que el Servicio desarrollará al respecto, de ser aceptada dicha redacción por el Congreso.

Por último, se estima pertinente mencionar la disposición referente a la necesidad de solo presentar un “contrato marco” junto a la contabilidad. Esta mención a nuestro juicio se conformaría con el principio de substancia sobre forma, donde es la real conducta de las partes la que determina la operación y no la especificación que pueda contener un contrato, tal como se vio en el apartado que examina el principio de legalidad.

4.3.2. Análisis del texto vigente

El texto del artículo vigente, a la fecha de escritura de este trabajo, también se encontraría, a nuestro juicio, obligado a respetar las disposiciones del Código Civil y mantiene la misma interacción con el artículo 4 bis notada en el principio de legalidad. Esto teñiría las transacciones contractuales bajo un paradigma de substancia sobre forma, en donde la real conducta es lo que se debe dilucidar, sea que exista contrato o no, logrando equilibrio de equidad entre la tributación de entidades locales y extranjeras ante un hecho similar. Es importante tener en cuenta este punto para la operatoria de la tasación.

El valor corriente en plaza o el de similar naturaleza, al que hace referencia la norma vigente, tiene la particularidad de ser una expresión que apunta a una ubicación geográfica específica. Como tal, incorpora las particularidades del lugar en donde se realiza la operación, es decir, los actores y transacciones relevantes

de dicho lugar y su contexto. Esta interpretación es respaldada por la obligación de considerar “*las circunstancias en que se realiza la operación*”.

Como tal, no se aprecia ninguna restricción textual que limite a aplicar las normas ALP, ya que la aclaración del término del texto propuesto se encontraría recogido por dicha expresión, no cambiando su sentido. De hecho, la norma para bienes inmuebles parece ser mucho más restrictiva, no solo exigiendo locación, sino materialidad y prestaciones. El contraste parece importante para ilustrar que la norma vigente es amplia y leerla en un sentido restringido no se condice ni con el objetivo del artículo dentro de la ley ni con la redacción que presenta.

La obligación de la norma vigente de que el valor pactado sea “*notoriamente inferior*” restringiría, no el análisis de tasación sino los casos en que dicho análisis puede ser utilizado por el Servicio. Como tal, no parece coherente que considerar las circunstancias de la operación se vea limitado a un rango de aquellas circunstancias impuestas por una de las partes, ya que carecería de sentido esta limitación para poder interpretar adecuadamente el marco en que la operación se realiza y lo que entienden las partes de un contrato, según estipulan los artículos 1560 y 1564 del Código Civil¹⁷. Por lo tanto, un análisis completo solo podría aplicarse para corregir al vendedor, en el caso de que éste no se conforme a lo que cabría esperar en una operación ALP.

Por último, es importante considerar la evolución futura de la norma. Tal como vimos, en el análisis integral en el caso de la propuesta, ésta permitiría aplicar la metodología unitaria y el mecanismo de compensación, al considerar

¹⁷ Artículos citados en la sección que desarrolla el principio de legalidad

“las diferentes partidas de manera integral y consistente”. Para partes no relacionadas, las prescripciones de FA no serían relevantes.

De persistir el texto vigente no sería posible, ya que no existe forma legal de cambiar los efectos tributarios de la transacción para ambas partes basado en el artículo 64.

5. Conclusiones de la segunda sección

Como resultado del estudio se puede concluir:

1. La regla de sustancia sobre forma que integra el nuevo concepto de ALP supone realizar una construcción hipotética de las transacciones, donde las características de las partes relacionadas se construyen según lo harían partes independientes, considerando las alternativas a la transacción que tienen ambas partes. En tal sentido se trata de un análisis bidireccional
2. La definición de ALP propuesta, como el resultado al que dos entidades de un grupo empresarial llegarían si sus aportes individuales se dieran en un contexto de negociación entre entidades independientes, es plenamente concordante con el análisis de especialistas internacionales presentado
3. BEPS da inicio a un modelo de tributación internacional en transición. El resultado final más probable es que se imponga un modelo FA a nivel mundial. De las tres alternativas de FA exploradas, el modelo UTWFA es el candidato más probable para ser implementado
4. El principio de legalidad aplicable al artículo 64 consiste en el resguardar que no exista discriminación entre los contribuyentes nacionales y

extranjeros, asegurando que, ante las mismas situaciones económicas y mismos actos de comercio, se asegure la igual repartición de las cargas públicas, previendo para ello un mecanismo claro que evite arbitrariedades en la determinación de los tributos e incorporando para su aplicación práctica al artículo 4 bis CT de ser necesario. En tal sentido, prácticas de tasación comunes son plenamente compatibles con el principio, existiendo capacidad de reestructurar transacciones nacionales

5. El utilizar métodos de tasación común en materia local e internacional si permite cumplir los compromisos que ha asumido Chile, como miembro de la OCDE y firmante de la OMC, en materia de derecho tributario. Este cumplimiento se integra plenamente con el principio de legalidad bajo los postulados del ALP (FA) bajo la actual (futura) normativa OCDE
6. Tanto el texto del artículo 64 actual como el propuesto permiten aplicar para las tasaciones nacionales la normativa internacional, sin embargo, el texto actual limita esta aplicación a casos de valor “notoriamente inferior”, mientras que tal restricción se elimina en la propuesta. Respecto de la posible evolución, solo el texto de la propuesta permite aplicación de un modelo UTWFA o similar
7. De esta manera se logra confirmar la hipótesis de que la aplicación de prácticas de tasación comunes en materia local e internacional tendría justificación firme en el derecho, permitiendo cumplir con los compromisos asumidos por Chile en el ámbito internacional, sin que esto suponga una vulneración al principio de legalidad

Bibliografía

Libros

Bernedo, P., (2013). Historia de la libre competencia en Chile 1959-2010. Santiago: Fiscalía Nacional Económica. Disponible en http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/Historia_libre_competencia.pdf. Visitado 15/01/2019

IFRS Foundation, (2018) Traducción al español de las Normas Internacionales de Información Financiera Ilustradas Parte A, Normas requeridas para los periodos contables que comiencen el 1 de enero de 2018, excluyendo cambios no requeridos todavía. IFRS Foundation Publications Department, London. United Kingdom.

Keat, P. G., y Young, P. K. (2004). Economía de empresa. Pearson Educación.

Meza, B., e Ibaceta, D., (2004) El principio constitucional de legalidad en materia tributaria, Cuadernos Del Tribunal Constitucional, LOM Ediciones, Santiago de Chile.

OECD (2018), Tax Challenges Arising from Digitalisation - Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>

Torres, O., (1952), Crisis del sistema Tributario Chileno. Editorial Bustos y Letelier, Santiago de Chile.

Vergara, G., (2016) Norma Antielusiva general, Editorial Libromar, primera edición, Santiago de Chile

Capítulos de libros

Arnold, B., (2017) The Role Of A General Anti-Avoidance Rule In Protecting The Tax Base Of Developing Countries. In: United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries, Second Edition, New York, United Nations, Disponible en: <http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2017/08/handbook-tax-base-second-edition.pdf>. Visitado 25/09/2018

Avi-Yonah, R., y Pougá, Z., (2017). Formulary Apportionment and International Tax Rules In: Taxing multinational enterprises as unitary firms. Institute of Development Studies, International Centre for Tax and Development https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/bitstream/handle/123456789/12851/Taxing%20Multinational%20Enterprises_Br1497_4b.pdf

Clausing, K., (2017). Lessons For International Tax Reform From The US State Experience Under Formulary Apportionment. In: Taxing multinational enterprises as unitary firms. Institute of Development Studies, International Centre for Tax and

Development https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/bitstream/handle/123456789/12851/Taxing%20Multinational%20Enterprises_Br1497_4b.pdf

Cobham, A., Jansky, P., y Loretz, S., (2017). Key Findings From Global Analyses Of Multinational Profit Misalignment. In: Taxing multinational enterprises as unitary firms. Institute of Development Studies, International Centre for Tax and Development https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/bitstream/handle/123456789/12851/Taxing%20Multinational%20Enterprises_Br1497_4b.pdf

Dayle, E., Picciotto, S., Mintz, J., y Sawyerr, A., (2017). Unitary Taxation In The Extractive Industry Sector. In: Taxing multinational enterprises as unitary firms. Institute of Development Studies, International Centre for Tax and Development https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/bitstream/handle/123456789/12851/Taxing%20Multinational%20Enterprises_Br1497_4b.pdf

Dayle, E., Nalukwago, M., y Pereira, M., (2017). Lessons From Existing Subnational Unitary And Formulary Apportionment Approaches for a Regional Transition To Unitary Taxation. In: Taxing multinational enterprises as unitary firms. Institute of Development Studies, International Centre for Tax and Development https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/bitstream/handle/123456789/12851/Taxing%20Multinational%20Enterprises_Br1497_4b.pdf

Durst, M. (2017). A Practical Approach to a Transition to Formulary Apportionment. In: Taxing multinational enterprises as unitary firms. Institute of Development Studies, International Centre for Tax and Development. Disponible en https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/bitstream/handle/123456789/12851/Taxing%20Multinational%20Enterprises_Br1497_4b.pdf

Eden, L., (1998). Taxing multinationals: Transfer pricing and corporate income taxation in North America. University of Toronto Press. Chapter 21, Disponible en <http://www.voxprof.com/eden/TRANSFERPRICING/Eden-OHIB2-Ch21.pdf>. Visitado 07/09/2018

Eden, L. (2016) The Arm's Length Standard: Making It Work in a 21st Century, World of Multinationals and Nation States. Thomas Pogge and Krishen Mehta, editors. Global Tax Fairness. Oxford University Press. Disponible en <http://www.voxprof.com/eden/TRANSFERPRICING/Eden-Pogge-book-chapter-2014-03-31.pdf>. Visitado 07/09/2018

European Union, (2017) Working Paper No 71, Aggressive tax planning indicators Final Report. Publications Office of the European Union, Luxembourg. Disponible en https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/taxation_papers_71_atp_.pdf. Visitado 04/12/2018

Financial Accounting Standards Board, (2010). Statement of Financial Accounting Standards No. 157 Fair Value Measurements. Financial Accounting Foundation. Disponible en https://www.fasb.org/pdf/aop_FAS157.pdf. Visitado 21/11/2018

Gonnet, S., (2016) Risks Redefined in Transfer Pricing Post-BEPS, in Lang M., Storck A, Petruzzi R, Transfer Pricing in a Post-BEPS World, Kluwer Law International B.V., The Netherlands

Gresik, T., (2012) Assessing the Normative Differences Between Formula Apportionment and Separate Accounting. In: Schön W., Konrad K. (eds) Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics. MPI Studies in Tax Law and Public Finance, Vol 1. Springer, Berlin, Heidelberg

Kroppen, H., Dawid, R., y Schmidtke, R., (2012). Profit Split, the Future of Transfer Pricing? Arm's Length Principle and Formulary Apportionment Revisited from a Theoretical and a Practical Perspective. In: Schön W., Konrad K. (eds) Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics. MPI Studies in Tax Law and Public Finance, Vol 1. Springer, Berlin, Heidelberg

Li, J., (2014). Protecting the Tax Base in a Digital Economy. Papers on Selected Topics in Protecting the Tax Base of Developing Countries, Paper No. 9, United Nations, Department of Economic and Social Affairs. Disponible en http://www.un.org/esa/ffd/tax/2014TBP/Paper9_Li.pdf. Visitado 19/09/2018

Murphy, R., y Sikka, P., (2017). Unitary Taxation: The Tax Base And The Role Of Accounting. In: Taxing multinational enterprises as unitary firms. Institute of Development Studies, International Centre for Tax and Development . Disponible en https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/bitstream/handle/123456789/12851/Taxing%20Multinational%20Enterprises_Br1497_4b.pdf

Picciotto, S. (2017b). The Current Context And A Little History. In: Taxing multinational enterprises as unitary firms. Institute of Development Studies, International Centre for Tax and Development https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/bitstream/handle/123456789/12851/Taxing%20Multinational%20Enterprises_Br1497_4b.pdf

Picciotto, S. (2017c). Unitary Alternatives and Formulary Appointment. In: Taxing multinational enterprises as unitary firms. Institute of Development Studies, International Centre for Tax and Development https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/bitstream/handle/123456789/12851/Taxing%20Multinational%20Enterprises_Br1497_4b.pdf

Runkel, M., (2012) In Favor of Formulary Apportionment A Comment on Kroppen/ Dawid/Schmidtke: "Profit Split, the Future of Transfer Pricing? Arm's Length Principle and Formulary Apportionment Revisited from a Theoretical and a Practical Perspective". In: Schön W., Konrad K. (eds) Fundamentals of International Transfer Pricing In Law and Economics. MPI Studies In Tax Law and Public Finance, vol 1. Springer, Berlin, Heidelberg

Sadiq, K., (2017). Unitary Taxation Of The Finance Sector In: Taxing multinational enterprises as unitary firms. Institute of Development Studies, International Centre for Tax and Development. Disponible en https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/bitstream/handle/123456789/12851/Taxing%20Multinational%20Enterprises_Br1497_4b.pdf

Artículos de revistas

- Alamuddin, D., Nemirov, B., Georgijew, I., Lobb, A., Shapiro, A., y Tabart, M., (2014). "Arm's Length Standard. OECD Release on Intangibles: Many Issues Unanswered". Deloitte. Global Transfer Pricing. Disponible en https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ru/Documents/tax/dtt_tax_armslengthstandard_140921.pdf. Visitado 08/08/2018
- Aldunate, E., (2010). "La Posición De Los Tratados Internacionales En El Sistema De Fuentes Del Ordenamiento Jurídico Chileno A La Luz Del Derecho Positivo". *Ius et Praxis*, 16(2), 185-210. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000200007>. Visitado 19/11/2018
- Arnold, B., y McDonnell, T., (1993), "Report on the Invitational Conference on Transfer Pricing: the Allocation of Income and Expenses among Countries", *Canadian Tax Journal* 41(5), 899. Disponible en http://www.ctf.ca/ctfweb/en/publications/ctj_contents/1993ctj5.aspx. Visitado 17/09/2018
- Austin, S., Chakravarty, A., Ghosh, S., Plunkett, R., Shapiro, A., y Tietjen, C., (2014). "Arm's Length Standard. OECD Release on Transfer Pricing Documentation: The New Global Standard". Deloitte. Global Transfer Pricing. Disponible en https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ru/Documents/tax/dtt_tax_armslengthstandard_140921.pdf. Visitado 08/08/2018
- Avi-Yonah, R., (2010). "Between formulary apportionment and the OECD guidelines: a proposal for reconciliation". *Tax J.* 2(1), 3-18, Disponible en <http://repositorio.law.umich.edu/cgl/vlewcontent.cgi?article=2179&context=articles>. Visitado 07/09/2018
- Avi-Yonah, R., y Xu, H., (2017) "Evaluating BEPS", *Erasmus L. Rev.*, 10, 3. Disponible en <http://hn3.giga-lib.com/HOL/PDFsearchable?handle=hein.journals/erasmus10&collection=journals§ion=6&id=&print=section§ioncount=1&ext=.pdf&nocover=>. Visitado 18/09/2018
- Bottom, W., (2003). "Keynes' attack on the Versailles Treaty: An early investigation of the consequences of bounded rationality, framing, and cognitive illusions". *International Negotiation*, 8(2), 367-402. Disponible en https://www.researchgate.net/profile/William_Bottom2/publication/228432066_Versailles_Treaty_Keynes_Attack_on_the_Versailles_Treaty_A_Study_of_the_Consequences_of_Bounded_Rationality_Framing_and_Cognitive_Illusions/links/5453a0010cf2bccc490b1e50/Versailles-Treaty-Keynes-Attack-on-the-Versailles-Treaty-A-Study-of-the-Consequences-of-Bounded-Rationality-Framing-and-Cognitive-Illusions.pdf. Visitado 14/11/2018

Bravo, J. (2006). "La elusión, el fraude a la ley tributaria y el segundo párrafo de la norma VIII del título preliminar del Código Tributario". *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 44, 143-153. Disponible en www.ipdt.org/editor/docs/04_Rev44_JBC.pdf. Visitado 02/08/2018

Bundgaard, J., (2016). "EU Initiatives Regarding Aggressive Tax Planning". *Danmarks Skatteadvokater*. Disponible en <http://corit-academic.org/wp-content/uploads/2011/12/EU-Initiatives-Regarding-Aggressive-Tax-Planning.pdf>. Visitado 07/08/2018

Christians, A., (2007). "Hard Law, Soft Law, and International Taxation". *Wls. Int'l LJ*, 25, 325. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=988782>. Visitado 13/09/2018

Christians, A. (2016). "BEPS and the new international tax order". *Brigham Young University Law Review*, 2016(6), 1603-1646. Disponible en <https://search-proquest-com.uchile.idm.oclc.org/docview/1895904870?accountid=14621>. Visitado 18/09/2018

Cobham, A., y Jansky, P. (2017). "Measuring misalignment: The location of US multinationals' economic activity versus the location of their profits". *Development Policy Review*. Disponible en <https://www.researchgate.net/publication/318217350>. Visitado 07/09/2018

Cockfield, A., (2004). "Formulary Taxation Versus the Arm's-Length Principle: The Battle Among Doubting Thomases, Purists, and Pragmatists". *Canadian Tax Journal*, 52(1), 114. Disponible en <https://staging.fcf-ctf.ca/ctfweb/Documents/PDF/2004ctj/04ctj1-cockfield.pdf>. Visitado 13/09/2018

Cruz, B., (2011). "The arm's length standard vs the commensurate with income standard: transfer pricing issues in the valuation of intangible assets". *University of Puerto Rico Business Law Journal*, V2 – Is2, p. 302-313, Disponible en <http://uprblj.org/issues/volume%202%20issue%202/notes/2-UPRBLJ-302.pdf>. Visitado 09/10/2018

De Homont, P., y Voegelé, A., (2015). "Brand Management Centres in The Age of BEPS". *International Tax Review*, Special features In Intangibles. Disponible en <http://www.nera.com/publications/archive/2015/brand-management-centres-in-the-age-of-beps.html>. Visitado 29/07/2018

Durst, M. C., (2018a) "Taxing Multinational Business in Lower-Income Countries". *Tax Notes International*; Volume 89, issue 2/19/2018

Durst, M. C., (2018b) "Poverty, Tax Competition, and Base Erosion", *Tax Notes International*; Volume 89, issue 3/19/2018

Durst, M. C., (2018c) "The Historical Evolution of Base Erosion and Profit Shifting", *Tax Notes International*, Volume 90, issue 4/16/2018

Durst, M. C., (2018d) "The OECD's BEPS Project and Lower-Income Countries", *Tax Notes International*, Volume 90, issue 6/4/2018

Eden, L., Dacin, M., y Wan, W., (2001). Standards across borders: crossborder diffusion of the arm's length standard in North America. *Accounting, Organizations and Society*, 26(1), 1-23. Disponible en <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.629.6239&rep=rep1&type=pdf> Visitado 09/08/2018

Finley, R., (2017) "The Year in Review: The Year of the Many Arm's-Length Standards". *Tax Notes Int'l* 85, 25.

Herzfeld, M., (2017) "The EU Treaty and Transfer Pricing" *Tax Notes Int'l* 85, 42.

Hoke, W., (2017) "Multinationals Concerned About Misuse of CbC Reports". *Tax Notes Int'l* 85, 409.

Jimenez, A., (2016) "The Spanish Position on the Concept of a PE: Anticipating BEPS, Beyond BEPS or Simply Wrong Interpretation of Article 5 OECD Model?", 70(8) *Bull. Inti. Taxn.* 458. Disponible en https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/bit_2016_08_es_3.pdf Visitado 25/09/2018

Jiménez, A., (2018). "BEPS, The Digital(ized) Economy and the Taxation of Services and Royalties". *Intertax*, 46(8), 620-638. Disponible en https://www.academia.edu/36990297/BEPS_the_Digital_ized_Economy_and_the_Taxation_of_Services_and_Royalties? . Visitado 15/08/2018

Kane, M., (2012). "Milking Versus Parking: Transfer Pricing and CFC Rules under the Code". *Tax L. Rev.*, 66, 487. Disponible en http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_073859.pdf. Visitado 12/09/2018

Kane, M., (2014). "Transfer Pricing, Integration and Synergy Intangibles: A Consensus Approach to the Arm's Length Standard". *World Tax J., Journals IBFD*, 6(3). 282-314

Lang, J., Stack, R., Charnovitz, S., y Brady, J., (2000). "What tax lawyers should know about trade law". *Tax Management International Journal*, 29(10), 566-566. Disponible en https://www.ipbtax.com/media/publication/112_29TMIJ_No10_10-13-2000_BradyArticle.pdf. Visitado 02/08/2018

Langbein, S., y Fuss, M., (2018) "The OECD/G20-BEPS-Project and the Value Creation Paradigm: Economic Reality Disemboguing into the Interpretation of the 'Arm's Length' Standard". *The International Lawyer* (51)2, 259. Disponible en https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/international_law/til_51-2_cpy.authcheckdam.pdf Visitado 18/09/2018

Lewis, A., (2017). "Information Exchange Remains a Challenge for Developing Countries". *Tax Notes Int'l* 85, 713.

Morgan, J., (2017). "Taxing the powerful, the rise of populism and the crisis in Europe: the case for the EU Common Consolidated Corporate Tax Base". *International Politics*, 54(5), 533-551. Disponible en

<http://eprints.leedsbeckett.ac.uk/3784/1/Tackling%20corporate%20tax%20avoidance.pdf> Visitado 18/09/2018

Oates, M., y O'Brien, J., (2009). The Arms-length Standard: Why it Matters. Transfer Pricing, International Tax Journal, CCH Wolters, July-August. Disponible en http://tax.cchgroup.com/images/FOT/ITJ_35-04_Oates-OBrien.pdf. Visitado 02/08/2018

Ostwal, T., y Daya S.(2012) "At Arm's Length: A Shot in The Foot?" GovernanceNow June, p22-24. Disponible en <http://tpostwal.in/downloads/governance%20now%20article%20by%20Ostwal%20Sir%20&%20Shezaan.pdf>. Visitado 13/09/2018

Pankiv, M. (2016). "Post-BEPS Application of the Arm's Length Principle to Intangibles Structures". International Transfer Pricing Journal, 23 (6).

Picciotto, S. (1992). "International Taxation and Intrafirm Pricing in Transnational Corporate Groups". Accounting, Organizations and Society, 17(8), 759-792.

Pichhadze, A. (2015). "The Arm's Length Comparable in Transfer Pricing: A Search for an "Actual" or a "Hypothetical" Transaction?". World Tax Journal, 7(3), 1-28.

Schön, W., (2009). "International tax coordination for a second-best world (part I)". World Tax Journal, Vol. 1, No. 1, pp. 67-114, September 2009. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1577035>. Visitado 20/09/2018

Shapiro, A., y Wolosoff, T., (2014). "Arm's Length Standard. OECD Releases Guidance on Transfer Pricing Issues. Deloitte. Global Transfer Pricing". Disponible en https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ru/Documents/tax/dtt_tax_armslengthstandard_140921.pdf. Visitado 08/08/2018

Sheppard, L., (2008), "Reflections on the Death of TransferPricing", 51 Tax Notes International 970, at 971. Disponible en <http://www.taxhistory.org/www/features.nsf/Articles/043B19232220449A852574C7005F05BF?OpenDocument>. Visitado 05/10/2018

Soong, S., (2017). "No One Can Serve 'Two Masters' on Global Tax Reform, Noonan Says". Tax Notes Int'l 85, 713.

Starkov, V., Llinares, E., y Fris, P., (2015) "Discussion Draft On BEPS Action 10: Use Of Profit Split In The Context Of Global Value Chains"; Disponible en <https://www.nera.com/content/dam/nera/publications/2015/OECD%20CCA%20Discussion%20-%20NERA%20Comments.pdf>. Visitado 08/10/2018

Van Droogenbroek, B., y Droulez, B., (2017). "Impact of the BEPS on tax liability: A practical approach", EY Luxembourg, Magazine du Tresorier, Disponible en https://www.ey.com/lu/en/newsroom/pr-activities/articles/article_201710_impact_beps_tax_liability. Visitado 07/08/2018

Vergara, G., (2018a) "Análisis crítico de la tasación del artículo 64 del Código Tributario" Revista de Derecho Tributario Universidad de Concepción, Vol. 4, p. 33 – 62, ISSN: 2452-4891 Disp. en http://works.bepress.com/gonzalo_vergara/15/

Vergara, G., (2018b). Excepciones a la facultad de tasar del artículo 64 del código tributario. Revista de Estudios Tributarios, (18), pp. 63-97. Consultado de <https://revistas.uchile.cl/index.php/RET/article/view/48161/51091>

Webber, S., (2011a). "The tax-efficient supply chain: Considerations for multinationals". Tax Notes International, 61(2), 149-168.

Webber, S. (2011b). "Escaping the US Tax System: From Corporate Inversions to Re-domiciling". Tax Notes International, 63(4), 273-295.

Wittendorff, J. (2009). "The Transactional Ghost of Article 9 (1) of the OECD Model". Bulletin for International Taxation (IBFD), March, 107.

Wittendorff, J. (2010). "The Object of Art. 9 (1) of the OECD Model Convention: Commercial or Financial Relations". International Transfer Pricing Journal May/June, 200.

Wittendorff, J. (2011). "The Arm's Length Principle and Fair Value: Identical Twins or Just Close Relatives?". Tax Notes International, 18, 223-249. Disponible en: <http://corit-academic.org/wp-content/uploads/2011/12/62TI0223-4.pdf>. Visitado 02/08/2018

Wittendorff, J. (2016). "At Arm's Length BEPS Actions 8-10: Birth of a New Arm's-Length Principle". Tax Notes International, 87.

Wright, D. R., Keates, H. A., Lewis, J., y Auten, L., (2016). "The BEPS Action 8 Final Report: Comments from Economists". International transfer pricing journal, March/April, 99-108.

Tesis

Da Cruz, M.,(2013). Transfer pricing and the arm's length principle in the European Union law and domestic law. Tese de Mestrado em LL.M in European and Transglobal Business Law. Disponible en <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/28395/1/Transfer%2520pricing%2520and%2520the%2520arms%2520length%2520principle%2520in%2520the%2520European%2520Union%2520law%2520and%2520domestic%2520law-3.pdf>. Visitado 29/07/2018

Fedusiv, O., (2016). Transfer Pricing Treatment of Transactions With Hard-To-Value Intangibles: Is BEPS Action 8 Based On The Arm's Length Principle? . Master Thesis in European and International Tax Law. Disponible en <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=8879998&fileId=8881199>. Visitado 18/08/2018

Nabben, R., (2017). Intellectual Property Tax Planning In The Light Of Base Erosion And Profit Shifting. Master Thesis in International Business Tax

Economics. Disponible en <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=143915>. Visitado 07/08/2018

Palacios, A., (2017). "Competition law in Latin America: markets, politics, expertise (Doctoral dissertation", University College London. Disponible en http://discovery.ucl.ac.uk/1529869/1/Palacios%20Lleras_AP_final_draft_corrections-102016.pdf . Visitado 15/01/2019

Pleune, J., (2017). "The desirability of the arm's length principle in the 21st century, Master thesis International Business Tax Economics, Tilburg University. Disponible en: <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=143966>. Visitado 29/07/2018

Zuurbier, N., (2016). Transfer Pricing In A Post-BEPS World - Transfer Pricing Aspects Of Intangibles. Master Thesis in Fiscal Economics. Disponible en <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=141892>. Visitado 02/08/2018

Documentos públicos

Andrus, J., y Oosterhuis, P. (2017). Transfer Pricing After BEPS: Where Are We and Where Should We Be Going. Disponible en <https://www.skadden.com/-/media/files/publications/2017/03/transfer-pricing-afterbepswhereareweandwhereshould.pdf>. Visitado 18/09/2018

Avi-Yonah, R., (2007). The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of US International Taxation. University of Michigan Law & Economics Working Papers Archive: 2003-2009, Art. 73 [2007], http://repository.law.umich.edu/law_econ_archive/art73. Visitado 07/09/2018

Bullen, A., (2011). Arm's Length Transaction Structures: Recognising And Restructuring Controlled Transactions In Transfer Pricing — Summary —. Disponible en: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/gen_info/conferences/andreas_bullen_summary.pdf. Visitado 17/08/2018

Desai, M. A., y Dharmapala, D. (2011). An alternative transfer pricing norm. Disponible en [http://www.sbs.ox.ac.uk/centres/tax/symposia/Documents/Dharmapala \(Vol. 20\)](http://www.sbs.ox.ac.uk/centres/tax/symposia/Documents/Dharmapala%20(Vol.%2020).pdf). Visitado 27/09/2018

Devereux, M., y Vella, J. (2014). Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21st century? Working Paper, Oxford University Center for Business Taxation. Disponible en <https://www.sbs.ox.ac.uk/faculty-research/tax/publications/working-papers-0/are-we-heading-towards-corporate-tax-system-fit-21st-century>. Visitado 05/09/2018

Dix, E., (2010). "From General to Specific: The Arm's-Length Standard's Evolution and Its Relevancy In Determining Costs to Be Shared In Cost-Sharing Agreements". Tax Law., 64, 197. Disponible en <http://www.jstor.org/stable/41149534>. Visitado 16/09/2018

European Parliament News, (2018). MEPS Approve New EU Corporate Tax Plan Which Embraces “Digital Presence”, Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20180309IPR99422/meps-approve-new-eu-corporate-tax-plan-which-embraces-digital-presence>. Visitado 12/10/2018

OECD (2010) Report On The Transfer Pricing Aspects Of Business Restructurings, Chapter Ix Of The Transfer Pricing Guidelines. Centre For Tax Policy And Administration. Disponible en <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/45690216.pdf> Visitado 08/12/2018

Ostwal, T., (2009) “Transfer Pricing in Developing Countries An Introduction”, Tax Justice network. Disponible en https://www.taxjustice.net/wp-content/uploads/2013/04/TP_in_developing_countries.pdf. Visitado 29/07/2018

Pankiv, M. (2017). Contemporary Application of the Arms Length Principle in Transfer Pricing. IBFD, Amsterdam. Disponible en https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/17_016_contemporary_application_of_the_arms_lengths_final_web.pdf. Visitado 21/09/2018

Picciotto, S. (2017a). What Have We Learned About International Taxation and Economic Substance? (No. 13499). Institute of Development Studies, International Centre for Tax and Development. Disponible en https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/bitstream/handle/123456789/13499/ICTD_SummaryBrief9_Online.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Visitado 11/09/2018

Raghu, G. (2015). Transfer pricing policy under international taxation law with special reference to Arms length principle a comparative study of India USA UK and Australia. Disponible en <http://shodhganga.inflibnet.ac.in/handle/10603/99649>. Visitado 07/09/2018

Shapiro, A., y Wolosoff, T., (2014). Arm's Length Standard. OECD Releases Guidance on Transfer Pricing Issues. Deloitte. Global Transfer Pricing. Disponible en https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ru/Documents/tax/dtt_tax_armlengthstandard_140921.pdf. Visitado 08/08/2018

Timms, D. (2013). The Harmonisation of Transfer Pricing: the Obstacles, the Arm's Length Principle and the OECD Guidelines. University of Wellington, LLM Research Paper. Disponible en <http://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/bitstream/handle/10063/3186/thesis.pdf>. Visitado 14/08/2018

Leyes

Código Tributario (2018a) Decreto Ley 830, texto con modificaciones hasta Noviembre de 2018. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6374>

Código Tributario (2018b) Código Tributario con modificaciones incorporadas en el proyecto de ley presentado con fecha 23 de agosto de 2018, Mensaje N° 25, Boletín 12043-05 de la Cámara de Diputados. Disponible en

<http://baraona.cl/reforma2018/wp-content/uploads/2018/08/codigo-tributario-web.pdf>

Ley 12.084 (1956) Fija el texto de la ley sobre impuestos a las compraventas, permutas e introduce modificaciones a las leyes de impuestos que señala, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=27030&tipoVersion=0>

Ley 12.120, (1956) Fija el texto de la ley de impuestos a las compraventas, permutas o cualquiera otra convención que sirva para transferir el dominio de bienes corporales muebles o de derechos reales constituidos sobre estos, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=27034&buscar=ley+12120>

Sitios Web

Dictionary (2015). The Merriam-Webster Online Dictionary. Merriam-Webster, Incorporated. Disponible en <https://www.merriam-webster.com>

EUR-LEX (2018). Acceso a documentos oficiales de la Unión Europea. Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea - Tercera Parte : Políticas Y Acciones Internas De La Unión - Título VII : Normas Comunes Sobre Competencia, Fiscalidad Y Aproximación De Las Legislaciones - Capítulo 1 : Normas sobre competencia - Sección segunda : Ayudas otorgadas por los Estados - Artículo 107 (antiguo artículo 87 TCE). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-ES/TXT/?uri=CELEX:12008E107&fromTab=ALL&from=EN>. Visitado 21/12/2018

Kubicova, J., (2016). Exit Tax in the World of International Migration of Companies and Individuals. In Conference Proceedings. 16th International Scientific Conference Globalization and Its Socio-Economic Consequences. University of Zilina, The Faculty of Operation and Economics of Transport and Communication, Department of Economics; ISBN 978-80-8154-191-9. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3084669. Visitado 07/08/2018

Li, J., (2005) The Economic Substance Doctrine and GAAR: A Critical and Comparative Perspective [DRAFT] Disponible en: https://www.law.utoronto.ca/documents/conferences/tax_li.pdf. Visitado 18/09/2018

Morris, E., (2013) Transfer Pricing: History And Application Of Regulations, CliftonLarsonAllen LLP, Disponible en <https://www.claconnect.com/-/media/files/white-papers/whitepaper-transferpricinghistoryandapplicationofregulationscliftonlarsonall.pdf>. Visitado 16/09/2018

OECD (2001) Glossary of Statistical terms, Disponible en <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=2201>. Visitado 08/12/2018

OECD (2017), OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017, OECD Publishing, Paris, Disponible en <https://doi.org/10.1787/tpg-2017-en>. Visitado 05/09/2018

Schön, J., (2017) Here's how an obscure tax change sank Puerto Rico's economy, CNBC News. Disponible en <https://www.cnbc.com/2017/09/26/heres-how-an-obscure-tax-change-sank-puerto-ricos-economy.html> Visitado 18/11/2018

Anexo 1 Los problemas que BEPS intenta combatir

En el desarrollo del concepto ALP, se planteó el hecho de que los GEM poseen una forma organizativa que los pone en ventaja sobre las empresas que trabajan de forma independiente. De hecho, los GEM existen en gran medida debido a las ventajas competitivas que pueden derivar de la internalización de los mercados (Picciotto, 1992; Avi-Yonah, 2010). Las economías derivadas de la internalización resultan de la reducción de los costos de producción (ya sea a través de economías de escala o economías de alcance) o de reducir los costos de transacción (compartiendo y administrando los costos y riesgos de las actividades de investigación y desarrollo, diseño, servicios gerenciales y otros servicios profesionales) y otras ventajas de la organización coordinada como la capacidad de reducir riesgos mediante la diversificación internacional, la explotación de oportunidades de arbitraje en: distintas monedas, mercados financieros y entre regímenes regulatorios distintos. Dado lo anterior, surgen dos fuentes de ventajas generales de los GEM. 1) Derivadas de su forma organizativa, involucrando sinergias en costos de producción y transacción o rendimientos adicionales atribuibles a las ventajas oligopolísticas, 2) Derivadas de la internalización, que no estarían disponible para las partes independientes que contratan en el mercado y resultan de la gestión activa de las transacciones internas. Este es particularmente el caso del arbitraje regulatorio (Picciotto, 1992), en el que la empresa navega los distintos estándares creados por los estados de modo de lograr minimizar los pagos por concepto de impuestos, ya sea mediante el uso de las reglas más ventajosas en la determinación de la renta imponible o aprovechando las lagunas en la legislación fiscal, por la no aplicación de impuestos de retención (*Withholding Tax*) (Da Cruz, 2013). Por lo tanto, la planificación tributaria de las GEM se basa en su mayoría en la evasión legal, o más exactamente, no ilegal, al menos en base a la interpretación de las regulaciones actuales y las leyes tributarias, no considerando lo que se ha denominado planificación agresiva (Raghu, 2015).

Existen cuatro estrategias básicas que las empresas utilizan para desplazar sus utilidades a JBNT. A continuación, se explican las estrategias, en cuanto representan gran parte del “problema BEPS”.

- **Transacciones de Desplazamiento de Ingresos Utilizando Préstamos:** Un GEM establece una “compañía financiera” en una JBNT y la capitaliza con una gran cantidad de efectivo. La compañía financiera luego extiende un préstamo a un miembro del grupo que realiza operaciones de fabricación en, por ejemplo, Chile. La compañía operadora de Chile deduce los intereses pagados por el préstamo de su base imponible, reduciendo así los ingresos sujetos a impuestos en Chile, pero la compañía financiera no está sujeta a tributación por los intereses recibidos.

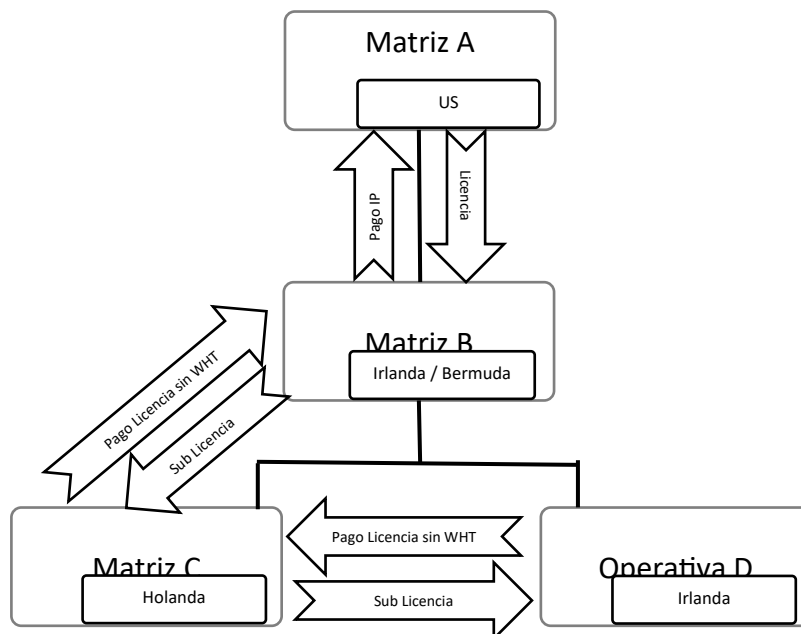
- **Transacciones de Desplazamiento de Ingresos Utilizando Intangibles:** Un GEM aporta una propiedad intelectual valiosa, como una marca registrada, a una empresa “cartera de intangibles” establecida en una JBNT. Un miembro del grupo, por ejemplo, en Perú, paga regalías a la compañía en la JBNT por el uso de la marca. Los pagos de regalías son deducibles en Perú, lo que reduce la obligación tributaria de la empresa distribuidora en ese país, pero no se generan impuestos para la empresa “cartera de intangibles.
- **Transacciones de Desplazamiento de Ingresos utilizando Transacciones de Servicios y Propiedad Tangible:** Un GEM minero con una empresa matriz en Bélgica establece una empresa central en una JBNT. La empresa central "compra" suministros y equipos de minería valiosos de un miembro del grupo y "revende" los suministros y equipos, con un margen de ganancia, a una subsidiaria con sede en Australia. Alternativamente, la empresa central puede contratar la realización de servicios técnicos por parte de los empleados de la empresa matriz belga y "revender" éstos, con un margen de ganancia, a la empresa de Australia. Bajo ambos escenarios, los pagos de Australia rebajan su base imponible y contribuyen a las utilidades exentas de impuestos en manos de la empresa central.
- **Transacciones de Desplazamiento de Ingresos Utilizando Exportaciones de Productos:** Este tipo de transacciones son muy comunes en los sectores de recursos naturales y agrícolas. Como ejemplo, considere un grupo de fabricación de acero que opera minas de hierro a través de subsidiarias que el grupo ha establecido en varios países ricos en hierro en todo el mundo. El grupo establece una empresa compradora en una JBNT. El grupo hace arreglos para que sus diversas filiales mineras en todo el mundo vendan toda su producción de mineral a la empresa compradora. La empresa compradora luego revende la mayor parte del mineral, con un margen de beneficio, a las filiales de fabricación dentro de su grupo; el resto del mineral se vende a empresas manufactureras no relacionadas. Las compras y reventas del mineral por parte de la compañía compradora son esencialmente ficticias. El mineral en sí nunca toca el país donde está constituida, sino que se envía directamente desde las subsidiarias mineras a los usuarios relacionados o no relacionados con el mineral. La compañía de compradora simplemente toma el título legal del mineral brevemente, mientras está en tránsito, de conformidad con los contratos que el grupo ha redactado entre sus diversos miembros. Sin embargo, a pesar de la falta de participación física de la compañía en las compras y reventas de mineral, una parte significativa de los ingresos netos del grupo se asigna a la compañía, reduciendo los impuestos sobre la renta en todos los países donde opera.

Pleune (2017) cita un estudio que indica que las GEM que enfocan su estrategia en la minimización tributaria, en vez del cumplimiento tributario, tienen una tasa impositiva en promedio 6,6% más baja. Los objetivos de la planificación en TP no se limitan exclusivamente a minimizar impuestos. También juegan un

papel el uso de incentivos tributarios, de subsidios y la utilización de pérdidas en los regímenes en que éstas expiran en un determinado plazo. También existen consideraciones económicas al diseñar la política de TP, como las economías que se logran en la concentración de funciones en unidades especializadas que sirven al GEM en su conjunto, el lograr reducir las consecuencias de problemas económicos y aumentar las participaciones de mercado. Por lo tanto, TP no solo involucra estrategias de minimización impositiva, sino que frecuentemente se interrelaciona con la estrategia del GEM a nivel mundial.

Sobre las bases de estas estrategias se han desarrollado, a lo largo del tiempo, muchas formas de minimizar la carga tributaria. Una de las estrategias más famosas es el doble sándwich irlandés/holandés (*Double Irish Dutch Sandwich, DIDS*). El lector encontrará dicha estructura compleja útil, junto con las estrategias básicas, para poder entender la iniciativa BEPS y las razones por las que ALP se transforma de la manera que lo hace.

La estructura de DIDS generalmente comienza con una Compañía (Matriz A) ubicada en una jurisdicción (por ejemplo, US). En Matriz A, se llevan a cabo importantes actividades de I+D y se han producido intangibles exitosos. Matriz A creará dos empresas en Irlanda. Una de estas compañías (Matriz B) está constituida en Irlanda, pero su directorio y administración está en Bermudas, donde no enfrenta tributación alguna. La segunda compañía irlandesa (compañía Operativa D) está constituida y también se administra en Irlanda, y por lo tanto está sujeta al impuesto de sociedades en Irlanda. Irlanda puede ser una buena opción debido a los incentivos fiscales a intangibles y una red de tratados bien desarrollada. Por último, una sociedad holding holandesa (Matriz C) está constituida en los Países Bajos, donde tiene la mayor probabilidad de evitar impuestos de retención (WHT) (Pleune, 2017; Nabben, 2017). La DIDS se muestra en el siguiente diagrama.



A menudo, los acuerdos para transferir la propiedad intelectual se concluyen en una etapa en la que los intangibles no están desarrollados por completo, por lo que Matriz B realiza un pago único de compra bastante bajo y entra en un CCA para la futura modificación y mejora de la propiedad intelectual con Matriz A (Pleune, 2017; Nabben, 2017). Dado que nuestro ejemplo parte en US, no se realizará una transferencia completa de intangibles, ya que existe la posibilidad de que US aplique la regla de CWI. Entonces, se haría un pago de compra que involucre derechos de explotación del intangible desarrollado y los futuros intangibles que puedan resultar del actual. Ya que US toma una posición formalista, en la que el lugar de constitución es el que marca la residencia de la compañía, Matriz B se registrará como una compañía residente en Europa y no como paraíso fiscal. Pero, dado que Irlanda establece la residencia de la entidad según el criterio de asiento principal de negocios, Irlanda considerará a la compañía como residente en Bermudas (Zuurbier, 2016; Nabben, 2017). Debido a un tratado de doble tributación firmado entre Irlanda y las Bermudas, el lugar de residencia de Matriz B puede ser asignado a las Bermudas sin problemas. Matriz B ahora puede obtener pagos por licencia de los derechos de propiedad intelectual de Matriz C, que luego otorga la licencia de propiedad intelectual a la Compañía Operativa D. La Compañía Operativa D pagará regalías ALP a Matriz C, y Matriz C posteriormente pagará regalías a Matriz B. Tanto la compañía operadora D como Matriz C pueden deducir los pagos de regalías de su base imponible, lo que deja solo una pequeña cantidad sujeta a impuestos en Irlanda y Holanda, mientras que Matriz B no tributará en Bermudas (Pleune, 2017; Nabben, 2017).

La razón para integrar a los Países Bajos en la estructura es evitar la retención de impuestos. Las regalías a los Países Bajos no están sujetas a impuestos debido a la Directiva de Intereses y Regalías de la Unión Europea y al hecho de que los Países Bajos no tienen impuestos de retención sobre dividendos y regalías. Debido a esta construcción, los ingresos pueden dejar a Europa libre de impuestos. Al otro lado, en US, normalmente esto no funcionaría bajo el CWI, pero en 1997 la administración Clinton adoptó una regla llamada "Marque la casilla" (*Check The Box*). Bajo esta regla, Irlanda (Matriz B) puede presentar a todas sus afiliadas extranjeras como entidades transparentes y tratar el dinero que le pagaron como renta ganada en Irlanda. El resultado es que para propósitos fiscales no hay regalías y ningún impuesto en US ni en Irlanda (Avi-Yonah y Xu, 2017; Zuurbier, 2016). Utilizando la compañía operativa en Irlanda pueden ofrecerse servicios y productos sin constituir EP, por medio de ventas a través de internet, de manera que se logra un negocio mundial sin que los países fuente tengan potestad tributaria para gravar las ganancias (Nabben, 2017).

En el famoso caso de Apple existe una variación del modelo, en la que un acuerdo con las autoridades irlandesas permitió a la compañía enfrentar una tasa de 2% en sus utilidades en dicho país, por lo que la estructura no tenía un paraíso fiscal como Bermudas incorporado. Cuando eventualmente la Comisión Europea investigó el caso, la respuesta irlandesa, articulada por su ministro de Finanzas, Michael Noonan, fue comenzar un proceso de apelación ante el Tribunal de Justicia Europeo, rechazando el tener que gravar los 13.000 millones de euros. La

respuesta es aparentemente extraña, pero tiene una razón de ser. Según Noonan, la decisión constituye una injerencia injustificada en los asuntos soberanos de Irlanda. La economía de Irlanda, y también su recuperación de la crisis financiera, se han basado en la atracción de flujos de capital y la atracción de GEMs. Esto ha involucrado inversión real y empleo, por lo que estos dos efectos y las tasas de impuestos bajas son interdependientes. La competencia fiscal es parte integral del modelo económico de Irlanda. Las GEM pagan impuestos bajos en Irlanda, pero el Estado obtiene ganancias adicionales más allá de esta pérdida específica debido a otros efectos. Si Irlanda acepta la decisión de la Comisión Europea, y recauda el impuesto, esto puede dificultar que Irlanda continúe atrayendo actividad a su economía interna, basándose en su estrategia actual (Morgan, 2017).

Podemos ver que la estrategia del DIDS combina la competencia por actividad entre los Estados y la planificación internacional, lo que da como resultado los problemas BEPS. Es evidente que existe un conflicto de soberanía que se involucra en la estrategia. BEPS es incapaz de imponer decisiones que eliminen la soberanía en la promulgación de legislación tributaria interna de manera directa. Dado que el problema necesita una coordinación más precisa, que trasciende a lo que actualmente existe, la Comunidad Europea ha desarrollado un sistema “unitario” alternativo para el impuesto de sociedades: La Base de Impuestos Corporativos Consolidados Comunes (*Common Consolidated Corporate Tax Base*, CCCTB) vista en la presente obra.

Anexo 2 Desafíos que marcarán la evolución futura

La recaudación de impuestos en la economía digital es uno de los temas de moda en los últimos años y se le prestará mucha atención hasta 2020, cuando la OCDE publique su informe final sobre el tema. En este debate, es común escuchar que el sistema tributario internacional necesita adaptarse a la evolución de la tecnología y los modelos de negocio, para ello es necesario actualizar los tratados, al estar diseñados para una economía física, no para la “digitalizada” o “cibernética”. Esa proposición tiene la consecuencia de convertir en inoperante buena parte del proyecto BEPS (Jiménez, 2018; Picciotto, 2017b).

Jiménez, (2018) y Picciotto (2017b) refieren que el principio subyacente en BEPS es alinear la base tributaria con la actividad económica. Esto no calza con la tributación de la economía digital, porque tales normas establecen:

- El umbral de EP para la tributación de las ganancias comerciales
- Normas de TP que permiten el uso de métodos unilaterales.
- El hecho de que los servicios y las regalías no se gravan en la fuente bajo el modelo de la OCDE (artículo 12), siendo deducible como gasto o costo para el pagador.

El enfoque de las acciones BEPS es la cadena de valor. Como tal, se trata de una visión productiva, involucrando solo la oferta, no la demanda. La atribución de ingresos está atada a funciones, activos y riesgos, no al lugar donde el cliente se encuentra. La OCDE, en la consulta sobre la economía digital, ha declarado que lo que crea valor no es datos en sí mismos, sino la posibilidad de interpretar y hacer uso de ellos. Dicho paradigma es totalmente distinto en la acción 1 BEPS, donde la creación de valor reside en el mercado (Jiménez, 2018; Picciotto, 2017b).

En última instancia, toda la discusión que rodea a la acción 1 BEPS gira en torno, y está directamente relacionada con, las posibilidades de planificación fiscal que el proyecto BEPS deja intactas, causa de la escasa atribución de ingresos a los países fuente. Algunos países perciben que incluso después del proyecto BEPS, el MLI, el Modelo OCDE 2017 y las nuevas OCDE TPG 2017 las utilidades aún pueden ser desplazadas a países de residencia o intermediarios, sin que exista una alocaión significativa a la fuente, donde las actividades comerciales relevantes se llevan a cabo. Este problema es más agudo en el contexto de una economía digital, donde los modelos de negocio tienden a concentrar los riesgos y las funciones DEMPE en un lugar específico, que frecuentemente es una JBNT.

En Resumen, la acción 1 BEPS es una repetición del debate recurrente sobre la tributación en residencia versus fuente, así como la forma de asignar derechos fiscales entre los diferentes países, pero ahora más centrados en los modelos de negocio digitales. Esta tensión se encuentra en el centro de las soluciones unilaterales adoptadas por los Estados, en paralelo y después de BEPS, y amenaza todo el sistema fiscal internacional en dos direcciones

diferentes, pero directamente vinculadas. En primer lugar, la creación de nuevos impuestos amenaza la integridad de los tratados, al imponer nuevos impuestos sobre la renta, a pesar de nombres como impuesto de igualación o impuesto especial. En segundo lugar, las soluciones propuestas por la acción 1 BEPS, o las medidas unilaterales, se basan en principios que no encajan con los fundamentos tradicionales del sistema tributario internacional (Jiménez, 2018; Picciotto, 2017b).

A modo de ejemplo, tanto UK como Australia han promulgado "impuestos de beneficios desviados" (*Diverted Profits Taxes*, DPTs) que esencialmente no permiten deducciones que tengan como contraparte una JBNT. A finales de 2017 US promulgo su impuesto Anti-Abuso y Erosión de Base (*Base Erosion And Anti-Abuse Tax*, BEAT), esta legislación requiere que un contribuyente en US agregue de nuevo a sus ingresos gravables la mayoría de los pagos deducibles, incluyendo los gastos de intereses, regalías, algunos pagos de honorarios de servicio, y otros, hechos a personas extranjeras vinculadas. A continuación, se calcula un impuesto del 10% sobre el ingreso gravable ampliado, y si ese monto excede al impuesto sobre la base original se impone por el primero. Por lo tanto, el BEAT funciona como una forma de impuesto mínimo (Durst, 2018d). En el caso de España, las medidas tomadas han significado adoptar una interpretación no convencional del artículo 5 del Modelo OCDE, que amplía las posibilidades de existencia de un EP bajo la teoría de "Entidad Operativa Compleja", en donde las diversas actividades dentro del país se agregan (independientemente si se trata de contratos y actores distintos) para configurar un EP y crear el derecho a gravar las actividades. Este modo de actuar se asemeja a la acción 7 BEPS, con su regla de no fragmentación, estando acorde con el principio de substancia sobre forma incorporado a ALP (Jimenez, 2016).

La acción 1 BEPS propone tres soluciones potenciales. Todas ellas abarcan una modificación muy significativa en la forma en que los derechos impositivos se dividen bajo el modelo de la OCDE (Jiménez, 2018):

- Crear un EP que se base en una presencia digital económica significativa (*Significant Economic Digital Presence*, SEDP) en una jurisdicción. El umbral se redefiniría para abarcar los ingresos derivados de venta de bienes y servicios, independientemente de la presencia física, combinados con otros factores digitales. El sistema de asignación de beneficios a este EP es el talón de Aquiles de la propuesta. La acción 1 BEPS no aceptó ningún sistema específico de asignación de beneficios, aunque se expresó preferencia por los métodos basados en FA.
- Crear un impuesto de retención amplio que abarque la venta de bienes y servicios comprados en línea (ya sea por empresas solamente o por empresas y consumidores) al aplicar una retención de impuestos general para todos los pagos, involucrando a los intermediarios financieros como los bancos en el proceso.
- Introducir impuestos de igualación para gravar los ingresos de las empresas de economía digital (ventas remotas) en el país fuente. Aunque se presentan como una categoría específica, son, una versión específica de impuestos de retención. Esta medida se riñe con los principios de la OMC.

El SEDP EP está aumentando en popularidad como una solución a largo plazo, mientras que la retención de impuestos (incluidos los gravámenes de igualación) se consideran soluciones provisionales, es decir, la retención de impuestos se concibe como incentivo para avanzar al SEDP EP (Jiménez, 2018; Picciotto, 2017b).

Jiménez (2018) manifiesta que el problema es estructural, por lo que la reforma debería aplicarse a todas las empresas, no sólo a las digitales. Li (2014) coincide en que el problema de la economía digital no está confinado en las empresas de la nueva economía. Los GEM tradicionales también están implementando tecnologías de venta online, varios mantienen un mix entre lo virtual y lo presencial, pero esto igualmente afecta a su base impositiva, por medio de:

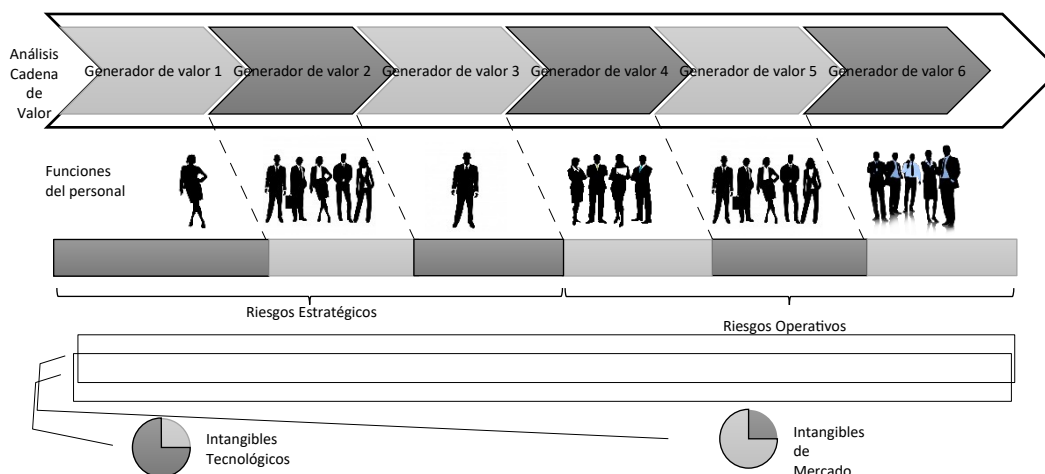
- Reemplazar los puntos de venta convencionales en el país del mercado con licencias en línea de software o especificaciones si los productos se pueden producir a través de la impresión 3D
- Aprovechando las excepciones en virtud del Artículo 5 (4) de la Convención Modelo de la OCDE asignar a la oficina local funciones "preparatorias y auxiliares", como el almacenamiento y la entrega
- "Migración" de servicios que solían proporcionarse en persona al Ciberespacio y mantener los servicios en persona al mínimo, eliminando el EP
- Convertir las regalías tradicionales en tarifas de servicios y evitar la retención de impuestos mediante la transformación de los servicios técnicos o la provisión de software u otras tecnologías en servicios entregados en línea
- Monetización de datos relevantes de ubicación creados por clientes locales sin ninguna compensación

La acción 1 BEPS puede tener profundos efectos en el concepto de lealtad económica. Con el objetivo de distinguir los casos que muestran una lealtad económica, aunque pequeña, de los casos en que la jurisdicción simplemente no tiene vínculo, en opinión de Schön (2009), su significado cambiaría a "poseer clientes", independiente de la cantidad total de ventas. El vínculo en dicho caso cambiaría también lo que se entiende por "inversión de capital", desconectando tal concepto de la transferencia de activos tangibles. De esta manera, una inversión de capital puede consistir en una estrategia de precios agresiva, que ofrece bienes a precios de dumping para poder establecer una base de clientes locales. Dicha estrategia de precios puede ser apoyada por una campaña de marketing costosa, que puede tener un impacto a largo plazo, creando lealtad en los clientes, fortaleciendo el valor de la marca en una jurisdicción. En el análisis es necesario considerar que los impuestos corporativos, bajo la nueva economía, muchas veces no son un prepago sobre el impuesto a las ganancias de los accionistas, como ya vimos. En este contexto, el impuesto a las ganancias corporativas funciona como un "impuesto de fuente" sobre las ganancias operativas antes de que se pague como dividendo a los accionistas o a la compañía matriz en otro país. Dicha desintegración entre el impuesto corporativo y personal, a través de las fronteras, rompe la noción de anticipo y construye un impuesto que muchas

veces es definitivo. Este efecto no se observa solo en Chile en virtud de la “Clausula Chile”, un elemento *sui generis* en materia de tratados, pero si se observaría en un país que no otorgue reconocimiento por los impuestos pagados en el extranjero.

Al deconstruir la noción de residencia y fuente, haciéndolas “obsoletas”, la acción 1 BEPS introduce el problema adicional de lograr asegurar que las opciones de planificación cerradas por la norma de “substancia sobre forma” BEPS continúen siendo negadas a las empresas, ya que, al no existir nexo legal en el lado de la oferta, no hay posibilidades de imponer tributación.

Para comprender las limitaciones que impone el proyecto BEPS a las planificaciones es importante considerar lo propuesto por Gonnet (2016). Dicho autor recuerda que el artículo 9 del modelo OCDE, al tratar con el ALP, se enfoca en las relaciones comerciales y financieras, y no en las transacciones o utilidades involucradas. De esta manera, se puede crear un nexo entre los modelos de control de negocios existentes para implementar el concepto de actividad económica, salvando en parte la crítica respecto de lo elusivo de los conceptos. Dicho autor toma elementos de las ciencias administrativas y desarrolla adecuadamente los conceptos al considerar elementos de estudios de cadena de valor, estructuración de cargos y mallas funcionales, junto con técnicas de análisis estratégicos de mercado. De esta manera, el autor referido llega a desarrollar una propuesta de implementación, que se basa en los elementos de cadena de valor vinculados a las descripciones funcionales y riesgos manejados por dichas funciones (clasificados en las categorías de estratégicos o funcionales) junto con los activos (tangibles e intangibles) que les permiten desarrollar las labores. Gráficamente:



Al considerar lo expuesto, puede verse que dicha metodología utiliza la estructura misma de la empresa para derivar tributación, por lo que la empresa está atada, por su funcionamiento, a una tributación específica. Este también es el problema de la propuesta, la planificación fiscal bajo el modelo se trata de alterar

la forma en que la empresa trabaja y la localización de sus funciones (Austin, Chakravarty, Ghosh, Plunkett, Shapiro y Tietjen, 2014).

En la solución práctica propuesta puede verse también el reflejo de las tensiones de asignación entre los países desarrollados y los en desarrollo. Los países desarrollados consideran que el valor se deriva principalmente de I+D, que producen la tecnología avanzada y otros intangibles, y que esto se hace principalmente en los países de origen de los GEM. Los países en desarrollo del G20 con grandes mercados, como China e India, argumentan que el mercado también crea valor, como dijo Alfred Marshall, la oferta y la demanda son como cuchillas de tijera, ambas son necesarias para cortar (Picciotto, 2017b). Ambas visiones son tomadas en cuenta y explican la inclusión de categorías específicas de intangibles que deben considerarse en el modelo. No debe desconocerse que la tensión sigue allí. Se recordará que iniciamos la discusión del presente apartado viendo las posibles ramificaciones que la acción 1 BEPS puede tener en la tributación. La solución que la Unión Europea plantea a esta tensión es el unificar las bases y aplicar un sistema más cercano a FA, permitiendo a cada país la libertad de aplicar su propia tasa. La presión principal para adoptar a nivel mundial dicho enfoque provendría de los propios GEM. Ahora se enfrentan a la posibilidad de análisis más estrictos por un número cada vez mayor de países. La naturaleza *ad hoc* y subjetiva de muchas de las reglas que se aplicarán inevitablemente generará conflictos. De hecho, además de los conflictos causados por los enfoques divergentes adoptados por el Brasil, China y la India, ya ha habido una creciente oleada de desacuerdos entre los países de la OCDE. Ahora se puede escuchar a algunos representantes de los GEM que expresan que el enfoque de FA sería preferible, pero con la salvedad de que debe proporcionar certidumbre en la asignación de beneficios. Estas voces pueden crecer más fuertes, aunque sólo si el fortalecimiento del escrutinio fiscal conduce a un importante cierre del ámbito de aplicación de la minimización de impuestos, así como a un aumento de las decisiones incoherentes y conflictos que aumente los costos por sobre lo que se pagaría en impuestos (Picciotto, 2017b).

Anexo 3 Texto relevante del artículo 64

A continuación, se presenta los dos textos. Primero se presenta el texto de la ley actual, en negrillas, mientras el propuesto en el proyecto de modernización tributaria se encuentra en letra cursiva.

Cuando el precio o valor asignado al objeto de la enajenación de una especie mueble, corporal o incorporeal, o al servicio prestado, sirva de base o sea uno de los elementos para determinar un impuesto, el Servicio, sin necesidad de citación previa, podrá tasar dicho precio o valor en los casos en que éste sea notoriamente inferior a los corrientes en plaza o de los que normalmente se cobren en convenciones de similar naturaleza, considerando las circunstancias en que se realiza la operación.

Para estos efectos, se aplicarán las siguientes normas:

A.- Reglas de valoración para la determinación de la base imponible.

Cuando el precio o valor asignado a la enajenación de un bien o al servicio prestado, sirva de base o sea uno de los elementos para determinar un impuesto, el Servicio, previa citación, podrá tasar dicho precio o valor en los casos en que estos difieran notoriamente de los precios o valores normales de mercado que hayan o habrían acordado partes no relacionadas considerando las circunstancias en que se realiza la operación, tales como las características de las industrias, sectores o segmentos relevantes, las funciones asumidas por las partes, las características específicas de los bienes o servicios contratados y de las partes contratantes, así como también cualquier otra circunstancia relevante.

Para efectos de justificar el precio o valor respectivo, el contribuyente podrá aplicar cualquier método de valoración basado en técnicas de general aceptación.

Se presumirá, salvo que el Servicio acredite fundadamente lo contrario en la liquidación o resolución de que se trate, que el precio o valor asignado en operaciones entre partes no relacionadas corresponde a precios o valores normales de mercado.

Sin perjuicio de la presunción establecida en el párrafo anterior, se presumirá para efectos tributarios, salvo que el Servicio acredite fundadamente lo contrario en la liquidación o resolución de que se trate, que el precio o valor asignado corresponde al precio o valor de mercado, en los casos que dichos precios o valores se determinen de la siguiente forma:

Para el caso de efectos públicos, bonos, debentures, acciones y demás valores mobiliarios que tengan cotización bursátil, el precio o valor que corresponda a dicha cotización a la fecha de la enajenación o, si no hubiere

habido transacciones en aquella fecha, en la fecha anterior más próxima a la de enajenación.

No se aplicará la presunción en aquellos casos en que el bien no hubiera sido transado en bolsa entre partes no relacionadas en los sesenta días anteriores a la enajenación.

Para bienes inmuebles, será el precio o valor fijado en enajenaciones de inmuebles de características y ubicación similares, en la localidad respectiva, en los 12 meses precedentes a la enajenación.

Para los negocios, empresas, cuotas o derechos en comunidades, sociedades anónimas cerradas, derechos en sociedades de personas, de cualquier origen, y cuotas de fondos de inversión, el valor que resulte de asignar a los mencionados bienes, la proporción que les corresponda en el patrimonio financiero debidamente acreditado.

Para operaciones de financiamiento entre partes relacionadas el precio o valor que se determine según las reglas siguientes:

a) Si el acreedor es una persona natural que no determina rentas efectivas según contabilidad completa, no desarrolla como giro habitual operaciones de financiamiento y no ha asignado los bienes respectivos a su contabilidad como empresario individual, el reajuste en conformidad a la variación del índice de precios al consumidor o a la unidad de fomento. En estos casos no será necesario que el financiamiento establezca una tasa de interés.

b) Si para realizar la operación de financiamiento el acreedor, que determina su renta efectiva en base a contabilidad completa o corresponde a un fondo reglamentado por la ley número 20.712, ha obtenido financiamiento de una persona o entidad no relacionada que sea un banco o una institución financiera extranjera o en su caso, sujeta a la supervisión de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, se presumirá que la operación es de mercado si se ha estipulado una tasa de interés y cargos financieros que le permitan cubrir sus gastos de operación y obtener una utilidad que corresponda a las normales de mercado que hayan o habrían acordado partes no relacionadas.

B.- Normas especiales sobre operaciones en Chile dentro de un grupo empresarial.

Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra A.-, en las operaciones de cualquier naturaleza entre entidades del mismo Grupo Empresarial en Chile, que incluyan transferencia de bienes, pagos por prestación de servicios, regalías, intereses, constitución de garantías, celebración de cuentas corrientes o cuentas de gestión, entre otras, la determinación de los precios o valores sólo podrán ser fiscalizados por el Servicio conforme al artículo 59, considerando como elemento sustantivo los resultados tributarios obtenidos por las entidades del grupo empresarial, debiendo, por tanto, considerar los efectos tributarios entre las partes de una misma operación o contrato y que dichos

efectos tributarios se determinen y, en su caso, se impugnen por el Servicio en forma integral y consistente, considerando entre otros factores, las consecuencias tributarias que para ambas partes tiene la operación y la aplicación de los impuestos que correspondan en la operación.

Se presumirá, salvo que el Servicio acredite lo contrario mediante resolución fundada, que el precio o valor asignado en la prestación de servicios o funciones entre entidades que son parte de un Grupo Empresarial corresponde a los normales de mercado que habrían acordado partes no relacionadas, en los casos que dichos precios o valores correspondan al costo asociado a la prestación de dichos servicios o funciones más una utilidad que corresponda a las normales de mercado que hayan o habrían acordado partes no relacionadas considerando las circunstancias en que se realiza la operación. Si un mismo servicio o función beneficia a más de una entidad que es parte del Grupo Empresarial, cada entidad deberá soportar la prorrata respectiva en base al beneficio recibido.

Para acreditar el precio o valor determinado y el beneficio obtenido en operaciones entre entidades de un Grupo Empresarial será suficiente un contrato marco junto con los registros contables que correspondan de las entidades respectivas.

En caso que entidades de un Grupo Empresarial en Chile hayan realizado operaciones o transacciones con otras entidades del mismo grupo a las que se les haya notificado un requerimiento conforme con el artículo 59, procederá un solo procedimiento de fiscalización, que considerará las diferentes partidas de manera integral y consistente.

VITA

Erich Astudillo Acevedo es Ingeniero Comercial de la PUCV. Junto con el Título de Magister en Tributación de la Universidad de Chile, posee un MBA y un Master of Finance realizados en Bond University, Australia, habiendo logrado múltiples reconocimientos académicos durante estos estudios.

Su experiencia profesional ha estado ligada al ámbito financiero de planificación y control, habiendo trabajado en múltiples instancias dentro de planificaciones de organismos estatales y compañías privadas locales y extranjeras.

La visión sistémica e integradora de su experiencia profesional y formación académica se reflejan en su modo de concebir la normativa tributaria, lo que se plasma en una tesis de grado que conjuga la perspectiva internacional y local, observando las interacciones normativas, los compromisos internacionales en materia de comercio y otra serie de impactos con una mirada actual y futura.