



UNIVERSIDAD NACIONAL DE RIO CUARTO
FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS
LICENCIATURA EN ECONOMIA

Precios de transferencia internacionales

La aplicabilidad del principio Arm's Length

Tesis de Grado

Alumno: Patricio Castells

Directora: Ana Vianco

2016

DONACION

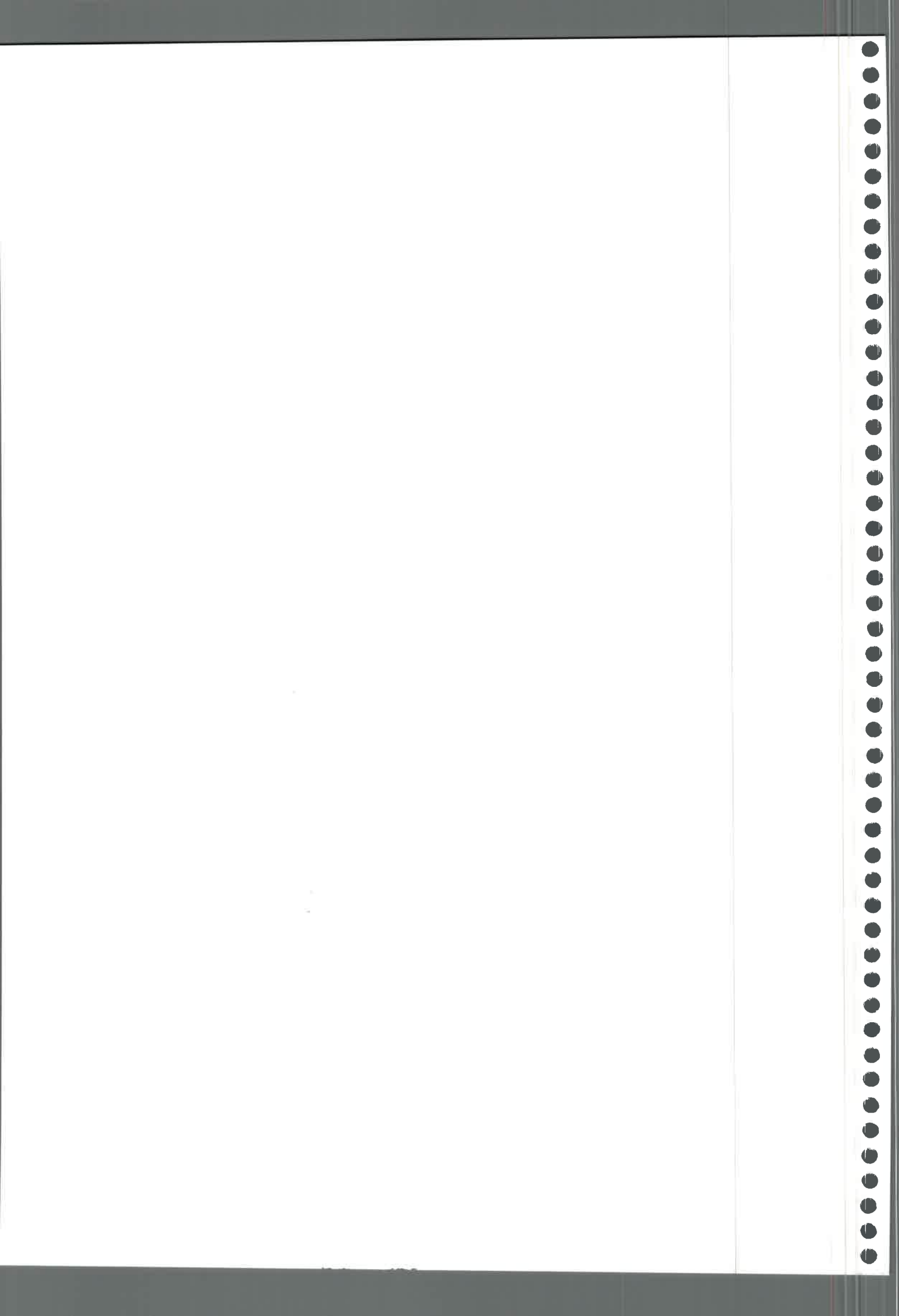
76719

Don: Don. El Autor

Autor: Castells, Patricio

Exp:

Inv N: 76719





UNIVERSIDAD NACIONAL DE RIO CUARTO
FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS
LICENCIATURA EN ECONOMIA

Precios de transferencia internacionales

La aplicabilidad del principio Arm's Length

Tesis de Grado

Alumno: Patricio Castells

Directora: Ana Vianco

2016

76719

MFN:
Clasif:
E-1739

Índice

Introducción	3
Resumen	5
Glosario	6
Capítulo I: Tributación internacional y el rol de los precios de transferencia.....	7
I.1. La Empresa Multinacional: Origen e Impacto en la tributación internacional	7
I.2. Origen del estudio de los precios de transferencia.....	10
I.3. Conceptualización de los precios de transferencia internacionales	14
I.4. Importancia de los precios de transferencia.....	16
I.5. El Problema de Fijación de los Precios de Transferencia Internacionales.....	20
I.6.1. Problemas de Doble Imposición	23
I.6.2. Competencia Fiscal.....	24
I.6.3. Impacto en los sistemas tributarios: asimetría fiscal y regresividad	26
I.7. Los aportes de la OCDE y su recepción legislativa	27
Capítulo II: El Principio de Plena Competencia en los Problemas de Fijación de los Precios de Transferencia.....	30
II.1. El Origen del Principio de Plena Competencia	30
II.2. Conceptualización del Estándar Arm's Length	32
II.3. El Principio Arm's Length y El Sistema de Fórmula Global	33
II.4. La aplicabilidad del Estándar Arm's Length.....	35
II.4.1. El concepto de vinculación.....	37
II.4.2. El concepto de comparabilidad.....	38
II.4.3. Métodos de aplicación.....	40
II.5. El principio de plena competencia como un estándar	43
Capítulo III: Las bases de la crítica al Estándar Arm's Length.....	48
III.1. Precio Arm's Length y su posición dentro de la firma.....	48
III.1. Teoría de los costos de transacción y aplicabilidad del estándar arm's length	49
III.2. El principio de Entidad Separada	52
III.3. Estructura de Mercado y el tratamiento de los intangibles en EAL	54
III.4. Inequidad Fiscal	56
III.5. La experiencia normativa y jurisprudencial del estándar	57
III.5.1. Experiencias Normativas y Jurisprudenciales Comparadas	59
III.5.2. El Estándar Arm's Length en la Normativa y Jurisprudencia Argentina	64

Reflexiones Finales	70
Bibliografía	74

Introducción

El surgimiento y la expansión de la empresa multinacional (EMN) entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX ha producido transformaciones en diversos ámbitos de la economía mundial, dentro de los cuales, la tributación internacional no ha quedado exenta.

Este resultado, es producto de que la EMN, a través de la instalación de filiales o subsidiarias en diferentes países, desarrolla sus actividades y/o procesos al interior de la firma bajo condiciones diferentes a las que pueden desarrollar empresas independientes.

Estas operaciones, denominadas intra-empresa, se llevan a cabo al margen de las condiciones que imperan en un mercado abierto, lo que produce, entre otros aspectos, el incentivo para la EMN de manipular los precios de las transacciones intra-empresa a fin de trasladar sus utilidades desde países de elevada imposición hacia aquellos que presenta condiciones fiscales más favorables. Esta situación es la que configura el nacimiento de los precios de transferencia internacionales (PTI) y con ello el problema de su regulación en materia de tributación internacional.

Resultado de este proceso, se produce en Estados Unidos, en el año 1935, el surgimiento del principio de plena competencia como mecanismo de solución al problema de fijación de los precios de transferencia. El mismo ha sido recogido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) a partir de los años 60 como el paradigma dominante en el tratamiento de los PTI, posicionándose el organismo como el principal impulsor para su aceptación en diferentes administraciones tributarias.

Sin embargo, desde finales del siglo XX e inicios del actual, se ha producido una creciente dificultad en su aplicación y capacidad para resolver las disputas, así como también permitir que las administraciones tributarias conserven sus potestades tributarias frente a estrategias agresivas de planificación fiscal. Como resultado, se ha producido una creciente erosión de la base imponible de las EMN junto a un proceso de elevado nivel de litigiosidad resultado de disputas producidas en relación a las potestades tributarias de los diferentes Estados implicados en estas operaciones.

Bajo este contexto, han surgido un conjunto de aportes y experiencias que han llevado a plantear la sostenibilidad del principio de plena competencia (PPC) como el paradigma dominante en el problema de fijación de los PTI, planteando la necesidad de un nuevo estadio evolutivo en el tratamiento de estas operaciones en la tributación internacional.

Resumen

El presente trabajo focalizado en la aplicabilidad del principio Arm's Length consta de tres capítulos y su correspondiente conclusión. En el primer capítulo, se aborda un análisis de la tributación internacional desde la perspectiva de la empresa multinacional, a fin de poder situar desde donde tienen su origen los precios de transferencia, así como también sus consecuencias e impactos en materia de tributación internacional. En este primer acápite el objetivo es posicionar al lector dentro del escenario de los PTI, a través de su conceptualización, las dificultades en su tratamiento y su relevancia. En el segundo capítulo, se expone el objeto de estudio del presente trabajo, el principio arm's length, a fin de entender cuáles son sus principales características, su origen y los elementos que constituyen al mismo para su aplicabilidad. Por último, en el tercer capítulo, se exponen un conjunto de posiciones críticas que han puesto en duda la aplicabilidad del principio arm's length, donde adicionalmente a ello se expone un conjunto de elementos jurisprudenciales existentes que han mostrado debilidad en la aplicabilidad del principio como mecanismo de solución al problema de fijación de los PTI. Finalmente, se abordan las conclusiones como un cierre al análisis de la aplicabilidad del principio, donde se busca exponer los posibles escenarios a futuro destacando la relevancia que tendrá el plan de acción *BEPS (Base Erosion and Profit Shifting)* en los próximos años.

Glosario

AFIP: Administración Federal de Ingresos Públicos

BCRA: Banco Central de la República Argentina

BEPS: Base Erosion and Profit Shifting (Erosión de la base imponible y traslado de beneficios)

CP: Cost Plus (Costo Adicionado)

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación

CUP: Comparable Uncontrolled Price (Precio Comparable No Controlado)

EAL: Estándar Arm's Length

EMN: Empresa Multinacional

IED: Inversión Extranjera Directa

IRS: Internal Revenue Services (Servicio de Impuestos Internos)

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

PAL: Principio Arm's Length

PES: Principio de Entidad Separada

PR: Precio de Reventa

PTI: Precios de Transferencia Internacionales

RMM: Regla del Mejor Método

SFG: Sistema de Formula Global

SH: Sociedad Holding

TFN: Tribunal Fiscal de la Nación

TIC: Tecnologías de la Información y Comunicación

Capítulo I: Tributación internacional y el rol de los precios de transferencia

1.1. La Empresa Multinacional: Origen e Impacto en la tributación internacional

El fenómeno de la globalización es definido por el Fondo Monetario Internacional como: *“la creciente dependencia económica mutua entre los países del mundo ocasionada por el creciente volumen y variedad de transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como por la de flujos internacionales de capitales, y por la aceleración de la difusión de la tecnología en más lugares del mundo”* (Fondo Monetario Internacional, 1997, pág. 50). En esta misma línea, la Comisión Europea, define al fenómeno como: *“el proceso mediante el cual los mercados y la producción de diferentes países están volviéndose cada vez más interdependientes debido a la dinámica del intercambio de bienes y servicios y a los flujos de capital y tecnología. No se trata de un fenómeno nuevo, sino de la continuación de desarrollos que habían estado funcionando durante un tiempo considerable”* (Thompson, 1999, pág. 2).

Este fenómeno se inserta como un proceso de trascendental importancia en la transformación de las condiciones internacionales, hallando entre estas transformaciones, la apertura de los mercados nacionales a través del libre comercio, los procesos de fusiones y adquisiciones empresariales, un estado mínimo con una pérdida de poder progresiva y un proceso de desregulación financiera internacional a favor del libre comercio, donde la empresa multinacional (EMN) se establece como un agente esencial dentro del proceso.

En este sentido, observa Held (1995), que la aparición de la EMN se inserta en el complejo proceso de la globalización, como una manifestación más de las modificaciones de las transacciones socioeconómicas en términos de extensión, intensidad y velocidad y de generación de redes transcontinentales de interacción y ejercicio del poder. En esta misma línea, Dicken (2011) considera que se puede observar una relación recíproca entre EMN y globalización que viene condicionada por una etapa posterior a los procesos de internacionalización de la economía y que se produce a partir de la integración funcional de esa dispersión internacional de las actividades.

A partir de este proceso de integración, observado por Dicken (2011), es donde la tributación internacional halla los principales inconvenientes que impactan de forma directa en la estructura de las diferentes administraciones.

Duran (2001) señala que una empresa es multinacional cuando dirige actividades generadoras de valor añadido en el exterior instrumentalizadas a través de unidades jurídico-empresariales (filiales). Siendo la inversión extranjera directa (IED) el modo a través del cual la empresa se hace multinacional o transnacional.

Los planes comerciales de las EMN's y su estrategia de localización física, a través de la integración vertical u horizontal, son efectuados con prescindencia de las fronteras geográficas de los países donde se establecen (Dicken, 2011). Entre los diversos factores que determinan la localización, influyen de manera significativa los factores impositivos.

En este sentido, los sistemas impositivos inciden en las decisiones que determinan el establecimiento y forma jurídica de las inversiones extranjeras, condicionan la ruta o dirección de flujos de caja transfronterizos y afectan a las decisiones operativas de producción y comercialización internacional de productos y servicios. Por estos motivos es que a la EMN le preocupan los aspectos vinculados a la tributación internacional, tanto desde el comienzo de su proceso de transnacionalización (realización de inversión extranjera directa en el exterior) como en su desarrollo (decisiones operativas de producción, comercialización y financiación internacional) y reorganización futura (relocalizaciones secuenciales) (Durán, 2001).

La EMN ha influido preponderantemente en las nuevas condiciones de la tributación internacional a partir de configurar un sujeto pasivo que por su naturaleza enfrenta múltiples sistemas tributarios, consecuencia de sus múltiples transacciones intercompañía desarrolladas en diferentes jurisdicciones, produciendo así una mayor complejidad en su regulación.

En este contexto, los Estados compiten para atraer hacia su propio territorio el mayor número de empresas posibles, utilizando diversos mecanismos, entre los que se destacan los incentivos fiscales. Frente a esta situación, los Estados deben realizar ajustes en sus estructuras tributarias a fin de proteger sus ingresos, desalentar la competencia fiscal lesiva y fortalecer su potestad tributaria.

Adicionalmente, esta situación no solo exige consideraciones en su tratamiento por parte de los Estados de modo unilateral sino también en modo multilateral, lo que dota de mayor complejidad al entramado que configura el sistema tributario internacional. Esto es así debido a que muchas políticas nacionales pasan a tener efectos más allá de la frontera de su país, situación que el ámbito tributario no está exento, y por ello, es que los impuestos, aunque de ámbito nacional, influyen en la asignación internacional de recursos.

Estas cuestiones han hecho que las normas tributarias sobre las sociedades sufran importantes cambios, como la tendencia a reducir los tipos impositivos asociándolos a una ampliación de la base gravable, así como la introducción de incentivos fiscales a la inversión empresarial que han tenido como fundamento el atraer inversión extranjera.

En este escenario el riesgo para los Estados reside en que estas megafusiones, situadas en todas partes y en ninguna en especial, no están reguladas en forma eficiente; los capitales se mueven libremente, puesto que el sistema capitalista no ha hallado aun forma de institucionalizarlas. No son ilegales en sí mismas, pero tampoco están sujetas a ninguna regla burocrática. Su agilidad, flexibilidad y, sobre todo, su movilidad le permite trasladar la producción y los mercados, rápidamente y sin esfuerzos de un lugar a otro.

Este contexto tiene como resultado la agudización de fenómenos que ya se venían produciendo pero que ahora asumen características más alarmantes, por ejemplo, los casos de competencia fiscal nociva entre los países, los precios de transferencia entre las empresas vinculadas, la proliferación de los paraísos fiscales y otras distorsiones (Villegas, 2007).

Desde el punto de vista tributario, el efecto más pernicioso es el que se produce cuando estos grupos empresariales hacen negociar entre sí a las empresas bajo su órbita lo cual se hace a precios que generalmente no son los de mercado y cuyo objetivo es tributar menos o eliminar competidores. Se trata de los llamados precios de transferencia (Villegas, 2007).

De este modo, la recaudación de los gobiernos queda sujeta al nivel de ingreso gravable dentro de su jurisdicción fiscal; y es esta base impositiva, precisamente, el corazón de los precios de transferencia en materia fiscal.

Producto de esta transformación, la EMN se ha constituido como un agente económico complejo en materia tributaria, a partir de configurar un conjunto empresarial compuesto por entes jurídicamente independientes, que se constituyen en distintos países, pero que se encuentran vinculados económicamente a través del control de una sociedad matriz. Esto ha

obligado a las administraciones tributarias a modificar el tratamiento y control de las actividades de las EMN's, incorporando en sus legislaciones una regulación en materia de precios de transferencia internacionales (PTI) aplicados a las operaciones efectuadas entre los diferentes entes que componen a la EMN.

El propósito de la regulación es impedir que las firmas internacionales utilicen su política de precios con el objetivo de distorsionar sus obligaciones fiscales en los diferentes Estados en los que desarrollan sus actividades. En Argentina el tema cobró especial significado a partir de diversos fallos efectuados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) que dieron especial tratamiento y resolución a problemas correspondientes a la vinculación económica, siendo estos precedentes absolutamente relevantes en la materia hasta la actualidad.

En resumen, las operaciones intra-empresa caracterizadas por la existencia de más de una jurisdicción, cada una con diferentes marcos regulatorios en materia fiscal, y sobre la base de los intercambios de bienes y servicios realizados entre empresas vinculadas establecidas en diferentes localizaciones, representarán un potencial problema de fijación de PTI.

Se puede observar que frente a este proceso desterritorializador de la economía, unido a las nuevas fórmulaciones de las organizaciones empresariales, consecuencia de la globalización económica, constituidas bajo este nuevo sujeto que presenta una configuración de absoluta complejidad para las administraciones tributarias, a través de sus procesos de integración vertical y horizontal, los precios de transferencia se introducen como un factor fundamental y fuertemente distorsivo tanto respecto a los hechos como a la base gravable en la tributación de estos entes y, al mismo tiempo, producen una mayor exigencia hacia las administraciones tributarias involucradas a fin de alcanzar el establecimiento de un sistema eficaz de gestión tributaria.

1.2. Origen del estudio de los precios de transferencia

Las modificaciones en las condiciones del comercio internacional y la transnacionalización de las actividades económicas de la EMN dieron origen al estudio de los precios de transferencia.

Estas nuevas condiciones, producen una fragmentación de la cadena de valor de la EMN a través de la instalación en diferentes jurisdicciones de filiales o empresas vinculadas que forman parte del mismo conjunto económico. Este proceso tiene como resultado que la EMN

comienza a desarrollar un conjunto de operaciones al interior de la misma, bajo condiciones diferentes a las de mercado abierto, dando surgimiento a los denominados *precios de transferencia*.

Mediante estas operaciones intra-empresa, *los precios de transferencia* comenzarían a producir, entre otras consecuencias, un impacto en las condiciones de tributación internacional, tanto hacia dentro de las EMN's como así también en sus relaciones con las diferentes administraciones tributarias de los diferentes Estados sobre las cuales establecían tanto sus filiales o sociedades vinculadas como así también sus matrices. Esta situación, se produce a partir de que las operaciones que realizan entre si estos entes, generalmente, no se presentan con las mismas características que las realizadas entre empresas independientes, y por lo tanto, se llevan a cabo al margen de las condiciones que imperan en un mercado abierto, generando la oportunidad para estos, vía manipulación de estos precios, de modificar el nivel de utilidades producidas en una jurisdicción de elevada presión fiscal para así transferir las mismas hacia otra con un nivel de baja o nula presión. De esta forma, este nuevo mecanismo de fijación de precios al interior de las empresas se transforma potencialmente en una herramienta de planificación fiscal fundamental para las EMN's en detrimento de la capacidad recaudatoria de los diferentes Estados, y dando lugar al nacimiento del problema de fijación de los precios de transferencia en el ámbito de la fiscalidad internacional.

Si bien existen registros de prácticas de manipulación de precios de transferencia desde finales del siglo XIX con las primeras EMN, sería recién en 1915 en Gran Bretaña, y posteriormente, en 1917 en Estados Unidos, donde se producirían sus primeras apariciones formales en el escenario económico mundial a partir de la incorporación de su tratamiento en dichas legislaciones. Sin embargo, en ese entonces el concepto surgía exclusivamente como un instrumento preventivo dentro de dichas legislaciones, sin profundizar en las potenciales consecuencias normativas que serían motivo de controversia y reiteradas reformas a partir de su incorporación a los esquemas legislativos (Mosqueda Almanza, 2009). El surgimiento y las exigencias en el campo legislativo posteriormente impulsaron, los primeros estudios en el campo teórico, que intentaron analizar el impacto de esta materia en relación a las EMN's.

En este sentido, el estudio de Cook, en 1955, es considerado pionero en la materia. En el mismo, el autor arriba a la conclusión de que la implementación de precios internos tiene éxito cuando se maximizan los beneficios globales, a partir de la observación y análisis de la empresa en su conjunto (Mosqueda Almanza, 2009).

A partir de este trabajo surgirán diferentes enfoques tratando de analizar este planteamiento, en el que se destacan los aportes realizados por Hirshleifer (1956), siendo este uno de los primeros economistas en abordar la temática. Bajo su propuesta de un estudio marginalista del problema, considera el autor que el principal problema consiste en establecer un precio para los intercambios de bienes y servicios intra-empresa (entre unidades descentralizadas de una misma empresa), que tenga como fin maximizar la utilidad global. Desde su perspectiva, el interés por la temática se establece en que estos afectan tanto el nivel de actividades dentro de las unidades como a la tasa de retorno sobre la inversión por la cual cada unidad es evaluada y, finalmente, la ganancia total de la empresa (Hantke-Domas, 2011). En este sentido, Hirshleifer (1956) considera que cualquier planteamiento sobre los precios de transferencia debe considerar las condiciones operativas de cada empresa con el fin de que no se afecten los costos de las filiales vinculadas en dicha operación (Hirshleifer, 1956).

De esta forma, argumenta Hirshleifer (1956) que bajo condiciones de mercados competitivos el valor de mercado es la mejor referencia para evaluar la transferencia interna de productos. Sin embargo, frente a una situación en la cual el mercado no es perfectamente competitivo o el mercado para la transferencia del producto no existe, el precio de transferencia correcto debe ser el costo marginal o un precio entre este costo y el precio de mercado.

Sin embargo, debido a las limitaciones del enfoque marginalista propuesto por Cook y Hirshleifer, se produce la aparición de nuevos aportes en la materia orientados a redefinir las ideas principales de estos autores.

En este sentido, junto al enfoque marginalista (Hirshleifer, 1956; Cook, 1955), surgen otros enfoques que desarrollan diferentes análisis y propuestas al tratamiento de los precios de transferencia, estos son: el enfoque impositivo (Horst, 1971); estudios del comportamiento empresarial (Watson & Baumer, 1975); el enfoque *ad hoc* y contable (Williams & Griffin, 1964); el problema del control de gestión de precios de transferencia con métodos de programación lineal Baumol (1964) y Dopuch y Drake (1964), y, posteriormente; sobre las

funciones financieras o estratégicas de los precios de transferencia (Alworth, 1988) (Arpan, 1971) (Radebaugh, 1981), entre otros.

Estos aportes al estudio de los precios de transferencia al interior de la EMN se orientaban a un análisis de las condiciones económicas generales de este agente, incorporando al factor impositivo como una variable dentro de esta problemática, sin ser considerado fundamental el análisis del impacto impositivo.

Adicionalmente, a los aportes del estudio económico de los precios de transferencia, se han desarrollado numerosos aportes desde una visión tributaria de la problemática. En este sentido, Borkowski (2010) considera que las autoridades tributarias de los países se interesan por las transacciones entre compañías que forman parte del mismo grupo empresarial o al interior de sus propias divisiones, cuando éstas se realizan a nivel internacional, siendo dicha preocupación de la autoridad consecuencia de que esas transacciones puedan ser utilizadas impropriamente para facilitar el movimiento de ingresos y el oscurecimiento de información financiera. Al respecto, la principal consecuencia de ese movimiento se puede ver reflejada en una progresiva reducción de los ingresos de los Estados con mayor carga impositiva, disminuyendo así el financiamiento de los bienes públicos y, adicionalmente, su potestad y legitimidad tributaria (Sikka y Willmott, 2010). Este hecho es contrastado por múltiples estudios empíricos que muestran la correlación negativa entre ganancias y sistemas impositivos, donde una baja carga tributaria produce una mayor ganancia para las compañías en forma consolidada a partir de los beneficios de incorporar en su cadena de valor jurisdicciones de baja o nula tributación (Bernard, Jensen y Schott, 2006).

El aporte de estudios vinculados al análisis tributario de la problemática ha tomado una creciente trascendencia, principalmente desde los últimos años del siglo XX y principios de este, no solo a través de los realizados por diferentes autores, sino también a través de diferentes propuestas realizadas por organismos internacionales que focalizaron sus análisis y propuestas en problemáticas específicas del aspecto tributario del problema de fijación de los PTI, destacándose los aportes realizados por la OCDE en su plan de acción BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) expresado en su reporte final del año 2015 con la participación de países miembros y no miembros del organismo.

Los aportes expresados, tanto desde el análisis económico como tributario de la problemática, han permitido poder conceptualizar a los PTI dentro del análisis de la tributación internacional, y con ello, permitir el desarrollo de una evolución constante en su tratamiento.

1.3. Conceptualización de los precios de transferencia internacionales

Desde que el concepto de precios de transferencia tuvo su aparición en los primeros abordajes sobre la temática, su estudio ha avanzado en su percepción, forma y contenido. En una primera etapa se los denominó “precios ocultos”, para posteriormente considerarlos como precios internos o de transferencia. Sin embargo, debido a que la temática abordada no se presenta exclusivamente en el ámbito doméstico, algunos autores optaron por realizar la distinción entre “precios de transferencia internos” o “domésticos” y “precios de transferencias internacionales” o “precios multinacionales”.

Si bien no existe un consenso a nivel internacional de su conceptualización, existe un conjunto de aportes realizado por doctrinarios y organismos internacionales interesados en la problemática de los PTI vinculados a la tributación internacional.

Así, dentro de este tratamiento conceptual se puede encontrar, por un lado, aquellos autores que establecen los elementos particulares de operaciones en las que se tipifica la existencia de un precio de transferencia, considerando a este un concepto neutro, mientras que, por otro lado, otros autores los han definido a partir de su potencial como herramienta de planificación fiscal para los diferentes grupos multinacionales.

Con respecto a la primera posición Reig, Gebhardt, & Malvitano (2006, pág. 116) establecen que: “El concepto de precios de transferencia se aplica a los valores asignados a bienes, servicios y/o tecnología, objeto de transacciones entre empresas vinculadas que responden a un mismo ente de control y operen en diferentes jurisdicciones fiscales”. En esta misma línea García Prats (2005, pág. 35) considera que los precios de transferencia refieren a: “El precio fijado para un producto o servicio suministrado por parte de una entidad perteneciente a un grupo, a una entidad o parte de dicho grupo”. Agregando al respecto: “La existencia de un precio de transferencia implica dos elementos: a) una transacción económica evaluable, (b) que es realizada entre dos partes relacionadas o asociadas”. Por su parte, Villegas (2007, pág. 635) establece que “Son los precios que fijan empresas o grupos vinculados por transacciones

entre ellos y que son distintos de los precios de competencia fijados por empresas independientes actuando en circunstancias similares”.

Por otro lado, apartándose de la neutralidad conceptual de la temática, un conjunto de autores realiza su abordaje desde un análisis netamente fiscal: Herrero Mallol (1999, pág. 25) define los precios de transferencia como: “Aquel valor de pago (precio) que se pacta y realiza entre sociedades vinculadas de un grupo empresarial multinacional, por transacciones¹ de bienes (físicos o inmateriales) o servicios y que pueden ser diferentes a los que se hubieran pactado entre sociedades independientes”. El autor agrega que: “... la pertenencia común de las partes vinculadas a las operaciones tiene como resultado la aplicación de precios que pueden ser diferentes a las condiciones de mercado y, que adicionalmente, presentan la potencial utilidad de herramienta fiscal a fin de poder utilizarlos como medio para transferir las utilidades desde las jurisdicciones de mayor imposición hacia aquellas más favorables”. En este mismo sentido, Rosembuj (2008, pág. 9) observa que: “el precio de transferencia presupone la divergencia entre el precio estipulado entre empresas asociadas, conjunto vinculado, y el precio de competencia, fijado por empresas independientes actuando en circunstancias similares. La gestión del precio en el conjunto vinculado es distinta a la que resultaría si las entidades no fueran miembros del mismo y respetaran los precios de mercado (*at arm's length*)”. Y agrega al igual que el autor anterior la existencia de la potencial manipulación a partir de que: “El precio de transferencia es una decisión u oportunidad de empresa y una decisión u oportunidad fiscal dentro de la organización que permite la autorregulación global del costo fiscal de las operaciones, respondiendo a la naturaleza propia de la vinculación de sus miembros”. En este mismo sentido, Checchin (2005, pág. 25) establece que estos precios fijados por empresas relacionadas a través de las transacciones efectuadas entre estas, presentan como propósito fundamental la manipulación de los beneficios dentro del grupo económico a fin de obtener una menor presión tributaria y de esta forma maximizar el rendimiento de la inversión.

Por su parte, la posición de los organismos internacionales en relación a la conceptualización, ha sido por establecerse dentro de la neutralidad conceptual. En este sentido, la Organización

¹ En este caso es importante realizar la aclaración de que, al hablar de transacciones, estas se refieren generalmente a existencias en distintas etapas de la cadena de valor, como así también royalties para uso de filiales, asistencia técnica, cesión de créditos u otros activos, prestaciones de variados servicios, compraventa y arrendamiento, tecnología, suministro de mercancías, marcas o prestamos efectuados por otra empresa del mismo grupo.

para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) en su informe del año 1995 los define como: “los precios a los cuales una empresa transfiere bienes físicos, propiedad intangible o provee servicios a una empresa asociada”. Agregando a esta definición el concepto de empresa asociada como: “...aquella residente en un Estado que participa directa o indirectamente en el gerenciamiento, control o capital de otra en otro Estado, o si las personas participan directa o indirectamente en el gerenciamiento, control o capital de ambas empresas...” (D’ Agostino, 2008). Un aporte destacado al respecto, lo ha realizado el Servicio de Rentas de los Estados Unidos (*IRS por sus siglas en ingles*), quien se ha establecido como otra de las estructuras de referencia normativa por su antigüedad y desarrollo en el área considerando al respecto que: “En el mercado libre, los precios de transferencia son los que un comprador está dispuesto a pagar a un vendedor dispuesto a vender. Es una práctica comercial común y necesaria de la comunidad comercial internacional.”(IRS, 1978, pág. 357). Sin embargo, considerando la particular condición de las EMN’s, el organismo agrega: “Estos contribuyentes dejan de lado las consideraciones convencionales relativas a economía o prácticas comerciales, tales como tasa razonable de rendimiento de inversiones en las diversas operaciones comerciales, o condiciones de mercado, como factores principales para la determinación de las prácticas de fijación de precios y de transferencias internas a la empresa.”(IRS, 1978, pág. 357).

Debido a esta divergencia en su conceptualización, aun frente a la existencia de elementos comunes, se ha producido una falta de consenso en ámbitos esenciales del tratamiento de los precios de transferencia, lo que ha llevado a que, tanto en ámbitos doctrinarios, como legislativos y jurisprudenciales, no se logre una genuina armonización en la temática. Aun así, su importancia e impacto en la tributación internacional ha permitido alinear, aun con estas divergencias, los objetivos y análisis que plantea la problemática del estudio de los PTI.

I.4. Importancia de los precios de transferencia

Resultado de que en las últimas décadas, el comercio y la inversión internacional han presentado una expansión notable, incrementándose así las transacciones multilaterales entre grupos empresariales establecidos en diferentes países a través de filiales, alianzas, asociaciones, y diversas otras clases de formas societarias, el análisis e incidencia de los precios de transferencia sobre el comercio internacional se ha convertido en un aspecto esencial dentro de la planificación de estos conglomerados.

En este contexto, se ha establecido una tendencia creciente a un mayor control de las operaciones internacionales, consecuencia de un escenario mundial con una menor contribución del impuesto a la renta de las EMN's evidenciada en un creciente déficit fiscal en las economías desarrolladas, resultado de la implementación de estrategias de planificación fiscal agresivas que han llevado a una erosión de las bases tributarias y la deslocalización de beneficios desde jurisdicciones de alta imposición hacia jurisdicciones de baja imposición.

Bajo estas condiciones, la soberanía fiscal y los ingresos tributarios de los Estados, han quedado claramente vulnerados y, por lo tanto, los PTI se establecen como el principal tópico en materia de tributación internacional, tanto para las economías desarrolladas como para las subdesarrolladas.

Así, el impacto e importancia de este tipo de operaciones puede ser observado a partir de las corrientes de IED hacia países en desarrollo, donde estas se han incrementado 22 veces desde el año 1990 con 34.657,33 millones de dólares hasta el año 2015 con 764.670,44 millones de dólares, observándose un incremento promedio de \$ 29.200 millones de dólares por año². El comercio intragrupo ha pasado de representar el 42% del comercio en los países desarrollados en el año 1995 a casi el 60% en el año 2015³.

En este escenario, la organización mundial de comercio estima que el contenido importado de las exportaciones alcanzará el 60% para el año 2030, comparado con el 20% de los años '90 y el 40 % en 2012, dificultando aún más las condiciones de tratamiento en materia de PTI (Baistrocchi, 2008).

En respuesta a esta situación, la incorporación de regulaciones en materia de precios de transferencia ha sido creciente en los diferentes estados implicados en esta problemática. Así, en este proceso se puede observar que en el periodo 1994-1997, solo 11 Estados contaban con regulaciones en la materia, mientras que en el año 2015 este número alcanzó a los 94 Estados.

² Datos obtenidos de UNCTAD Stat United Nations Conference On Trade And Development correspondientes a Inversión Extranjera Directa: Stock y Flujos de Ingreso y Egreso, Serie Anual, Periodo disponible 1975-2015 – link: <http://unctadstat.unctad.org/wds/TableViewer/tableView.aspx?ReportId=96740>.

³ Datos obtenidos de UNCTAD Stat United Nations Conference On Trade And Development – Merchandise: Intra-trade and extra-trade of country groups by product, annual, 1995-2015 Table summary (opens new window) - <http://unctadstat.unctad.org/wds/TableViewer/tableView.aspx?ReportId=24397>

Este carácter de supranacionalidad de la materia, ha llevado a que diversos organismos internacionales destaquen su importancia. En este sentido, la posición de las Naciones Unidas establece al respecto que: "...La fijación de precios de transferencia es una cuestión de primordial importancia tanto para los países desarrollados como para los países en desarrollo, en relación con el régimen internacional adecuado de cada una de las EMN's y de sus complejas redes filiales y sucursales" (Cecchini, Pág. 30)⁴. Por su parte, la OCDE, expresa en el párrafo 12 de sus directrices que: "los precios de transferencia son significativos tanto para los contribuyentes como para las administraciones tributarias porque determinan en gran medida los ingresos y los gastos y, los beneficios gravables de las empresas asociadas situadas en diferentes jurisdicciones fiscales" (OCDE, 2015).

En este sentido, el aspecto relevante se centra en materia fiscal, a partir de la manipulación potencial de estos precios que pueden ejecutar las EMN's a fin de arbitrar a través de esta herramienta sus utilidades desde jurisdicciones de elevada carga fiscal hacia otra con carga fiscal baja o inclusive nula, produciendo para las administraciones tributarias de mayor imposición una erosión sobre la base imponible sujeta a los diferentes gravámenes y, adicionalmente, debilitando las potestades tributarias de los Estados afectados.

En este sentido observa la OCDE en su informe final del proyecto OCDE/G20 sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS) del año 2015 que: "Las filiales de EMN's ubicadas en países de baja tributación registran unos márgenes de beneficios superiores a los obtenidos a escala mundial por la EMN de la que forman parte. Por ejemplo, los márgenes de beneficio reportados por filiales de EMN ubicadas en países de baja tributación resultan, en promedio, dos veces más elevados que los registrados a escala mundial por el grupo al que pertenecen" (OCDE, 2015).

Adicionalmente a ello, observa la OCDE elevados coeficientes de gastos por intereses abonados tanto a entidades vinculadas como independientes por parte de las filiales de EMN's ubicadas en países con elevados niveles de imposición en relación a los presentados en países de baja o nula tributación.

A partir de analizar la estructura de la IED, se puede observar que la incidencia de los precios de transferencia ha llevado a canalizar los flujos de capitales desde y hacia países con

⁴En la publicación "Directrices para los acuerdos fiscales entre países desarrollados y países en desarrollo" de 1974, el grupo de expertos de naciones unidas.

estructuras favorables de convenios de doble imposición. Así en 2014, Barbados, Bermudas y las Islas Vírgenes Británicas recibieron más IED (5.11% de la IED mundial) que Alemania (un 4.77%) o Japón (3.76%). En este mismo sentido, las Islas Vírgenes Británicas fueron el segundo mayor inversor en China (un 14%) después de Hong Kong (un 45%) y por delante de los Estados Unidos (un 4%); Bermudas fue el tercer inversor en Chile (un 10%); Islas Mauricio es el principal inversor en la India (un 24%); Chipre (un 28%), las Islas Vírgenes Británicas (un 12%), Bermudas (un 7%) y Bahamas (un 6%) son los principales inversores en Rusia (UNCTAD, 2016).

En este mismo sentido, en base a datos brindados por UNCTAD del año 2016, se puede observar que mientras el volumen de la IED en todo el mundo se ha multiplicado aproximadamente por 30 en el período comprendido entre 1980 y 2015, en países categorizados de baja o nula tributación, como por ejemplo las Islas Caimán, se ha multiplicado por más de 900, hasta alcanzar los 18.987 millones de dólares. De manera similar, el volumen de inversión en Islas Vírgenes Británicas aumentó en 104.031 millones de dólares en el periodo comprendido entre 2000 a 2013, y actualmente asciende en total a más de 51.606 millones de dólares.

Un escenario análogo se puede observar en Argentina sobre datos publicados de la IED por el Banco Central de la República Argentina del año 2014, donde países con condiciones fiscales favorables (p.ej. *“exenciones, alícuotas reducidas, convenios de doble imposición”*) representan el medio de ingreso y egreso de IED a este país. Entre estos se destaca el caso de los Países Bajos con un 10% de la IED, Suiza con un 4,0% y Luxemburgo con 3,0% (B.C.R.A., 2015).

En este mismo escenario, un impacto relevante se ha dado por el exponencial desarrollo de la economía digital, la cual es puesta a consideración en la acción 1 del Proyecto BEPS denominada *“Abordar los retos de la economía digital para la imposición”*. La economía digital es definida por BEPS como: *“el resultado de un proceso de transformación desencadenado por las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), cuya revolución ha abaratado y potenciado las tecnologías, al tiempo que las ha estandarizado ampliamente, mejorando así los procesos comerciales e impulsando la innovación en todos los sectores de la economía”*.

Esta situación refleja otro de los elementos de importancia en los PTI a partir del creciente impacto en la cadena de valor de las EMN's de los activos intangibles, como así también en una mayor dificultad para gravar las utilidades de las compañías vinculadas a este sector, que desarrollan actividades descentralizadas e internalizadas.

Así, en un escenario donde las principales compañías a nivel mundial se vinculan y desarrollan en el sector de la economía digital, el tratamiento y regulación de la base imponible de sus operaciones produce un impacto sustancial en la capacidad recaudatoria de los diferentes Estados implicados.

Es por ello que la regulación de las operaciones intra-empresa se presenta como un aspecto central de la tributación internacional a fin de alcanzar un equilibrio fiscal entre los sujetos vinculados que desarrollan estas operaciones y los diferentes Estados. Esta situación ha quedado expuesta en estos últimos años a partir de los hechos producidos en los casos Starbucks, Apple, Google, Microsoft, Fiat, Mc Donalds, Intel, entre otros, donde estrategias de planificación fiscal agresivas a través de la utilización de precios de transferencia permitieron a estas compañías derivar utilidades desde jurisdicciones de elevada imposición hacia jurisdicciones de baja o nula imposición, combinándose esta herramienta con estructuras de *treaty shopping*.

Así, estos conglomerados incorporan dentro de su estructura de beneficios la potencial minimización de la carga tributaria vía precios de transferencia logrando que los beneficios que se logren después de la imposición tengan un nivel más elevado para estos conjuntos empresariales.

1.5. El Problema de Fijación de los Precios de Transferencia Internacionales

Debido a que las actividades de las EMN's presentan un flujo continuo de bienes, capitales, tecnología y servicios entre las distintas partes vinculadas del grupo, donde se configuran operaciones intra-empresa que tienen como característica distintiva, en la mayoría de los casos, de efectuarse al margen de las condiciones de mercado, a diferencia de aquellas operaciones efectuadas entre empresas independientes, se produce la necesidad de realizar consideraciones en relación al modo de valoración y configuración de las mismas.

En este sentido, una explicación a este mecanismo de operaciones se puede hallar en que el interés por parte del conjunto empresarial está centrado en el resultado del grupo de forma

consolidada y no en aquel que obtiene cada sociedad integrante del mismo en forma individual. Adicionalmente, entre los factores que inciden en las decisiones de las EMN's a fin de maximizar su utilidad global, encontramos aquellos vinculados a la planificación fiscal internacional. De esta forma, resultado de estrategias de maximización tributaria, estas poseen la capacidad de ejecutar y planificar en forma estratégica sus operaciones internacionales considerando las diferentes condiciones que presentan las jurisdicciones en las que se encuentran localizadas tanto su matriz, como así también sus sociedades controladas o vinculadas, existiendo la potencialidad de configurar una manipulación en los precios de transferencia de las operaciones intra-empresas y facilitando de esta forma el arbitraje fiscal por parte de estas.

A consecuencia de ello, la utilización de una planificación de política de precios de transferencia por parte de las EMN's se ha convertido en un mecanismo que podría facilitar la reducción de la carga fiscal global de sus utilidades sujetas a tributación, habiéndose convertido en un instrumento absolutamente relevante en materia de tributación internacional (García Prats, 2005).

Pita (2010)⁵ considera que: “como aspectos de la tributación a la renta cuyas diferencias podrían motivar el uso de los precios de transferencia para dislocar encubiertamente beneficios, además del nivel de la tasa (alícuotas diferenciales), los criterios para determinar la base imponible (deducciones, amortizaciones, compensación de pérdidas, etc.), la existencia de incentivos tributarios que conceden exenciones totales o parciales, el tratamiento otorgado a las ganancias de capital, los acuerdos para evitar la doble tributación de la renta que podrían permitir abusos en su utilización, y la efectividad de las administraciones tributarias.”

En este contexto, en el problema de fijación de precios de transferencia internacional entre partes vinculadas, existe una multiplicidad de factores que influyen en la determinación de estos, no teniendo que estar presente la existencia de una manipulación de estos con fines evasivos o elusivos. Es por ello que se produce la exigencia de un estudio profundo de las condiciones económicas que configuran el marco en el cual se realizan estas operaciones, de

⁵ Pita Claudio: I.E.F.P.A. Las administraciones tributarias de América Latina y el Caribe y los precios de transferencia. VIII Encuentro Técnico Anual de Administradores Tributarios. Extraído de Cecchin Pág. 30

las características propias de los productos involucrados y de las condiciones intrínsecas de la operación en sí para finalmente poder establecer la existencia de manipulación de precios. Esta condición es la que hace referencia la OCDE a partir de “la presunción de no evasión”, donde en su guía de precios de transferencia para empresas multinacionales y administraciones tributarias del año 1995⁶, señala que: “Frecuentemente, las entidades o unidades de negocios de una misma organización multinacional negocian entre sí como si fueran partes independientes. Es por ello que el término precio de transferencia es usado a veces con un sentido peyorativo, al tratar de trasladar renta imponible de una jurisdicción con impuesto alto a otra con impuesto bajo” (OCDE, 1995). Sin embargo, frente a la existencia de estas presunciones en materia de precios de transferencia, las directrices de la OCDE sobre precios de transferencia y empresas multinacionales de 1997 expone que: “la consideración de los precios de transferencia no debería confundirse con la consideración de los problemas del fraude o de la elusión fiscal, aun cuando las políticas de precios de transferencia puedan ser utilizadas para dichos fines debido a que tal término es neutral” (OCDE, 1997).

Sin embargo, aun conservando la neutralidad del término, observa Villegas (2007, pág. 635) que: “El papel más importante en las distorsiones fiscales corresponde a los precios de transferencia o *transfer prices*, que han sido tratados y caracterizados por numerosos autores con diversos enfoques”. En este sentido, el principal problema en materia de tributación internacional que presentan los precios de transferencia se produce, aun conservando la neutralidad del término, a partir de dificultar la correcta asignación de la renta producida en cada territorio consecuencia de que las corrientes de ingresos y egresos de estas compañías pueden no estar determinadas bajo las condiciones exigidas por las diferentes administraciones.

De esta situación se deriva que tanto para las administraciones tributarias como así también para las EMN's se producen dificultades como problemas de doble imposición, competencia fiscal lesiva sobre la base de prácticas elusivas y evasivas, así como también un impacto en las condiciones propias de los sistemas tributarios de cada Estado afectando principios fundamentales de tributación como la equidad, la proporcionalidad o la razonabilidad.

⁶Extraído del libro de Checchin- pag. 24: Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. O.E.C.D. 1995

Precisamente, el aspecto fiscal que motivo el contacto de los distintos países fue el relativo a la doble imposición, añadiéndose posteriormente las dificultades que comenzaron a causar las EMN's con matriz en su país y filiales en otros (Villegas, 2007).

1.6.1. Problemas de Doble Imposición

La principal consecuencia de la doble imposición se deriva en las controversias que surgen entre los diferentes Estados implicados en estas operaciones. Si bien, en los últimos años, la mayoría de los Estados frente a esta situación han optado por recurrir al Art. 9 de los convenios para evitar la doble imposición de la OCDE, el problema radica en que se producen diferentes políticas de tratamiento respecto a este tipo de transacciones entre los Estados implicados.

Subproducto de la falta de armonía entre las diferentes legislaciones existentes, desde el punto de vista de las EMN, se produce el problema de que sus operaciones involucran a más de una jurisdicción tributaria y, cualquier ajuste de los PTI en una jurisdicción debería implicar el ajuste correlativo pertinente en otra jurisdicción. Sin embargo, existe la posibilidad que, ante la falta de coordinación internacional en la materia, la otra jurisdicción no esté de acuerdo en realizar un ajuste correlativo, produciendo que el grupo multinacional tribute dos veces por la misma parte de sus beneficios.

En este sentido, si bien los objetivos por parte de los principales organismos internacionales ha sido producir una homogeneidad global sobre la regulación en la materia, a fin de facilitar las condiciones de determinación tanto para contribuyentes como administraciones tributarias, en este sentido difícilmente puede hablarse de una regulación tributaria homogénea o típica de reacción contra los precios de transferencia entre entidades vinculadas. De hecho, existe una gran disparidad entre las normativas tributarias estatales que reaccionan contra la práctica de estos.

De esta manera se produce la necesidad de una regulación homogénea a nivel internacional sobre aspectos fiscales de las transacciones entre partes vinculadas, las cuales plantean cuestiones fiscales cada vez más complejas tanto para las administraciones tributarias como para las propias EMN, consecuencia de que no se pueden considerar aisladamente las normas de tributación de las EMN de cada país, sino que deben ser abordadas en un contexto

internacional amplio⁷. Por ello es necesario que se establezcan las pautas necesarias de como determinar a efectos fiscales los precios de transferencia de operaciones transfronterizas con el objeto de reducir los riesgos de esta doble imposición.

1.6.2. Competencia Fiscal

A partir de las mayores exigencias en planificación fiscal internacional por parte de las EMN's, junto con la existencia y mayor apertura de los denominados "paraísos fiscales", se ha producido un avance en los últimos años de las técnicas de elusión y evasión tributaria en detrimento de la capacidad recaudatoria de los diferentes Estados afectados por estas prácticas.

Estos mecanismos son implementados, entre otros medios, a través de la triangulación de las operaciones o de la intervención de "terceros" (intermediarios) que no son los destinatarios finales de las mercaderías o servicios, permitiendo de esta manera direccionar los flujos de las empresas de manera que recaigan sobre las sucursales o filiales ubicadas en territorios de baja o nula tributación para minimizar la carga tributaria del grupo en su conjunto siendo un medio de conducción dentro de este circuito la planificación de los PTI.

Esta situación ha producido desarrollo de un proceso denominado "competencia fiscal lesiva" donde el poder monopólico de imposición de los diferentes Estados se ve afectado frente a la existencia de otros con niveles preferentes de tratamiento, convirtiéndose estos últimos en "Estados cooperadores" en los procesos de planificación fiscal de las EMN's y, consecuencia de ello, exigiendo por parte de aquellas administraciones afectadas un tratamiento diferencial hacia estos que puede incluir consideraciones de mayor rigidez en el tratamiento de sus operaciones como, por ejemplo, ocurre en nuestro país⁸.

Dentro de este proceso de "competencia fiscal" dos conceptos se establecen como centrales: elusión y evasión fiscal. Podemos definir el concepto de elusión según la posición expuesta por el Instituto de Estudios de las Finanzas Públicas Argentinas (2012, Pág. 7) que considera que: "existe elusión cuando el contribuyente evita el pago del impuesto mediante la violación directa de la norma que dispone la obligatoriedad del mismo, es todo acto u omisión que, en

⁷ Parrafo 1 de Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas internacionales y administraciones tributarias de OCDE de 1979, revisión 1999.

⁸ Decreto 1344/98 – Reglamentario de la Ley de Impuesto a las Ganancias N° 20.628. El artículo 21.7 del decreto reglamentario considera países de baja o nula tributación, incluidos, en su caso, dominios, jurisdicciones, territorios, Estados asociados o regímenes tributarios especiales

contra de lo establecido por la legislación fiscal, provoca la disminución o eliminación de las obligaciones tributarias”. En este sentido, elusión y evasión se presentan como dos conceptos vinculados pero distintos, agregando el organismo a lo anterior que: “la elusión impositiva implica asumir formas jurídicas inadecuadas para la relación económica subyacente que se intenta instrumentar, de manera de obtener una reducción de la carga tributaria aprovechando lagunas y vacíos legales”.

Este proceso de competencia fiscal lesiva se estructura sobre la base de la “cooperación” de diferentes estados bajo la configuración de los conceptos indicados anteriormente y dando de esta forma lugar a la evasión y elusión de Estado. En cuanto a la primera, supone la cooperación activa con la ocultación de renta o riqueza del no residente, constituyendo así un doble comportamiento lesivo: en el residente que pretende evadir, y en la otra jurisdicción que permite ocultar esa evasión. Este concepto no solo alcanza a los estados considerados como paraísos fiscales, sino también aquellos Estados que aportan a la falta de transparencia en materia fiscal. Requiere la cooperación activa en la ocultación de rentas o riqueza del sujeto no residente, al tiempo que se perjudica el interés fiscal de terceros Estados, siendo este un comportamiento ilícito de otro sujeto público cooperador. Por su parte, la elusión de estado, se establece como un principio general del derecho internacional tributario. Su presupuesto consiste en la creación de regímenes preferentes, motivada exclusivamente por finalidades fiscales (*taxdriven*), en perjuicio del interés fiscal de otro u otros Estados. En este caso, es el establecimiento de condiciones fiscales preferentes, especiales o excepcionales, donde estos Estados “cooperantes” buscan absorber ingresos de otros optando como única estrategia los incentivos fiscales.

En este contexto, los precios de trasferencias internacionales se convierten en la principal herramienta utilizada en materia de asignación y reasignación de rentas de los principales conglomerados económicos hacia estos Estados. Sin embargo, según Tulio Rosembuj (2001) no puede advertirse competencia fiscal lesiva por el mero hecho de constatar diferencias en el nivel de la carga tributaria o disparidad en los impuestos sobre la renta o beneficios, sin prestar atención a la desigualdad de desarrollo económico y social o, en igual sentido, confundiendo regímenes promocionales con infundado privilegio fiscal.

Independientemente de la afirmación precedente, es importante observar que aun cuando la existencia de países con niveles de baja a nula tributación se fundamenta en la necesidad de

atraer inversión extranjera a sus jurisdicciones; este contexto ha incentivado a diferentes EMN's a considerar dentro de sus estrategias de planificación fiscal las condiciones sobre las cuales estos Estados dan tratamiento a las condiciones fiscales, empleando los PTI a fin de beneficiarse de los tipos impositivos inferiores y trasladar beneficios.

1.6.3. Impacto en los sistemas tributarios: asimetría fiscal y regresividad

Esta transformación en las condiciones de tributación internacional, no solo inciden en el ámbito supranacional, sino también producen consecuencias dentro de los sistemas tributarios de cada Estado a partir de transformar tanto las condiciones materiales como formales de los sistemas tributarios nacionales, destacándose entre otros aspectos, sus consecuencias en materia de equidad, proporcionalidad y progresividad.

En este sentido, un problema de "asimetría fiscal" y una desventaja en las condiciones tributarias para otras sociedades no multinacionales, se establece a partir de que estas no presentan las mismas condiciones que las EMN's debido a que al no poder trasladar beneficios y tener que asumir en su totalidad la carga tributaria afrontan muchas veces condiciones de fiscalidad más desfavorables que afectan sus condiciones de competitividad. De esta forma, la situación expuesta puede implicar verdaderos abusos que erosionan la recaudación tributaria, tornando desigual el tratamiento fiscal dado a pequeños y medianos empresarios que explotan sus empresas a niveles locales.

Adicionalmente a ello, la utilización de precios de transferencia contribuye a diluir la aplicación de la legislación impositiva de un determinado país con el consecuente efecto de elusión fiscal.

Es por ello que el objetivo de toda administración tributaria se trazara sobre la base de tratar que tanto las EMN y sus subsidiarias se ajusten al peso tributario en forma equitativa respecto de las empresas locales optando, en la mayoría de las legislaciones, por la aplicación de un precio *arm's length* (precio de plena competencia) por parte de las respectivas administraciones tributarias, creando un justo y confiable sistema de reparto, con el fin de obtener bases imponibles reales (Checchin, 2005).

De esta forma, establecer una renta real del sujeto alcanzado permitirá poder gravar al contribuyente sobre la base de su efectiva capacidad contributiva real, y de esa forma no afectar la progresividad del gravamen dentro del sistema tributario del cual forma parte,

debido a que frente a la existencia de una potencial erosión de la base imponible por parte de los precios de transferencia se pone en juego, entre otros factores, la progresividad del mismo. Algunos datos empíricos han demostrado que las actividades de planificación fiscal de algunas EMN se benefician de las asimetrías y vacíos normativos existentes en el ámbito de la fiscalidad internacional, disociando los beneficios susceptibles de ser sometidos a gravamen de la actividad subyacente que genera valor. El informe titulado *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios* (OCDE, 2013) admitió abiertamente que se cierne una gran incertidumbre sobre la magnitud e impacto global negativo de dichas prácticas elusivas en la actividad económica y los ingresos públicos.

Se estima que los tipos impositivos efectivos pagados por EMN líderes se sitúan de 4 a 8,5 puntos porcentuales por debajo de los aplicados a empresas equiparables que realizan operaciones exclusivamente nacionales, lo que actúa en detrimento de las empresas locales y EMN que no incurren en prácticas de planificación fiscal agresiva, aunque ello puede deberse, en algunos casos, a la remisión cada vez más frecuente por parte de las EMN a regímenes tributarios regulados o negociados en el país en cuestión (OCDE, 2015).

1.7. Los aportes de la OCDE y su recepción legislativa

Sobre la base de este contexto, es que se produce el ingreso de los PTI en las diferentes legislaciones positivas a partir de la incorporación de diferentes métodos de fijación de precios a las operaciones tipificadas bajo esta categoría, a través de las cuales se ajustan los valores pactados a fin de reflejar condiciones de mercado.

Frente a esta situación, en el año 1997, la OCDE publica su guía de precios de transferencia para empresas multinacionales y administraciones tributarias. Esta guía se establece como un marco de referencia fundamental para las administraciones tributarias tanto pertenecientes como no pertenecientes al organismo. El principal objetivo de estas directrices es establecer un conjunto de pautas y recomendaciones de carácter no obligatorio que permitan dotar a las administraciones tributarias de herramientas necesarias para establecer un marco normativo en la materia dentro de sus jurisdicciones, así como también poder unificar los criterios sobre los cuales las autoridades tributarias de diferentes Estados fijan dichos precios. Esto es así, debido a que cuando los PTI no reflejan los precios de mercado, las ganancias y pérdidas impositivas pueden resultar distorsionadas. Así entonces, en el caso de los países miembros

de la OCDE y aquellos que han tomado en consideración sus lineamientos metodológicos, consideran que debe producirse un ajuste cuando estos no reflejen las condiciones de mercado, debiendo resultar el mismo consecuencia de un valor que será el que podría esperarse de operaciones similares o comparables, es decir, el principio “*arm’s length*” o precio normal de mercado abierto.

En la misma se establece como punto central que el precio a considerar debe ser aquel que se hubiera pactado entre partes independientes bajo condiciones normales de mercado (principio de plena competencia o *arm’s length principle*). Estableciendo en consideración dos factores fundamentales: el primero es la comparabilidad, aspecto fundamental para garantizar el análisis de precios de transferencia y fundamentar de forma fehaciente las presentaciones del contribuyente con respecto a su marco de referencia; y el segundo, es la “presunción de no manipulación” de la OCDE que establece que no existe intención de fraude o elusión impositiva por parte de los contribuyentes a la hora de establecer los precios de sus operaciones entre empresas vinculadas cuando los mismos no corresponden a condiciones de mercado.

Dado que la posición de la OCDE solo posee el carácter de recomendación o lineamiento para las administraciones (*soft law*), el control de la temática está sujeto a las condiciones regulatorias del derecho positivo propio de cada Estado, quedando a opción de estos la consideración total, parcial o nula de las propuestas efectuadas por el organismo tanto en materia de precios de transferencia como en convenios de doble imposición.

Según Checchin (2005, pág. 32): “El control por parte de las Administraciones Tributarias debe estar expresamente establecido por el derecho positivo de cada país, en virtud del principio de la reserva legal aplicable en dicha materia”. Agrega al respecto la autora en relación al impacto en el potencial recaudatorio que: “aun cuando las desventajas se materializan básicamente en la reducción del producido tributario de un determinado país, si la fijación de precios de transferencia no es limitada por el establecimiento de normas legales, ello constituirá una práctica normal de estrategia de planificación fiscal de la inversión”.

Sin embargo, la tarea de las administraciones tributarias no es sencilla, debido a que la misma puede producir problemas tanto en cuestiones específicas como en el ámbito práctico. Este problema es expresado en el párrafo 4 de las directrices de la OCDE el cual indica que:

“En el ámbito normativo, los países tienen que compatibilizar sus derechos legítimos de gravar los beneficios de un contribuyente en función de la renta y los gastos que puedan considerarse obtenidos en su territorio, con la necesidad de evitar la tributación de esa misma renta en más de una jurisdicción tributaria. Esta tributación doble o múltiple puede obstaculizar las operaciones con bienes y servicios y los movimientos transfronterizos de capitales. En la práctica, la atribución de tales rentas y gastos por parte de un país puede verse entorpecida por las dificultades para obtener los datos necesarios que estén fuera de su propia jurisdicción”.

En este sentido es que la implementación de la propuesta realizada por la OCDE a través de incorporar como principio rector al principio de plena competencia o *arm's length principle* en el tratamiento de la materia como medio de solución a los problemas de fijación de precios de transferencia, no solo ha quedado sujeto a la consideración de cada Estado bajo el principio de reserva legal de estos, sino que adicionalmente ha debido afrontar desde comienzos del siglo XXI posiciones críticas en su aplicación práctica que han sido reflejadas en las decisiones de sus tribunales como consecuencia de los diferentes litigios producidos en la materia. Este escenario, fortalecido por el mayor impacto en el comercio intra-empresa de servicios y bienes intangibles, ha llevado a una reconsideración de la aplicabilidad del mismo, aun frente a la posición conservadora de la OCDE de sostener su aplicabilidad como medio de solución, produciéndose así diferentes posiciones críticas que establecen una nueva línea de tratamiento a la problemática que exigen una revisión de las condiciones y fundamentos de dicho principio.

Capítulo II: El Principio de Plena Competencia en los Problemas de Fijación de los Precios de Transferencia

II.1. El Origen del Principio de Plena Competencia

Desde la aparición de la primera norma en materia de precios de transferencia (Inglaterra, 1915), numerosos países han buscado diferentes modos de hacer frente a las prácticas elusivas vinculadas a su tratamiento. Consecuencia de ello se desarrollaron dos mecanismos generales y antagónicos: i) el principio de plena competencia o “*arm’s length*”, que actualmente goza de mayor consenso internacional y encabeza la OCDE; y, ii) el criterio de “reparto por fórmula” que es explícitamente rechazado por la OCDE y, en la actualidad, encabeza la autoridad tributaria estadounidense. (Mosqueda Almanza, 2009, págs. 271-272).⁹ Hamaekers¹⁰ ubica “el principio *arm’s length*” sobre la base de dos orígenes posibles. El primero, en países europeos, donde supone que podría derivar de un ajuste de la renta de los accionistas, sobre quienes habían recepcionado un beneficio extraordinario de una compañía, que no había sido oficialmente declarado (caso de los dividendos). El otro, lo establece en el ámbito de las normas anti-elusivas introducidas durante la primera guerra mundial en el Reino Unido (1915) y, posteriormente, en los Estados Unidos (1917).

Si bien no existe un consenso respecto a la procedencia del principio *arm’s length* (PAL), existen indicios de que la normativa estadounidense fue la primera que, de manera implícita, lo mencionara como un criterio para juzgar la aparición de precios distorsionados (IRS, 1935). Siendo, paradójicamente, la actual doctrina fiscal estadounidense la primera en cuestionar la aplicabilidad del principio.

En línea con el párrafo anterior, Villegas (2007) coincide en ubicar el origen del principio en los Estados Unidos en 1935, a partir de una reglamentación de impuestos internos que establecía que: “*La norma que ha de aplicarse en cada caso es la de un contribuyente no controlado que trate en condiciones normales de mercado con otro contribuyente no controlado*”.

⁹Baistrocchi (2008) realiza la misma mención y división respecto a las soluciones propuestas al problema de fijación de los precios de transferencia internos e internacionales.

¹⁰Extraído de Checchin (2005, Pág. 32): Hamaeker, Hubert “Precios de transferencia: historia, estado actual de su evolución, perspectivas”. Derecho tributario. Tomo XVI, página 151.

A partir de 1963 el principio es acogido por el modelo de convenciones para evitar la doble imposición emitido por la OCDE, incorporándose desde allí como principio rector por parte del organismo en aspectos vinculados a la fiscalidad internacional y fijación de PTI. A consecuencia de ello, en el año 1979, el comité fiscal del organismo produjo un informe en el que sugería a las administraciones fiscales implicadas en operaciones correspondientes a PTI que ajustasen las mismas, teniendo en cuenta las consideraciones y métodos expuestos en el citado informe, con el objetivo de alcanzar el precio de libre competencia para los bienes, servicios, intangibles y operaciones de crédito que realizaban entre ellas.

Con la revisión del Informe de 1979, realizada en 1995, a partir de la emisión por parte de la OCDE de sus "*Directrices de Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias*" del año 1995, se terminará por consolidar el principio de plena competencia o "*arm's length*", constituyéndose estas directrices en la principal fuente de procedencia del mismo, así como también, en el principal fundamento de los convenios fiscales bilaterales entre países miembros de la OCDE y un número cada vez mayor de países no miembros.

El mismo se encuentra en el apartado 1 y 2 del Artículo 9 del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE donde establece:

"1. Cuando:

- a) Una empresa de un Estado Contratante participe directa o indirectamente en la dirección, control o capital de una empresa del otro Estado Contratante, o
- b) Unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, control o capital de una empresa de un Estado Contratante y de una empresa del otro Estado Contratante.

Y en uno u otro caso se establezcan o impongan condiciones entre las dos empresas, en sus relaciones comerciales o financieras, que difieran de las que serían acordadas entre empresas independientes, entonces los beneficios que habrían sido obtenidos por una empresa de no existir esas condiciones, y que de hecho no se han obtenido a causa de las mismas, pueden ser incluidos en los beneficios de esta empresa y ser sometidos a imposición consecuentemente.

2. Cuando un Estado Contratante incluya en los beneficios de una empresa de este Estado y somete a imposición, consecuentemente, beneficios sobre los cuales una empresa de otro Estado Contratante ha sido sometida a imposición en ese otro Estado, y los beneficios así incluidos son beneficios que habrían sido realizados por las empresas del primer Estado si las condiciones convenidas entre las dos empresas hubieran sido las que se hubiesen convenido entre empresas independientes, entonces ese otro Estado procederá al ajuste correspondiente del monto del impuesto aplicado sobre esos beneficios. Para

determinar este ajuste se tendrán en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio y las Autoridades competentes de los Estados Contratantes se consultarán entre ellas si fuere necesario.”

Consecuencia de los constantes avances realizados en la materia por parte de la OCDE, este principio, expresado en las directrices del organismo, es adoptado por diferentes administraciones tributarias del mundo, miembros y no miembros del organismo, como el principal y más influyente mecanismo de solución a los problemas de fijación de los PTI. Sin embargo, aun frente a su extensa aplicación y su condición dominante en el tratamiento de la materia, dichas directrices no poseen el carácter de obligatoriedad para los países miembros de la OCDE. Estas, se establecen como lineamientos (*soft law*) a seguir tanto, para las administraciones tributarias, como por los contribuyentes incluidos en dichas operaciones, a fin de alcanzar un mayor nivel de homogeneidad en la reglamentación de la materia. Es por ello, que la aplicación del principio, así como también otros conceptos fundamentales, quedan sujetos a la consideración de las diferentes administraciones tributarias de cada país.

II.2. Conceptualización del Estándar Arm's Length

El principio de libre competencia o “*arm's length principle*”, establece que los precios considerados entre las partes integrantes del grupo deberían adecuarse a los precios pactados por partes independientes en operaciones similares, según las condiciones de mercado (D'Agostino, 2008). En coincidencia, Anguita Morera (2010) expresa que este alude al principio por el que las transacciones entre empresas vinculadas son valoradas o efectuadas por el valor normal de mercado, es decir, como si se tratase de sociedades independientes.

Por su parte, el informe de 1979 de la OCDE define en su párrafo 2, que un precio en términos *arm's length* es aquel que “...*habría sido acordado entre partes no vinculadas, en las mismas o similares transacciones y en un mercado abierto*” (Mosqueda Almanza, 2009). En este mismo sentido, la OCDE en su inciso tercero del párrafo 1.6. de sus Directrices establece que este principio persigue tratar a los miembros de un grupo multinacional como si operaran como empresas separadas en lugar de como partes inseparables de una sola empresa unificada. La preocupación se centra en la índole de las relaciones comerciales entre esos partícipes porque su consideración como empresas separadas lleva a tratar a los miembros del grupo multinacional como si fueran entidades independientes (Anguita Morera, 2010).

De esta forma, este principio es sustentado bajo la ficción legal del “*principio de entidad separada*” (PES), aun cuando desde el punto de vista económico, estas efectúen sus decisiones de forma centralizada y consolidada, quedando sujeta su aplicabilidad a la determinación de la vinculación económica establecida por cada administración tributaria. El PES, presupone, entre otros factores, que la empresa al seguir una política de precios internos en términos de *arm’s length*, le preocupa única y exclusivamente sus propios intereses y no los del grupo ni los de la otra parte, siendo este uno de los elementos críticos en la aplicabilidad del PAL.

Teóricamente, la ventaja fundamental de este principio es la de colocar a las compañías vinculadas en un pie de igualdad con las empresas independientes en cuanto a términos de la imposición (Checchin, 2005). Esta posición se encuentra explicitada y fundamentada por parte de la OCDE en el párrafo 1.7 de sus directrices, donde expone que el principio permite un trato más igualitario a efectos fiscales entre empresas asociadas e independientes a través de la aplicación del mismo, evitando así el surgimiento de ventajas y desventajas fiscales que, de otra forma, distorsionarían la posición competitiva relativa de cada tipo de entidad. Adicionalmente, es posible que la facilidad práctica presentada en sus orígenes por el principio le haya permitido establecerse como paradigma dominante en el tratamiento de esta problemática, aun frente a las múltiples falencias observadas desde sus primeras aplicaciones. Esta puede ser la explicación a que uno de los principales paradigmas alternativos existentes, el sistema de fórmula global, haya presentado mayores dificultades en su aplicabilidad, fortaleciendo así, en contraposición, la posición dominante del principio de plena competencia.

II.3. El Principio Arm’s Length y El Sistema de Fórmula Global

En la doctrina internacional se reconocen dos mecanismos de solución propuestos al problema de fijación de PTI, que tienen por objetivo alcanzar precios comparables en condiciones de mercado. Estos dos mecanismos se corresponden a aquellos sustentados en el PAL y los correspondientes al Método de Distribución por Fórmula o Sistema de Fórmula Global (SFG).

Mientras el PAL, en sentido amplio, procura replicar el funcionamiento de los mercados abiertos en los casos en los que bienes y servicios son transferidos entre empresas asociadas,

con el objetivo de cotejar el precio de las transacciones internas con un estándar comparable. (Baistrocchi, 2008). El SFG considera que todas las empresas y divisiones son tratadas como parte de una unidad de negocio donde de esta forma divide las ganancias globales consolidadas de la firma multinacional entre los países involucrados sobre la base de una fórmula predeterminada en forma proporcional al riesgo asumido por la operación y al derivado de la transferencia del intangible, ubicando en primer lugar la proporción de factores que no son afectados ni por el riesgo ni por el intangible.

En consecuencia, mientras el PAL le exige a la firma multinacional establecer el precio de transferencia de sus transacciones internas de modo tal de ser consistentes con el precio que habrían pactado empresas independientes en similares circunstancias, el SFG se aparta de la ficción utilizada por el principio de plena competencia, que considera a cada establecimiento independiente, y en contraposición, consolida en una sola estructura toda la cadena de valor de la empresa, así como también, deja de lado las transacciones realizadas entre dichas unidades¹¹.

Sin embargo, existen tres componentes necesarios que hacen a la complejidad de la aplicación del SFG: i) determinación de la unidad gravables; ii) determinación precisa de las utilidades globales; y, iii) establecimiento de la fórmula utilizada para localizar las utilidades globales de la unidad, debiendo dicha fórmula basarse en algún factor o combinación de ellos, pudiendo ser estos factores, entre otros, ventas totales, activos, costos de personal.

En este sentido, el SFG o método de reparto por fórmula debe ser distinguido de los métodos sustentados en la utilidad. En el caso de los primeros, la OCDE los ha rechazado explícitamente¹², surgiendo los argumentos a favor del lado de la doctrina estadounidense, sin embargo, en el caso de los segundos, están dentro de la categoría de "*otros métodos*", que si ha aceptado la OCDE.

La diferencia entre estos dos métodos se sustenta en que mientras el SFG utiliza una fórmula determinada para todos los contribuyentes, los métodos sustentados en la utilidad (aceptados por la OCDE) comparan operación por operación (Mosqueda Almanza, 2009).

La posición crítica de la OCDE respecto al SFG se sustenta en la dificultad de localizar las utilidades de un grupo multinacional sobre una base consolidada entre empresas vinculadas

¹¹ El SFG es empleado principalmente por las divisiones políticas de ciertos países, tal como el Estado de California en los Estados Unidos.

¹² Ver 1995 OCDE Report, III-19/24

en diferentes países bajo una fórmula predeterminada y mecánica. Desde la perspectiva del organismo, esta situación podría llevar a no reflejar las condiciones reales de las operaciones realizadas dentro del grupo económico, tanto en detrimento del contribuyente como así también de las administraciones tributarias implicadas.

De esta forma, el organismo a fin de inclinarse hacia la aceptación del PAL y, en contraposición, rechazar el SFG, expone los siguientes argumentos: i) la relativa facilidad con que se puede dar la elusión fiscal, toda vez que posibilita la atribución artificial de utilidades a una empresa cuando en realidad esta puede estar presentando pérdidas, debido a que prescinde de las condiciones de mercado y de las de cada empresa en concreto; ii) puede generar desacuerdos entre los países acerca de los elementos contenidos en la fórmula y su ponderación y, por consiguiente, no se eliminaría el riesgo derivado de la doble tributación fiscal; y, iii) desde una perspectiva fiscal, la principal limitante de este mecanismo es que requiere del principio de “negocio unitario” y, por tanto, de un mayor grado de madurez respecto a la cooperación en materia de tributación internacional (Mosqueda Almanza, 2009).

II.4. La aplicabilidad del Estándar Arm's Length

Dado el carácter supranacional del problema de fijación de los precios de transferencia, la principal labor para llevar a cabo su aplicabilidad fue encabezada por diferentes organismos internacionales, entre los cuales se destacan, desde el origen en el tratamiento de la materia, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (Modelo OCDE), la Organización de las Naciones Unidas (Modelo ONU) y la Organización Mundial del Comercio a través de los lineamientos del GATT (Código de Valoración).

Sin embargo, como se ha mencionado, en los últimos años la OCDE se ha convertido en el principal referente en la materia a través de la emisión de sus *“Directrices de Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias”* (1995 en adelante), siendo este organismo el que ha encabezado como marco metodológico de valoración de operaciones intra-empresa al *“arm's length principle”* o *“el principio de plena competencia”*, sin permitir la aceptación de otro enfoque diferente.

Bajo estas condiciones, el principio busca determinar cuál hubiera sido el precio de la operación o los márgenes obtenidos por las partes vinculadas si todas sus transacciones se hubiesen realizado dentro de un mercado competitivo (operación entre partes

independientes), estableciendo como principio rector de las normas que regulan dichas transacciones el precio que se fijara en condiciones normales entre partes independientes, según valor de mercado.

Sobre la base de este marco metodológico, la OCDE recomienda a las administraciones tributarias ajustar los precios en aquellas circunstancias en que los mismos incumplan con las condiciones de mercado a fin de alcanzar el resultado impositivo que corresponda a las condiciones que hubieran establecido empresas independientes y, considerando de esta forma, subsanar las posibles distorsiones que pueden llegar a producir este tipo de operaciones.

Bajo las recomendaciones propuestas por las Directrices de la OCDE, surge la necesidad por parte de las diferentes administraciones tributarias receptoras de establecer conceptos fundamentales que hacen a la aplicabilidad del principio y a la determinación de que operaciones deben ser configuradas bajo este marco. Esta necesidad tiene su nacimiento en que, si bien estos conceptos son expuestos por la OCDE en sus Directrices, dado su carácter de lineamiento o *soft law*, y bajo la aplicación del principio de reserva legal que posee cada Estado en la materia, las administraciones receptoras del principio poseen un margen de discrecionalidad para la implementación de estos conceptos fundamentales. Esta facultad, conlleva, por un lado, una exigencia *ex ante* respecto a la capacidad regulatoria de establecer con un nivel de precisión muy elevado los conceptos fundamentales que dan nacimiento a la problemática a fin de no producir futuros litigios y, por otro lado, una exigencia *ex post*, a partir de exigir la existencia tribunales que posean la capacidad de producir jurisprudencia con rasgo de bien público, a fin de que permitan dar solución a las controversias nacidas en las imprecisiones normativas y que estas mismas soluciones permitan una evolución normativa para controversias futuras, dotando de mayor transparencia al sistema.

En este sentido, se encuentran tres aspectos que son fundamentales en el análisis y aplicabilidad del principio: i) el concepto de vinculación; ii) el concepto de comparabilidad; y, iii) los métodos de determinación propuestos por la OCDE para la determinación del precio de *arm's length*.

II.4.1. El concepto de vinculación

Este es un concepto fundamental en el tratamiento del problema de fijación de los precios de transferencia, esto es así, debido a que la existencia de vinculación da nacimiento al tratamiento de las operaciones bajo la normativa de precios de transferencia.

En el caso de nuestro país, como así también en otras jurisdicciones, para que exista vinculación económica no solamente es necesario un control societario a través de la dirección o participación accionaria de las mismas personas físicas o jurídicas, sino que el concepto se extiende para abarcar influencias de cualquier tipo en la dirección de las actividades (D' Agostino, 2008, pág. 23).

En este sentido, las regulaciones que propone la OCDE están referidas a aquellas transacciones realizadas entre partes relacionadas, representadas por compañías filiales, subsidiarias o en todo caso, aquellas que, sin mantener una vinculación jurídica directa en el plano económico, mantienen estrechas vinculaciones en aspectos políticos. Un supuesto que está implícito en este concepto es la consideración de que estas vinculaciones son financieramente mensurables a través de diferentes parámetros como pueden ser, por ejemplo, montos de ventas; de servicios; controles de capital; el control de los votos; etc. (Checchin, 2005).

De esta forma, el concepto de vinculación se convierte en una condición necesaria, aunque no la única¹³, para exigir por parte de la administración tributaria el tratamiento de las operaciones intra-empresas bajo sus regímenes establecidos en materia de precios de transferencia y de esta manera verificar las condiciones sobre las cuales se determinan las mismas.

Sin embargo, a pesar de que la OCDE expresa este concepto en el apartado 1 del Artículo 9 del modelo de convenio fiscal, no clarifica de forma estricta los supuestos de vinculación dejando, por lo tanto, que cada Estado los defina, lo que genera incertidumbre jurídica en los contribuyentes implicados.¹⁴

¹³ En Argentina, es posible observar que el concepto de vinculación económica puede ser ampliado en los casos de la aplicación del sexto método y países de baja o nula tributación (actualmente jurisdicciones no cooperantes a los fines de transparencia fiscal).

¹⁴ Algunos países mencionan solo el control en la propiedad para establecer la vinculación; otros, como por ejemplo México, se basan en el control efectivo, en tanto, hay otros que incorporan a su normativa los dos tipos de control. Incluso hay países, como el nuestro o Francia, que para ellos la vinculación no es un factor importante para presumir bases gravables distorsionadas o alejadas de los precios de mercado.

Así, aun cuando el concepto de vinculación es un elemento tipificador en el tratamiento de las operaciones de PTI, el mismo puede verse modificado de acuerdo a las diferentes administraciones tributarias. Este es el caso de Argentina, que amplía el concepto de vinculación no solo a la participación societaria, sino también a los casos en que las operaciones son realizadas con sociedades radicadas en países de baja o nula tributación (actualmente jurisdicciones no cooperantes), en los cuales la presunción por parte de la autoridad es que la operación debe ser encuadrada dentro de las condiciones normativas establecidas para precios de transferencias internacionales.

Por ello, el concepto de vinculación es un elemento esencial para la configuración de operaciones bajo el régimen normativo de PTI, sin embargo, cada autoridad ha reservado y adaptado el alcance a sus propias condiciones, produciendo no solo una mayor dificultad en la armonización normativa sino también en la aplicabilidad y tratamiento del PAL.

II.4.2. El concepto de comparabilidad

Definidas las circunstancias consideradas por la normativa para establecer la vinculación entre las partes, las normativas de la OCDE mencionan los criterios generales a observar para encontrar operaciones comparables en términos *Arm's length*. Dichas normas, es importante aclarar, resultan obsoletas para aquellos métodos diferentes del *Arm's Length* como es el caso de los métodos sustentados en el reparto por fórmula (Sistema de Fórmula Global).

La constitución de los comparables en materia de precios de transferencia a fin de establecer el precio *arm's length* se establece como un elemento fundamental, al igual que el concepto de vinculación, en la aplicabilidad del principio. Este, ha sido el mayor elemento de controversia tanto en materia económica, doctrinaria como jurisprudencial a fin de fundamentar el establecimiento de un precio o margen que cumpla con las condiciones de libre mercado que el principio exige.

En este sentido, el concepto de comparabilidad puede ser interpretado como el cotejo de condiciones de una operación vinculada con respecto a las de una operación de libre mercado, produciéndose la circunstancia de que cuando una operación no es comparable habrán de realizarse los ajustes necesarios a fin de aplicar la misma como elemento comparable (Mosqueda Almanza, 2009). Para ello, como observa Bettinger (1996, pág. 200): “habrá que demostrar que las partes tienen intereses comunes y participan bajo condiciones idénticas o

similares”, siendo este aspecto sustancial a fin de avanzar en la comparabilidad para determinar las operaciones de mercado.

De esta forma, una empresa puede ser comparable si¹⁵: i) corresponde al mismo sector de mercado al que pertenece la otra parte que está siendo examinada; ii) existe información financiera disponible sobre los últimos años y que pueda ser verificada; iii) en caso de mantenerse diferencias se podrán realizar ajustes de razonabilidad sobre el precio, las utilidades o los rendimientos hasta hacer comparables los resultados.

Sin embargo, existen factores como las características de las diferentes economías analizadas a fin de obtener comparables, las prácticas contables que realizan diferentes jurisdicciones, entre otros aspectos, que pueden claramente dificultar la configuración de los supuestos que habrán de satisfacer las condiciones de comparabilidad.

En este contexto, a fin de alcanzar la aplicabilidad de este principio, la OCDE ha recomendado a administraciones tributarias y contribuyentes la realización de un examen cuidadoso sobre las condiciones y los precios o márgenes establecidos en transacciones que son determinadas como comparables, bajo la aplicación de diferentes métodos propuestos con el objeto de acercar las valoraciones al principio de plena competencia.

Sin embargo, la existencia de esta dificultad para definir con precisión comparables ha llevado a la configuración de criterios menos rígidos. En este sentido, puede ocurrir que las compañías independientes puedan no ser compañías idénticas a la parte examinada, pero en su lugar se acepta como observa el modelo de la OCDE: *“que sean suficientemente similares para derivar de ellas una medida confiable de valor de mercado en función de los recursos utilizados, de los riesgos asumidos y de las funciones desempeñadas”*.

Esta flexibilización y readaptación metodológica del principio, a fin de alcanzar comparables que permitan determinar las condiciones de mercado, puede ser explicada a partir de las dificultades prácticas que inicialmente presentaron las estrictas condiciones de aplicación del principio y la necesidad de evolucionar a partir de las crecientes dificultades.

¹⁵ El epígrafe C.1. del Informe o Modelo OCDE (1995) incorpora un detallado estudio del concepto comparabilidad. Se refiere a la comparación de las condiciones económicas de una operación vinculada y las de una operación en el mercado libre.

II.4.3. Métodos de aplicación

Los métodos propuestos por la OCDE para la determinación de precios entre empresas asociadas han sido incluidos en muchos países a nivel regulatorio (Ej. Canadá, Nueva Zelandia, Sudáfrica), en otros a nivel legislativo (Ej. Reino Unido y México), y en la gran mayoría de los países han servido de base para la adaptación e implementación de la temática a la normativa interna. Asimismo, en otros países a pesar de no haber adoptado íntegramente las *Directrices*, los han usado como referencia para sus legislaciones.

Al respecto, *las directrices de la OCDE* señalan que el método más apropiado para evaluar los resultados de una operación entre compañías vinculadas es aquel que, dados los hechos y circunstancias de la empresa, proporcione la medida más confiable en relación a los resultados obtenidos por la aplicación de otros métodos.

En Argentina, se presenta una situación interesante al respecto de los métodos propuestos por la OCDE, donde si bien la legislación ha avanzado progresivamente hacia una regulación cada vez más convergente con respecto a sus lineamientos, ha incorporado a su legislación el denominado “sexto método” y, adicionalmente a ello, ha aceptado aplicar la regla del mejor método (*RMM*) para determinar el precio de las transacciones configuradas dentro de la legislación en la materia, sin establecer jerarquías implícitas o explícitas como propone la OCDE.

Al respecto la OCDE establece cinco métodos para determinar si el precio aplicado entre partes relacionadas cumple con el “*principio arm’s length*”. Estos métodos son divididos en dos categorías: por un lado, los “*métodos tradicionales*” y, por el otro lado, los “*otros métodos*” o “*métodos sustentados en la utilidad*”.

En el caso de los métodos tradicionales, estos se sostienen en las transacciones e incluye a los siguientes tres: i) el método del precio comparable no controlado (*CUP* por sus siglas en inglés); ii) el método del precio de reventa (*PR*); y, iii) el método del costo más margen (*CP* por sus siglas en inglés).

En el caso del primero, el método *CUP*, determina el precio en base a una comparación efectuada entre los bienes o servicios transferidos en una transacción relacionada y los bienes o servicios transferidos en una transacción independiente en circunstancias comparables¹⁶. Las ventas y servicios comparables incluyen aquellos realizados entre la empresa asociada y

¹⁶ 62 OCDE (2010) *Directrices* párrafo 2.17 (Nuevo)

un tercero independiente (comparables internos) y ventas realizadas entre dos partes independientes (comparables externos). El factor más relevante para este método es la similitud de los productos, por lo que una transacción es comparable a otra si ninguna de las diferencias entre las empresas y transacciones comparadas puede materialmente afectar el precio, o si en caso de existir tales diferencias, puede realizarse ajustes que permitan eliminar los efectos de estas¹⁷. El principal inconveniente de este método es encontrar un comparable bajo estas condiciones, sin embargo, en caso de hallarse, es sin duda el método más exacto, directo y confiable.

En el caso del método del PR, el procedimiento consiste en tomar dicho precio y sustraer un margen bruto de ganancia, basándose en el precio por el cual un producto adquirido a una empresa asociada se vende a una empresa independiente. Deducido el margen bruto este precio debería representar el precio que necesita el revendedor para cubrir sus gastos operativos y de venta, teniendo en cuenta la función que desempeña como revendedor, considerando los activos utilizados y los riesgos asumidos para lograr una adecuada utilidad. En este caso, el método presentará mayor o menor distorsión de acuerdo a si el intermediario le ha aportado o no valor al bien o servicio, así como también, si los mismos son establecidos en una única jurisdicción o en varias.

En tercer lugar, el método del CP, toma en consideración el costo incurrido por el proveedor de los bienes y servicios en una operación vinculada cuando los transfiere a un comprador vinculado, agregando sobre esta base un margen para obtener una apropiada utilidad que cubra las funciones llevadas a cabo en condiciones de mercado.

Por otro lado, en el caso de los “*otros métodos*” o “*métodos sustentados en la utilidad*”, estos se sostienen en los beneficios, examinando las utilidades que pueden surgir de operaciones específicas entre empresas asociadas. Estos métodos presentaron, en un primer momento, un rechazo por parte de la OCDE, siendo posteriormente aceptados, en primera instancia bajo las condiciones de que no se pueda confiar en los resultados de los “*métodos tradicionales*” o estos no sean de aplicación. Sin embargo, en la actualidad existe una mayor flexibilidad tanto por parte del organismo como así también por parte de las administraciones, como en Argentina, al incorporar la RMM.

¹⁷ 64 OCDE (2010) Directrices párrafo 2.18 (*Nuevo*). Es importante indicar que en caso que los bienes transferidos posean algún nivel de propiedad intelectual como por ejemplo una marca distintiva y reconocida en el mercado, probablemente no podrá hacerse el ajuste necesario para reconocer tal diferencia por lo que el método CUP puede no ser aplicable.

Al respecto, existen dos categorías dentro de los “*métodos sustentados en la utilidad*” que son aceptados por la OCDE.

En primer lugar, el “*método de las utilidades de las operaciones*”, requiere que las utilidades obtenidas en una operación controlada, sean comparadas con utilidades obtenidas en una operación entre empresas independientes. De esta forma, determina el precio *arm's length* usando un indicador de utilidad neta¹⁸ respecto de una base predeterminada (costos, ventas o activos), utilizando como referencia indicadores obtenidos de transacciones realizadas por el contribuyente con partes independientes (comparables internos) y de transacciones similares celebradas entre partes independientes (comparables externos), otorgando especial importancia a un análisis funcional¹⁹.

La principal ventaja de este método se establece a partir de que, al basarse en el resultado final de la empresa, puede ser aplicado incluso cuando existan diferencias en las funciones realizadas entre una empresa controlada y una empresa independiente del mismo rubro. Otro aspecto relevante se produce en que las diferencias en las funciones realizadas normalmente se reflejan en los gastos operacionales de una empresa, las que no son consideradas en otros métodos que se basan en márgenes brutos, como por ejemplo el costo adicionado o de reventa, por lo que este método puede utilizarse cuando estos métodos no sean procedentes debido a las diferencias en las funciones realizadas.

El principal defecto de este método radica en que se distancia del concepto *arm's length* propuesto por la OCDE, toda vez que en la práctica el método normalmente se aplicará en casos en que no existan comparables aplicables sobre los otros métodos, o aun existiendo comparables, pueden ser rechazados si no tienen semejanzas relevantes con la transacción examinada. Esta situación, también puede ser uno de los factores por las cuales muchas empresas prefieren usar métodos más tradicionales para evitar potenciales conflictos respecto a la selección y utilización de indicadores netos de utilidad.

En segundo lugar, el “*método de la división de utilidades*”, trata de fijarse cuál es la parte del beneficio de una determinada transacción que debe imputarse a cada una de las partes intervinientes. Se identifica la utilidad al ser dividida entre las empresas asociadas y

¹⁸ El concepto de utilidad neta se refiere a los ingresos por ventas menos el costo de los bienes vendidos y gastos operacionales. Estos últimos incluyen todos los gastos no incluidos dentro del costo de los bienes menos intereses, impuestos a la renta y otros gastos no vinculados directamente al negocio principal de la empresa.

¹⁹ OCDE (2010) Directrices párrafo 2.58.

vinculadas intervinientes en las operaciones controladas. Se dividen esas utilidades entre las empresas asociadas sobre bases económicas que se aproximan a la división de beneficios que podrían haberse anticipado y reflejado en un acuerdo hecho conforme al principio de precio normal de mercado abierto.

La ventaja de este método se presenta a partir de que no se basa en operaciones comparables y puede ser usado en casos de no encontrarse una operación independiente. Sin embargo, puede presentar dificultades en el acceso a la información de entidades vinculadas extranjeras, aun frente a la conveniencia de una menor dependencia de la información de empresas independientes.

De esta forma, mientras el *“método de las utilidades de las operaciones”* es recomendado en el caso en que una de las partes realice el aporte de los activos únicos (intangibles) para la realización de un negocio, ya que se fundamenta en la aplicación de un indicador de utilidad para una de las partes (la menos compleja), el *“método de la división de utilidades”* tiene preferencia en el caso que ambas partes realicen aportes de activos no únicos donde, por lo tanto, es recomendable su utilización.

Como se explica al inicio del punto, la OCDE y la mayoría de las administraciones se han inclinado por adoptar los métodos propuestos, sin embargo, han sido las propias dificultades prácticas del marco metodológico propuesto por el PAL el hecho que ha inclinado a las autoridades receptoras de los lineamientos a comenzar a desarrollar una tendencia hacia la readaptación e incorporación de metodología propia, como el caso de Argentina con la incorporación del “sexto método”, que posteriormente ha sido incorporado por otras legislaciones; o Brasil con la incorporación de los *“Safe Harbours”*, hasta alcanzar situaciones de fuerte apartamiento de estas condiciones como lo ha realizado Estados Unidos. Este es un hecho que la OCDE, aun sin abandonar el principio, ha comenzado a poner en consideración.

II.5. El principio de plena competencia como un estándar

La OCDE a través de sus directrices ha tomado al principio de plena competencia como la mejor recomendación para las administraciones tributarias de los diferentes Estados, miembros y no miembros, a fin de regular el tratamiento del problema de fijación de los PTI.

Junto a ello, ha incorporado la expectativa de producir una armonización en las diferentes legislaciones consecuencia del carácter supranacional de la temática.

En este sentido, es posible que cierto grado de objetividad existente en este principio en sus orígenes le ha valido que sea, en la actualidad, el criterio internacional que recogen tanto las normativas de los principales organismos internacionales como de los diferentes estados. Sin embargo, en lo individual, no todos los estados lo consideran plenamente en sus legislaciones, consecuencia de su carácter de “*soft law*”.

Al respecto, Maisto (1992) señala la existencia de cuatro grupos de leyes que contemplan la utilización del PAL según se recoja o no en su legislación: i) Países que se refieren expresamente al *principio arm's length* y lo definen. Tal es el caso de Italia, el Reino Unido, Corea y Japón; ii) Países que refieren expresamente al *principio arm's length* sin definirlo. Así ocurre con la mayoría de países que se refieren en general a las “condiciones del mercado” (Argentina, Colombia y México) o a las condiciones que difieren de las acordadas entre partes independientes (Austria, Dinamarca, Finlandia, Suecia y España); iii) Países que no contienen referencia al *principio arm's length*, pero que aplican una doctrina desarrollada que incorpora el principio. Ocurre así en Francia, Bélgica, Alemania, Luxemburgo, Canadá y Países Bajos; y, iv) Países que no se refieren al *principio arm's length* y en donde la legislación autoriza simplemente a la autoridad fiscal a efectuar un ajuste de los beneficios para reflejar la renta o un beneficio ordinario, donde como ejemplo tenemos a EEUU. En este contexto, el PAL se inserta de diferentes modos dentro de los sistemas jurídicos de cada país.

Estos sistemas receptores del PAL, pueden ser estudiados como productos de información que transmiten en relación a las normas jurídicas aplicables en un espacio y tiempo determinado, siendo esta información transmitida por los Estados en diferentes momentos de tiempo. Así, por un lado, se pueden hallar aquellas normas jurídicas cuyo contenido puede ser registrado antes de que el individuo actúe: una regla. Por otro lado, el contenido de tales normas puede ser precisado después de que el individuo actúe: un estándar. (Baistrocchi, 2008).

Esta distinción existente entre reglas y estándares puede ser fundamentada en al menos tres dimensiones: i) su estructura de costos; ii) la distribución de poder entre los jugadores del sistema jurídico de que se trate; iii) las diferentes instituciones que presupone.

En cuanto a su estructura de costos, las reglas normalmente tienen alto costo de creación y un bajo costo de ejecución. Un ejemplo son las multas establecidas por incumplimientos en presentaciones de las declaraciones correspondientes a precios de transferencia exigidas por la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP). Por su parte, los estándares, tienen un bajo costo de creación y un alto costo de ejecución. Un ejemplo en materia fiscal se puede hallar en la aplicación del principio de realidad económica, donde esta norma anti-elusión fiscal genérica prevista en la ley 11.683 de procedimiento tributario de nuestro país ha exigido, según los precedentes existentes, redimir su alcance en la materia a través de determinaciones jurisprudenciales, como ha sido recientemente en el caso Molinos Río de la Plata²⁰. Es por ello, que el costo de ejecución de los estándares es relativamente alto, en comparación con el de creación, porque su contenido solo puede ser suministrado *ex post* mediante jurisprudencia. En efecto, se presenta con absoluta dificultad, por ejemplo, precisar el alcance del principio de la realidad económica si no existe jurisprudencia, o algo sustancialmente equivalente a esta, que precise su significado.

En relación al segundo punto, las reglas y estándares implican una diferente distribución del poder dentro de un sistema jurídico dado. Mientras que las reglas originan un sistema centralizado de creación del derecho, concentrando principalmente el poder en materia de creación legislativa (por ejemplo, al nivel del congreso federal), los estándares originan una creación descentralizada del derecho, por ejemplo, a través de una red de tribunales como puede ser en nuestro país en esta materia el Tribunal Fiscal de la Nación (TFN). Esto es reflejado a través de la delegación indirecta de poder a estos mediante la obligación de dirimir la legalidad en la interpretación y alcance de los estándares bajo litigio.

Bajo esta situación se constituye la tercera dimensión, donde los estándares (a diferencia de las reglas) presuponen un sistema jurídico capaz de producir jurisprudencia con rasgos de bien público. Esto es, jurisprudencia que establezca una doctrina con fuerza de precedente para casos análogos futuros, siendo esta la esencia del principio de plena competencia tanto en nuestro país como en el ámbito internacional.

Bajo los postulados anteriormente expuestos, aun cuando el PAL ha sido recepcionado legislativamente por un conjunto de administraciones fiscales como “regla” en materia de regulación a los problemas de fijación de los precios de transferencia, las experiencias y

²⁰ Molinos Río de la Plata C/ AFIP – Fallo del Tribunal Fiscal de la Nación (2013)

controversias en materia jurisprudencial demuestran que bajo el marco de análisis expuesto ya no debería tratarse de un principio sino de un estándar legal en materia fiscal.

Bajo esta caracterización, el modelo propuesto por la OCDE puede ser caracterizado como régimen jurídico basado en estándares que presuponen la existencia de una red descentralizada de tribunales nacionales capaces de producir jurisprudencia con rasgos de bien público, produciendo una situación conflictiva tanto para autoridades fiscales como para contribuyentes (Baistrocchi, 2008). Es a partir de esta jurisprudencia que se producen las principales críticas hacia el estándar, ya sea de forma implícita o explícita, a fin de subsanar situaciones que inicialmente se presentaban como perjudiciales para las autoridades fiscales y, que posteriormente, por su carácter *ex post*, se presentaron perjudiciales para los contribuyentes bajo disputa.

En torno a esta conceptualización se han constituido un conjunto de argumentos críticos al estándar que se sustentan en su carácter *ex post* y que ha resultado en un creciente proceso de litigios en la materia, junto con la implementación de mecanismos alternativos de solución (Acuerdos Anticipados de Precios) a fin de subsanar las dificultades prácticas que ha planteado su imprevisibilidad.

Esta situación ha obligado a un acelerado proceso de evolución de los diferentes sistemas fiscales implicados en estas operaciones, que ha abierto el camino hacia un posible nuevo equilibrio normativo o referencial, en el cual el PAL es colocado bajo análisis en cuanto a su aplicabilidad y viabilidad, consecuencia de las profundas transformaciones producidas entre finales del siglo XX y principios del siglo actual.

Estas profundas transformaciones, se han reflejado bajo un escenario de caída en las alícuotas marginales del impuesto a la renta en diversos países, caídas en la capacidad recaudatoria de las principales economías mundiales, el desarrollo de complejos multinacionales que presentan dificultades en su regulación y análisis, escenarios de planificación fiscal agresiva, como así también la nociva competencia fiscal entre diferentes Estados, que ha llevado tanto a administraciones tributarias como a los tribunales de los diferentes estados a tener que apartarse de la aplicación del principio a fin de dirimir las controversias en la materia, siendo la doctrina norteamericana la primera en cuestionar la aplicabilidad del principio (Avi-Yonah, 2007).

En este contexto, la máxima respuesta a esta situación ha sido expresada en el desarrollo del plan de acción BEPS, iniciado en el año 2012 por la OCDE, donde el mismo incluye un conjunto de acciones vinculadas a mejorar el tratamiento de los problemas existentes en materia de PTI y elusión fiscal. Así, el avance de BEPS junto con sucesivos y crecientes casos de manipulación de precios de transferencia, aún bajo la aplicación y cumplimiento del estándar *arm's length*, complementados con estrategias de planificación fiscal agresiva y la creciente utilización de *treaty shopping*²¹, ha llevado a una creciente presión de los estados y organismos supranacionales a tomar posiciones cada vez más estrictas en el tratamiento de esta problemática y con ello reconceptualizar las cuestiones vinculadas a la aplicabilidad del estándar *arm's length*.

Bajo este contexto es que existe un conjunto de argumentos tanto académicos, doctrinarios, normativos y jurisprudenciales que han expuesto las dificultades que presenta el estándar *arm's length* como mecanismo de solución al problema de fijación de los precios de transferencia.

²¹ Mecanismo de elusión impositiva, que habitualmente se relaciona con los tratados internacionales de doble tributación fiscal, y se le puede definir como la utilización incorrecta o abusiva de convenios de doble tributación internacional, que se produce cuando residentes de un tercer estado crean una entidad jurídica en uno de los dos países contratantes con el objeto de beneficiarse de los tipos reducidos de las retenciones u otros beneficios fiscales, a los que no habrían tenido derecho de actuar directamente.

Capítulo III: Las bases de la crítica al Estándar Arm's Length

III.1. Precio Arm's Length y su posición dentro de la firma

El esquema operativo de las EMN puede ser presentado de forma simplificada bajo la siguiente estructura²²: una EMN tiene su casa matriz en Alemania y diferentes subsidiarias alrededor del mundo, una de ellas se encuentra en nuestro país, la cual actúa como comercializadora exclusiva de la casa matriz vendiendo a diferentes clientes independientes los productos adquiridos a esta en Alemania. Adicionalmente a ello, también realiza operaciones con otros proveedores para suplir diferentes necesidades que surgen a partir de sus actividades.

Desde el punto de vista fiscal, se observa que la ganancia sujeta a impuesto de la subsidiaria de la EMN en nuestro país está determinada básicamente por tres variables: i) el precio de reventa de los bienes a clientes independientes; ii) el precio de todos sus insumos; excepto los bienes adquiridos a la matriz; y, iii) el precio de los bienes pagados por la subsidiaria a su casa matriz (el precio de transferencia internacional).

En las tres variables, se produce un intercambio de bienes entre agentes que constituyen una transacción, lo que produce la transferencia del derecho de utilización del bien o servicio objeto de intercambio. En las dos primeras variables mencionadas, el conjunto de actividades necesarias para la producción, distribución y comercialización de bienes es realizado por agentes independientes, efectuándose la coordinación necesaria del sistema por el mercado. Mientras, en el caso de la tercera variable, el precio de transferencia pagado por la subsidiaria a su casa matriz por la adquisición de los bienes, está bajo el control de la EMN.

En esta tercera variable, la casa matriz le puede vender a su subsidiaria los bienes a un precio diferente al de mercado, superior o inferior a este, produciendo la situación de que estos pueden no seguir las reglas de una economía de mercado.

Desde la perspectiva de la EMN, conformada por su matriz y subsidiarias, el mecanismo de PTI se utiliza para formalizar económicamente el traspaso de bienes o la prestación de servicios que se elaboran o generan en un país y se venden en otro. Esta es una forma habitual por parte de estos agentes para racionalizar la producción, al exigir que las subsidiarias se especialicen en la fabricación de ciertos artículos en tanto importen otros. Sin embargo, se presenta además el incentivo de que la casa matriz establezca toda su estructura de beneficios

²² Esquema basado en los aportes Avi-Yonah (2007) y Baistrocchi (2008)

centralizadamente, mientras que las subsidiarias, dados los objetivos de maximización, soporten las principales erogaciones y, por lo tanto, niveles de beneficios inferiores o nulos²³. Este incentivo, se construye a partir de que la EMN presenta dos condiciones en sus operaciones intra-empresa que producen el nacimiento de un problema de fijación de PTI: i) la internalización de operaciones de toda o parte de la cadena de valor dentro de la EMN; y, ii) el nacimiento de hechos imposables vinculados a la internalización de la cadena de valor en dos o más jurisdicciones tributarias internacionales diferentes.

Ante esta situación, la respuesta de la OCDE ha sido orientada, como se ha expresado en el capítulo anterior, hacia la aplicación del *Estándar Arm's Length*. De esta forma, considera que esta tercera variable (el precio de operaciones intra-empresa entre subsidiaria y matriz) debe ser establecido a través de un precio "de mercado" o "*arm's length*", lo cual presupone, entre otros factores, la existencia de un punto objetivo de referencia en un mercado abierto que no siempre se encuentra disponible.

Sin embargo, como se mencionará en el capítulo anterior, aun frente al reconocimiento de que la complejidad y especialización de las transacciones entre las EMN dificultan la aplicación del EAL, la OCDE recomienda ampliamente la aplicación del estándar en la vasta mayoría de los casos y ratifica su renuncia, en términos generales, hacia el uso de cualquier otra propuesta.

Aun así, la dificultad creciente en los últimos años en la aplicabilidad del estándar ha producido fuertes críticas, tanto desde el ámbito teórico como empírico, encabezada principalmente por la doctrina estadounidense, argumentando en la mayoría de los casos la obsolescencia e incapacidad del estándar en el tratamiento de la problemática.

III.1. Teoría de los costos de transacción y aplicabilidad del estándar *arm's length*

²³ Esta situación estratégica genera la siguiente estructura de incentivos sobre dicha empresa. Si la alícuota impositiva efectiva de la jurisdicción de la casa matriz (Alemania) es más alta que la de la subsidiaria (Argentina), la casa matriz tiene el incentivo a establecer el precio de transferencia más bajo posible con su subsidiaria con el fin de canalizar las ganancias de la empresa multinacional hacia la jurisdicción con carga impositiva relativamente menor. Si, en cambio, la alícuota vigente en la jurisdicción de la casa matriz (Alemania) es menor que la de su subsidiaria (Argentina), la casa matriz tiene el incentivo a determinar el precio de transferencia más alto posible a su subsidiaria.

A través de la IED la EMN realiza la explotación (utilización) de sus ventajas de propiedad más allá de sus fronteras, constituyendo este hecho la esencia de la internalización y el surgimiento de las operaciones intra-empresa (Durán, 2001).

Frente a esta alternativa de internalización, la EMN puede ejecutar la venta del activo a otras empresas o la concesión de una licencia mediante la cual empresas en el exterior (sin vinculación) pueden utilizar, por un precio, los conocimientos de la empresa propietaria para fabricar y/o comercializar los productos en cuestión. Esta es la alternativa de mercado, que relaciona a dos agentes independientes, y conlleva determinados costos de transacción derivados del cumplimiento de lo pactado y de la coordinación y vigilancia de las relaciones, así como también de aquellos costos ocasionados en la incertidumbre sobre el comportamiento del comprador o licenciado.

En este sentido, uno de los principales fundamentos del surgimiento de la EMN, puede ser hallado en el objetivo de minimización de los costos de transacción que genera la interacción entre empresas independientes a través de su internalización. Estos son estimados por la valoración en términos monetarios de los consumos necesarios para la realización del intercambio, donde su manifestación y cuantía depende de la naturaleza de la transacción y de la forma en que se organice la misma²⁴. (Durán, 2001).

Desde esta perspectiva, la decisión por parte de la EMN de llevar adelante la extensión de la organización a escala internacional mediante IED, en contraposición, por ejemplo, a la exportación de sus activos, lleva asociados costos de vigilancia y control que lógicamente se suponen inferiores a los beneficios derivados de la internalización y a los costos de transacción asociados a otras alternativas.

Esta decisión de la EMN, de internalizar parte o toda la cadena de valor, se ve expresada en la última variable del esquema presentado en el punto anterior donde el precio de transferencia establecido no necesariamente tiene que estar expresado por los precios de mercado (*arm's length*). Por el contrario, su fundamento se constituye en los mayores beneficios que obtiene a través de la internalización de estas actividades en múltiples localizaciones, en contraposición a efectuar las mismas a través del mercado.

²⁴ En este sentido se puede hablar de costos de organización y costos de estrategia. Asimismo, se puede diferenciar entre costos ligados al productor (coordinar la cadena de valor) y costos asociados a la fase del consumidor (los costos relacionados con la prestación del producto).

En este contexto, la elección por parte de la EMN entre las alternativas (internalizar o no) y su combinación espacial y temporal vendrá condicionada por los costos de transacción asociados a cada una de ellas, apartándose de esta forma de las condiciones de mercado (Durán, 2001). Bajo estas condiciones de configuración de precios al interior de la EMN, la aplicabilidad del EAL (estándar arm's length) como mecanismo de solución al problema de fijación de los PTI encuentra importantes dificultades tanto en el plano teórico como práctico. El fundamento a este análisis puede ser hallado en los diferentes aportes realizados por Ronald Coase desde el año 1937 con su artículo seminal "*The Nature Of The Firm*". Desde su perspectiva, observa a la empresa como una "isla dentro de un mercado imperfecto", donde el intercambio de bienes y servicios es consecuencia de un proceso de planificación que limita la comparabilidad de operaciones, siendo este un hecho trascendental en la aplicabilidad del EAL. La objeción se fundamenta en que el comercio intra-empresa no sigue la lógica del mercado, debido a que las empresas vinculadas crean operaciones especiales que le significan ventajas respecto a otras alternativas existentes (como el mercado), donde dichas operaciones son, por lo tanto, únicas y de difícil valoración en la mayoría de las veces. En este sentido, es posible considerar que cuando los mercados son competitivos (elevado número de participantes), es preferible utilizar el mercado frente a otras alternativas y, por lo tanto, aplicar el EAL. Sin embargo, cuando se producen fallos de mercado como pueden ser negociaciones en situaciones de "pequeños números", existencia de activos específicos (Williamson, 1986), situaciones favorecedoras de comportamientos oportunistas y con altos costos de relaciones contractuales, surgen la alternativa de internalizar y coordinar hacia el interior de la firma estas transacciones, teniendo como consecuencia, la necesidad de apartarse de las condiciones arm's length.

Esta misma posición, exponen Holmstrom y Tirole (1991) donde consideran que solo es posible usar como PTI el valor de mercado (arm's length) si este ofrece un precio de referencia o se puede utilizar un sustituto perfecto para la determinación de los precios en el comercio intra-empresa. Es decir, solo bajo ciertas condiciones, en las cuales el mercado permite la asignación o determinación de los recursos es condición óptima para la empresa utilizar este precio. Sin embargo, frente a otras condiciones, proponen como diseño óptimo de una política de precios de transferencia un programa de diseño de mecanismos, que tiene por objeto inducir a la revelación de información, al menor costo posible, es decir, con un

mínimo de distorsiones de asignación y, por lo tanto, en este caso también proponen apartarse de las condiciones exigidas por el EAL.

Bajo los fundamentos expuestos, la aplicación del EAL no toma en consideración la interdependencia existente entre la estructura de los mercados y los costos de transacción, lo que produce que aquellos precios configurados al interior de la EMN se desarrollen bajo condiciones diferentes, que son puestas bajo consideración por el estándar. De esta forma, desde la perspectiva de la EMN, pueden no solo existir incentivos de índole fiscal en su decisión de internalización de operaciones, sino también el interés por explotar sus propias ventajas competitivas maximizando su utilidad a través de la reducción de los costos de transacción.

III.2. El principio de Entidad Separada

Consecuencia de que la determinación de los precios en las operaciones intra-empresa se producen hacia el interior de la firma, la EMN opta por analizar su estructura de forma consolidada a fin de maximizar sus beneficios. Sin embargo, el estándar arm's length propone la aplicación del "principio de entidad separada" para dar tratamiento a las operaciones al interior de la firma (entidades vinculadas).

Frente a estas condiciones, este principio no estaría reflejando la realidad económica del ente, como consecuencia de suponer que cada entidad perteneciente al grupo económico toma sus decisiones de forma descentralizada, sin tomar en consideración las efectuadas por otras entidades pertenecientes al mismo grupo como así también a las de su matriz.

Esto es así, debido a que como se observa bajo el esquema expuesto de la operatoria intra-empresa de las EMN, estas toman sus decisiones de forma consolidada, estando sujetas sus decisiones de internalización, entre otros factores, a mejorar las propias condiciones que ofrece el mercado, e incidiendo en ello no solo las propias consideraciones de cada entidad vinculada sino las ventajas producidas en toda la cadena de valor.

De esta forma, independientemente a las condiciones que efectivamente exige el EAL, la EMN necesita utilizar alguna metodología que le permita incorporar a sus beneficios los resultados de las filiales en países en los que opera. Para ello, parte de la suposición de que el precio de las operaciones realizadas con y entre sus vinculadas debe ser determinado dentro de sus propias condiciones comerciales al interior de la firma.

En este contexto, este criterio se constituye como razonable al interior de la EMN, si se acepta que el precio debe fijarse libremente sobre la base de la autonomía de la voluntad que corresponde a individuos capaces y libres para operar en el mercado. En consecuencia, desde esta perspectiva el ordenamiento jurídico debería respetar y proteger el contenido de las transacciones que se celebran en este marco.

Sin embargo, esta libertad está claramente limitada como resultado de aplicar reglas de valoración especiales (estándar arm's length) sobre estas operaciones, en las cuales las condiciones económicas sobre las que estos agentes configuran sus operaciones pueden verse ajustadas hacia un valor determinado de transacción sobre la base de condiciones netamente normativas. En este contexto, el contribuyente debe, en la mayoría de los casos, apartarse de las condiciones económicas sobre las cuales establece sus operaciones para implementar métodos que permitan cumplimentar de la mejor manera las condiciones normativas que garanticen "la objetividad de los resultados" exigidos por la autoridad fiscal.

En este escenario, la aplicación del estándar arm's length, a través de la ficción propuesta por el "principio de entidad separada", produce consecuencias negativas tanto en los contribuyentes (EMN) como así también en las autoridades fiscales. Por el lado de los contribuyentes, exigir que sus operaciones intra-empresa tengan el tratamiento de operaciones entre independientes produce una dificultad práctica a partir de no considerar los beneficios derivados de las propias características del grupo en su conjunto que pueden ser resultado de una mayor escala, un intangible de alto valor y la internalización de una o varias etapas o actividades estratégicas. Por el otro lado, la autoridad fiscal puede estar expuesta a grandes dificultades y desventajas que podrían incentivar maniobras evasivas y elusivas por parte de los sujetos implicados. Esto es así debido a que puede considerar que al dar tratamiento separado a cada una de las etapas del conjunto económico (entidad separada), omite o no considere la verdadera creación de valor en el territorio y como consecuencia de ello se produzca una erosión de la base imponible.

El EAL omite bajo sus presupuestos condiciones de la propia estructura de la EMN que son determinantes en la decisión que esta trascienda sus fronteras. Entre estos motivos podemos hallar las ventajas producidas cuando los costos de transacción de productos intermedios son inferiores a la utilización del mecanismo de mercado (venta de tecnología) o de cooperación intra-empresa; la explotación de fallos del mercado (asimetría de información, oportunismo);

la decisión de internalizar los conocimientos (intangible), como bien intermedio, dada su naturaleza tácita y consiguiente dificultad de transferencia a través del mercado (incertidumbre, problemas sobre fijación de precios a terceros); los beneficios de la integración vertical; la especificidad de determinados activos; y, la frecuencia de sus transacciones de activos intangibles tan específicos de alto valor.

III.3. Estructura de Mercado y el tratamiento de los intangibles en EAL

En el establecimiento del precio de una operación que efectúa una EMN, ya sea a través de su matriz o filiales, no solo se considera el precio de los bienes o servicios transferidos entre estas, sino que además se incluye el uso de patentes, marcas u otros intangibles que el grupo posee y que impactan en el precio de los bienes o servicios transferidos.

Claramente, estas condiciones producen un carácter monopolista u oligopolista que se deriva de las ventajas estratégicas de la empresa, que son difíciles de imitar y fácilmente transferibles a las filiales extranjeras (Caves, 1971).

Desde la perspectiva de Rugman y Verbeke (1992) la ventaja en propiedad de la EMN se encuentra en estos activos inmateriales, pudiéndose diferenciar entre ventajas competitivas en propiedad específicas de las empresas ligadas a localizaciones concretas y aquellas otras que siendo también específicas de la empresa no está condicionadas o encadenadas a ubicaciones determinadas. Estas últimas, pueden ser transferidas globalmente a costos marginales reducidos y con escasas adaptaciones, lo que conlleva un importante elemento de análisis en materia de fijación de los PTI, debido a que el EAL presenta dificultades en su aplicabilidad y análisis, en contraposición, se produce un incentivo por parte de las EMN a explotar esta ventaja a través de la relocalización de estos activos en países de baja o nula tributación.

Esta situación puede ser explicada bajo el siguiente esquema simplificado: una EMN tiene establecida su casa matriz en el País A donde presenta condiciones fiscales absolutamente favorables bajo una Sociedad Holding (SH) propietaria de diferentes subsidiarias alrededor del mundo. Esta SH tiene bajo su propiedad el *Know How* y los derechos de explotación de la marca, siendo estas ventajas competitivas en propiedad específica que no están condicionadas a una ubicación concreta, sobre los cuales la matriz cede los derechos de su explotación junto a este *Know How* a las diferentes subsidiarias a cambio del pago de una

regalía bajo un contrato específico según las diferentes condiciones de las partes involucradas.

Entre las subsidiarias, se encuentra una de ellas radicadas en el País B, donde la estructura fiscal presenta condiciones más desfavorables que las de la SH radicada en el país de condiciones fiscales favorables. La subsidiaria opera a través de diferentes franquicias en el país, vendiendo a diferentes clientes independientes a través de estas.

En este esquema, la entidad subsidiaria realiza a través del uso del *Know How* y los derechos de explotación de la marca una operación intra-empresa con la SH sobre la cual se configura un precio de transferencia internacional.

Las condiciones establecidas entre la matriz y las diferentes subsidiarias de acuerdo a los derechos de explotación de la marca y uso del *Know How* son establecidos en forma específica en cada caso bajo la fijación de una determinada regalía desde la subsidiaria hacia la SH.

Bajo este esquema, la EMN podría argumentar que efectivamente el precio de los intangibles transferidos desde la SH hacia las subsidiarias para su explotación, son los que presentan mayor importancia dentro de la cadena de valor y, por lo tanto, representar un monto significativo del esquema de utilidad de la subsidiaria.

En contraposición, la autoridad fiscal se encuentra en un problema desde el EAL, en necesidad de su aplicación debería respetar, en primer lugar, que el tratamiento de la subsidiaria debe ser realizado como una entidad separada de su matriz, por lo tanto, no debe tomar en consideración las favorables condiciones fiscales del país de residencia de esta. En segundo lugar, en la medida que la compañía logre configurar las condiciones para la aplicabilidad del EAL, aun frente a la existencia de una posible ficción constituida bajo la motivación por parte de la EMN de explotar ventajas fiscales, la acción de las autoridades fiscales queda limitada al cumplimiento del estándar.

De esta forma, la EMN podría establecer estos activos inmateriales en una determinada región con favorables condiciones fiscales y, aun así, conservar el resto de sus actividades, aún bajo condiciones fiscales desfavorables, donde efectivamente se produzca la creación de valor, obteniendo con ello relevantes ventajas fiscales que impactan de forma directa en la tasa efectiva impositiva de toda la cadena de valor.

Este hecho ha quedado en exposición, aún bajo la configuración del EAL, con el surgimiento de los casos Starbucks, Mc Donald's, Fiat, Amazon, Apple, entre otros, donde las compañías, aún bajo el cumplimiento del EAL, lograron establecer estrategias de planificación fiscal agresiva que les permitió alcanzar una tasa impositiva efectiva inferior al 1% en toda su cadena de valor.

De esta forma, se puede observar que el propio estándar no logra subsanar las dificultades propias de la complejidad del comercio intra-empresa vinculado a intangibles, agravándose esta situación desde finales del siglo XX impulsada principalmente por las propias complejidades y asimetrías que presentan los mercados con altos valores de intangibles, como el tecnológico, donde la comparabilidad y dificultad de fiscalización de sus operaciones han producido un fuerte impacto en la aplicabilidad del EAL. Este hecho fue expuesto en el informe del Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios del año 2015 donde hace énfasis en el tratamiento de la economía digital y los activos intangibles.

Consecuencia de ello el EAL presenta una creciente dificultad frente a las nuevas condiciones transaccionales de las EMN's (comercio en línea), que se caracterizan por mayores condiciones de diferenciación, creciente valor de sus intangibles y un mayor desarrollo de compañías tecnológicas.

III.4. Inequidad Fiscal

Teóricamente, desde la perspectiva de la OCDE, la ventaja fundamental del EAL es la de colocar a las compañías vinculadas (EMN) en un pie de igualdad con las empresas independientes en cuanto a términos de imposición. Sin embargo, Mc Intyre (1989) a través de un análisis del estándar sobre la base del "principio de equidad horizontal", que precisa la igualdad fiscal entre las operaciones de empresas vinculadas e independientes, expone una situación contraria al respecto.

Según esta teoría, la equidad horizontal se consigue cuando el sistema de fiscalización sobre el ingreso grava por igual a contribuyentes que tienen iguales cantidades de ingreso. Sin embargo, el estándar no logra la equidad horizontal toda vez que: i) debería darse un precio lo suficientemente confiable para ser comparado; y, ii) el ingreso acumulado de las diferentes

transacciones de las empresas que integran el grupo debería igualar al ingreso de un grupo de empresas independientes.

En cuanto al primer aspecto, desde la perspectiva del estándar, la obtención de un comparable confiable frente a la inexistencia de un precio de mercado (*arm's length*) puede ser obtenido a través de la eliminación de diferencias entre las diversas operaciones que se desea comparar a fin de lograr captar la verdadera capacidad contributiva del contribuyente involucrado. Sin embargo, esta condición incorpora un supuesto implícito que difícilmente sea realizable en la práctica. Esto corresponde a la posibilidad de cuantificar todas las distorsiones producidas por el propio entorno desde donde se busca determinar el precio de mercado o *arm's length*. Este supuesto que considera el impacto del entorno a la hora de poder efectuar la estructuración de un análisis que efectivamente refleje las condiciones necesarias para desarrollar una comparación que permita determinar "el precio" estará sujeto, en la mayoría de los casos, a ajustes que no necesariamente se podrán cuantificar, consecuencia de que las distorsiones existentes presentan un grado de complejidad y de particularidad, que tanto el contribuyente, como las administraciones tributarias no están en condiciones de solucionar. Por otro lado, en relación al segundo punto en consideración, surge la problemática de que implícitamente trae aparejada una inconsistencia, al considerar que si todas las etapas de la cadena de valor se efectuasen a sus precios de forma *arm's length*, la utilidad de la EMN consolidada debería ser la misma que la de un conjunto de empresas independientes, dejando de lado todos aquellos beneficios e incentivos producidos por la internalización.

Aun reconociendo que los incentivos por parte de la EMN en materia fiscal persisten, la discrecionalidad en la determinación de los precios bajo el estándar produce que efectivamente no refleje la verdadera capacidad contributiva del contribuyente, vulnerando el principio de equidad fiscal como el autor citado lo observa, ya sea en detrimento o en favor de la autoridad tributaria. Esto es así, ya que una empresa puede establecer condiciones de mercado en sus operaciones y aun así poder estar eludiendo su verdadera carga tributaria, como se ha observado en diversos países y será tratado a continuación.

III.5. La experiencia normativa y jurisprudencial del estándar

La problemática de los PTI bajo la aplicación del EAL se ha caracterizado, entre la segunda mitad del siglo XX y los inicios del siglo XXI, por una creciente litigiosidad, primero en los Estados Unidos y, posteriormente, en el resto del mundo (incluida la Argentina). La principal

controversia a dirimir en estos litigios gira en torno a establecer cuál es la base imponible que un determinado país le puede gravar a una firma multinacional por las actividades de esta a través de sus vinculadas en dicha jurisdicción.

Esta litigiosidad puede ser explicada a partir de las inconsistencias normativas que el estándar exige para su aplicabilidad en relación a la propia naturaleza de los contribuyentes alcanzados (EMN), así como también a las crecientes dificultades que se han presentado por parte de las autoridades fiscales, a fin de alcanzar los objetivos recaudatorios, sobre la estructura normativa del estándar.

La consecuencia inmediata de ello es el inicio de un proceso donde las administraciones implicadas pueden cuestionar las determinaciones realizadas por estos contribuyentes (EMN) y, consecuentemente, producir una situación de litigiosidad, resultado de exigir ajustes a los precios aplicados dentro de su jurisdicción, considerando o no las condiciones imperantes en otra u otras jurisdicciones implicadas, que estos contribuyentes pueden no aceptar.

A partir de este contexto, con elevados y crecientes niveles de litigiosidad producto de la aplicación normativa del estándar en las diferentes administraciones tributarias, Baistrocchi (2008) considera que el EAL como un elemento estructural del derecho tributario internacional no ha logrado ser una propuesta superadora al problema de fijación de los PTI. Este escenario, expuesto a través de la experiencia normativa y jurisprudencial, es compartido tanto por países desarrollados como subdesarrollados, donde la complejidad que presenta hallar soluciones previas al proceso judicial puede ser explicado por dos razones. En primer lugar, la dificultad para identificar comparables que se ajusten a las condiciones propias del contribuyente sujeto a análisis. En segundo lugar, el estándar presupone la existencia de una red descentralizada de tribunales locales con capacidad de producir jurisprudencia con rasgo de bien público²⁵, esto es, la capacidad de que las decisiones establecidas por los tribunales de diferentes países conviertan a estos fallos en una medida

²⁵ A los fines de este trabajo, se adopta la distinción entre jurisprudencia con rasgos de bien público y jurisprudencia con rasgos de bien privado propuesta por el premio Nobel James M. Buchanan. Se considera que la jurisprudencia es un bien público (en lugar de un bien privado) si permite a una persona representativa predecir el resultado de una futura decisión judicial en casos análogos. Conf. Buchanan, James M., *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*, 1974; Ver especialmente capítulo 6. Buchanan afirma que los precedents judiciales son una forma de capital social que tiene rasgos de bien public. Ver, también, Landes, W.- Posner, R., "Legal Precedent: A theoretical and Empirical Analysis", 19 *Jornal of Law and Economics*, 1976. Se afirma que el cuerpo de precedentes judiciales es un stock de capital que genera un flujo de información sobre el significado de las normas judiciales.

de decisión para futuras controversias en el tratamiento de la problemática (Baistrocchi, 2008).

En este contexto, a medida que ha evolucionado su aplicabilidad, el EAL ha demostrado que no solo ha tendido a una creciente litigiosidad, sino que adicionalmente, se ha producido la decisión por parte de diferentes tribunales de apartarse de la aplicabilidad de este, implícita o explícitamente, a fin de poder alcanzar solución a las controversias bajo litigio. Esta situación, se ha agravado a partir del crecimiento en la participación del valor de las EMN's de sus activos intangibles, así como también de la relocalización de actividades de servicios y otras prestaciones en jurisdicciones de baja o nula tributación.

A raíz de que el argumento final de la normativa se traza en cada Estado en particular y dadas las complejidades propias que presenta la problemática de fijación de los PTI, tanto la normativa como la jurisprudencia producida de la temática debe ser un tema de fundamental referencia en posibles avances regulatorios.

Es en este sentido, tanto en el ámbito nacional como internacional, donde los fallos jurisprudenciales y las modificaciones normativas producidas en la materia, se establecen como la principal evidencia para someter a análisis la consideración del estándar *arm's length* como el mecanismo decisorio en los problemas de fijación de los precios de transferencia, siendo esta posición encabezada, por los Estados Unidos, y posteriormente, expresada en otros países.

III.5.1. Experiencias Normativas y Jurisprudenciales Comparadas

Uno de los principales impulsores de esta crítica es Avi-Yonah (2003), quien observa la creciente dificultad de la aplicabilidad del estándar, tanto por parte de los contribuyentes, como de las administraciones tributarias. Al respecto, funda su posición a partir de examinar los principales litigios planteados a la luz de la sección 482 del Internal Revenue Code (normativa de los Estados Unidos), donde la aplicabilidad del estándar fue decayendo por parte de los tribunales norteamericanos hasta finalmente sentar jurisprudencia en su inaplicabilidad en los casos: Eli Lilly, Paccar, US Steel y Bausch & Lomb.

Desde esta óptica, Avi-Yonah (2003) asevera que la evolución de la jurisprudencia de los Estados Unidos sobre la base de la sección 482 del *Internal Revenue Code* en materia de precios de transferencia puede ser sintetizada en tres periodos.

El primero, se establece a partir de la década del '30 hasta el año 1962, donde se produce una amplia variedad de interpretaciones del lenguaje normativo del estándar a raíz de que los tribunales procuraron definir los límites de la autoridad fiscal en el marco de la normativa impulsada en la materia. La característica fundamental de este periodo se establece a partir de la gradual aceptación por los tribunales del estándar *arm's length*, alcanzando su inclusión legislativa en 1935, como el método correcto para determinar el alcance del concepto de ganancias entre partes asociadas que preveía la ley.

El segundo periodo, el autor lo establece entre 1962 y 1972, donde la principal característica sería el dominio del estándar *arm's length*, en la normativa de 1968 prevista en la sección 482; y el establecimiento de los tres métodos para definir transacciones comparables a la luz de dichas regulaciones (esto es, precios comparables entre partes independientes, costo más beneficio, precio de reventa fijados entre partes independientes).

Finalmente, el tercer periodo, considera el autor que comenzó aproximadamente en 1972 hasta el dictado de las regulaciones temporales en 1993. A partir de allí, comienza una creciente dificultad por parte de los tribunales estadounidenses de encontrar comparables a la luz de las regulaciones de 1968, y por el creciente empleo del cuarto método que introducía un procedimiento similar al de partición de utilidades.

En este contexto, el autor concluye que las crecientes dificultades planteadas por el estándar *arm's length* pueden ser observadas a partir de que hasta 1973 este fue empleado en nueve de los catorce precedentes (64%). Posteriormente, a partir de 1974, solamente fue aplicado en cuatro de dieciséis casos importantes referentes a la sección 482 (25%). Sin embargo, finalmente en los cuatro casos: Eli Lilly, Paccar, US Steel y Bausch & Lomb, la autoridad fiscal argumentó que los comparables seleccionados eran inapropiados.

Esta situación de tensión en la aplicabilidad del estándar se refleja en un creciente nivel de litigios en la materia, como los expuestos por Avi-Yonah (2003), que cuestionan la eficiencia y aplicabilidad del EAL.

Sin embargo, como se menciona, la evidencia normativa y jurisprudencial no solo alcanza a los Estados Unidos, existen también evidencias en otros países, entre ellos Argentina, donde se han expresado posiciones divergentes respecto a la aplicabilidad del estándar a fin de solucionar las controversias en la materia.

El resultado de estas experiencias conduce a fundar dos conclusiones respecto a la aplicación del EAL: i) La aplicación del EAL no garantiza que una empresa cumpla fiscalmente con sus obligaciones; ii) La imposibilidad presentada en muchos casos de determinar un Precio o Margen *Arm's Length*.

Respecto a la primera conclusión, la *National Tax Agency* (NTA) de Japón, logró demostrar entre los años 1990 y 2000, la existencia de evasión y elusión fiscal aun frente a la aplicabilidad del EAL. Al respecto, la autoridad detectó una fuerte manipulación en PTI calculados con base en el EAL en operaciones intra-empresa realizadas por las principales compañías extranjeras en el país, consecuencia de ello la autoridad debió practicar ajustes sobre las operaciones al margen de las condiciones exigidas por el estándar. Entre las EMN auditadas por la autoridad se destacaban: Nippon Roche (1993), Coca Cola Japan (1993), Shimano Co. (1995), Phillips (1998), Medtronic (1999) y General Electric International (1999), entre otras.

En relación a la segunda conclusión, la principal evidencia se presenta en la valoración de los activos intangibles de las EMN's. Al respecto, los mismos presentan una alta capacidad de relocalización, siendo este un hecho avalado por la evidencia empírica existente, donde las EMN's optan por establecer estos activos en jurisdicciones de baja o nula tributación a fin de explotar los mismos a través de operaciones intra-empresa sobre la base del cobro de regalías u otros conceptos a sus subsidiarias. Dentro de esta estructura, su valoración bajo las condiciones de mercado se presenta como una gran dificultad tanto para las administraciones tributarias como para las EMN's a partir de las propias particularidades que presentan estos activos y frente a la escasa o inexistente evidencia de precios o márgenes *arm's length*.

Al respecto, dos respuestas en relación a esta última conclusión se han producido. Por un lado, el *Proyecto BEPS* del año 2015, a través principalmente de las acciones 8 a 10, que abordan esta problemática a partir de buscar asegurar que los resultados de las operaciones de precios de transferencia de activos intangibles se encuentren en línea con la creación de valor de la compañía, incluyendo para ello consideraciones de riesgo, sustancia y transparencia.

En este contexto, BEPS se ha presentado como una propuesta que implícitamente, a través de sus acciones vinculadas a precios de transferencia, ha puesto en evidencia las dificultades

presentadas por el EAL en las diferentes administraciones tributarias de los países miembros y no miembros de la OCDE.

Por otro lado, en forma simultánea al desarrollo de BEPS, se ha producido una creciente litigiosidad entre la comunidad europea e importantes EMN's. En este sentido, la Unión Europea ha decidido cuestionar los resultados obtenidos por estas compañías en sus operaciones intra-empresa, aun frente al cumplimiento del EAL.

Esta situación, desde la perspectiva de la Comunidad Europea, tiene su origen en las "*ruling taxes*" otorgadas a estas compañías en materia de precios de transferencia, donde las mismas a través de estrategias de planificación fiscal agresiva lograban reducir su carga impositiva en la región a niveles inferiores a los tributados por otras compañías que no gozaban de los mismos beneficios, afectando las condiciones de competitividad en la región. Consecuencia de ello la Comunidad Europea ha calificado a los casos de: Apple en Irlanda; Starbucks en los Países Bajos; Fiat y Amazon en Luxemburgo; entre otros, como casos de "state aid" o ayuda estatal y, por lo tanto, no pueden ser tratadas como ventajas fiscales, sino como un beneficio discrecional obtenido por estas.

En este contexto, se presentan dos escenarios que tienen estrecha vinculación al EAL. Por un lado, el de las EMN's como contribuyentes, que aun frente a cumplimentar con las exigencias del estándar en la fijación de sus operaciones de precios de transferencia sobre la base de estas "*ruling taxes*", no es considerado condición suficiente para el establecimiento de sus utilidades sujetas a impuesto dentro de la región. Por el otro, el de las administraciones tributarias implicadas dentro de la Comunidad Europea, que frente a la aplicación del EAL no han logrado establecer la verdadera base imponible de las operaciones de las compañías implicadas y, por lo tanto, deben apartarse de este para darle una nueva tipificación a fin de subsanar las inconsistencias del Estándar. En este sentido, por ejemplo, es por ello que la Comunidad Europea le ha ordenado a Luxemburgo y a los Países Bajos la recuperación de los impuestos no pagados por Fiat y Starbucks como consecuencia de la aplicación de dichos *rulings*, que ascienden a 20-30 millones de euros por empresa, donde adicionalmente, se les prohíbe a estos Estados la aplicación a futuro del contenido de las mismas.

En este contexto, la aplicabilidad del estándar queda expuesta a partir de que, por el lado del contribuyente (EMN), su cumplimiento no garantiza que las operaciones no sean sujetas a ajustes u otras exigencias por parte de las autoridades fiscales implicadas. Por el lado de las

autoridades fiscales, la aplicabilidad del estándar, no ha logrado garantizar las condiciones recaudatorias y, por el contrario, se han producido importantes pérdidas en sus potestades tributarias.

En este escenario de abusos de tratados y *ruling taxes*, países no pertenecientes a la OCDE, han desarrollado posiciones divergentes respecto a la aplicabilidad del *estándar arm's length*, a fin de prevenir casos como los presentados en la Comunidad Europea. En este sentido, la administración tributaria de Brasil, ha implementado un modelo sui generis de precios de transferencia que no parte de ninguna de las tendencias dominantes (OCDE o Estados Unidos), mediante la aplicación de *safe harbours*. Estos se establecen como una provisión aplicable a cierto tipo de contribuyentes u operaciones que otorga una facilidad administrativa para el cumplimiento de las reglas generales en materia de precios de transferencia, de esta forma, da lineamientos específicos para el cálculo de una contraprestación, ya sea estableciendo el método aplicable, los márgenes de utilidad, las tasas de interés aceptadas, o una combinación de éstos, entre otros. Estrictas condiciones en el tratamiento de las operaciones intra-empresa limitan la manipulación de los precios de transferencia a fin de preservar los beneficios sujetos a impuestos en su territorio.

En este mismo contexto, otros países que no integran la OCDE (Argentina, China y Venezuela) han optado por aplicar una mixtura de los criterios preponderantes por parte de la OCDE. Asimismo, la normativa de Argentina, Francia y Japón contraviene a lo dictado por el Artículo 9 del Modelo de la OCDE al extender los criterios de precios de transferencia también para empresas no vinculadas. (Mosqueda Almanza, 2009, pág. 271). Siendo estas diferentes medidas optadas por las administraciones tributarias a fin de fortalecer sus potestades.

En este proceso, un aspecto adicional ha sido la creciente incorporación de los denominados acuerdos anticipados de precios (APA). Estos se concentran en determinar de manera anticipada las operaciones controladas y los criterios apropiados para la configuración de las operaciones de precios de transferencia por un periodo determinado de tiempo, donde la meta fundamental del APA es llegar a tres puntos básicos: descripción de las transacciones intercompañía a las que este se aplica; el método de precios de transferencia a ser aplicado a esas transacciones; y, el rango de resultados que se espera luego de aplicar dicho método para las transacciones analizadas.

Es así, que desde la firma del primer APA bilateral a nivel mundial entre Australia y Estados Unidos, en 1991, se ha comenzado a hacer visible la mutación desde el estándar *arm's length* como paradigma dominante hacia la búsqueda de un nuevo paradigma dominante, donde la creciente aceptación de los APA, aun sin incorporarse de forma íntegra en todas las administraciones tributarias, se ha establecido como tendencia dominante en los principales Estados a fin de subsanar las dificultades del EAL.

III.5.2. El Estándar *Arm's Length* en la Normativa y Jurisprudencia Argentina

Baistrocchi (2008) fundamenta la recepción del EAL en la legislación Argentina sobre la base de dos factores: i) los países en desarrollo optan por recepcionar el estándar, aun cuando este no representa la mejor opción, debido a que no suele poseer una alternativa mejor para los intereses propios que aquella que sea consistente con la posición de la OCDE en el tratamiento de la temática por temor a derivar IED hacia otras jurisdicciones²⁶; ii) la intención existente tanto de la CSJN, como así también del Congreso de la Nación, de transformar el estándar en regla, como se observa en importantes precedentes (“Refinería de Maíz”, “Parke Davis”, “Molinos Rio De La Plata”) y la reglamentación aplicada en materia de exportación de *commodities* (Sexto Método).

En este contexto, la normativa en precios de transferencia en Argentina tiene su origen en la década del '30. Con la reciente incorporación del impuesto a la renta en 1932, a través del gobierno de facto de Uriburu, las transacciones internacionales entre vinculadas inicialmente no presentaban un problema en cuestión para la fiscalidad de nuestro país.

Al respecto, solo se regulaban las mismas a través del Art. 17 de la ley del impuesto a la renta. Dicho artículo establecía el PES, solicitando a las EMN llevar la contabilidad separada respecto de su matriz, sin establecer un método para la determinación de los precios de transferencia por parte de las autoridades fiscales y, adicionalmente, exigiendo mediante esta legislación la carga de la prueba a la autoridad tributaria a fin de probar cualquier presunción existente en materia de manipulación de precios de transferencia.

Esta laxa legislación en la materia, sería un importante incentivo para que empresas de capitales extranjeros que poseían subsidiarias en nuestro país comenzaran a realizar prácticas

²⁶ Para una mayor amplitud de este concepto se recomienda la lectura del capítulo III del libro litigios sobre precios de transferencia: teoría y práctica de Baistrocchi (2008) citado en la bibliografía.

de manipulación de precios en sus operaciones intra-empresa con fines evasivos y elusivos. Este sería el caso del Frigorífico Anglo²⁷, descubierto por Lisandro De La Torre en el año 1935. Este conglomerado, perteneciente a los Hermanos Vestey, se convirtió en el principal precedente para iniciar un proceso de evolución normativa en el tratamiento de la problemática en nuestro país.

Esta primera experiencia llevaría a la adopción del estándar *arm's length* a partir del año 1943²⁸, donde se establecería como un precedente temprano en la región, para el tratamiento de la problemática, orientándose en esta primera etapa hacia el área de exportación e importación de *commodities*, sector sobre el cual operaban las empresas del Grupo Vestey investigadas por De La Torre.

El primer precedente de esta cláusula sería desarrollado a través del fallo efectuado por la C.S.J.N. recién en el año 1967 en el caso SIA S.A. En este caso, la corte efectivamente determinó el fallo en contra del contribuyente, estableciendo efectivamente una manipulación en los precios bajo las operaciones realizadas, mostrando de esta forma que la incorporación de la cláusula en el tratamiento de *commodities* era suficientemente precisa, dejando en claro que bajo estas operaciones el EAL daba respuestas.

Sin embargo, la capacidad de respuesta por parte del EAL posterior a su implementación comenzaría a mostrar problemas a partir del surgimiento de operaciones intercompañía cada vez más complejas, como las referidas a servicios u otras prestaciones.

Así, a partir de la década de 1960, comenzaría un proceso de transformación en el tratamiento de la problemática, donde surgirían importantes fallos de jurisprudencia en relación al tratamiento de servicios, préstamos y pagos de regalías a empresas vinculadas.

El primer precedente destacado sería en 1964 en el caso Refinerías de Maíz donde la CSJN fallaría en contra del contribuyente a partir de considerar que el pago de regalías debía considerarse como efectivamente un giro de utilidades a la matriz, apartándose de esta forma del “principio de entidad separada” e incorporando el “principio de realidad económica”. Seguido a esta sentencia entre 1972 y 1974 la CSJN fallaría nuevamente bajo el principio de

²⁷ Para mayor profundidad del Caso Frigorífico Anglo se recomienda la lectura del libro: Las Islas del Tesoro de Nicholas Shaxson (2014) donde en su capítulo II (técnicamente en el extranjero) presenta un interesante análisis del caso.

²⁸ Este tratamiento es incorporado en el año 1943 a través de la denominada “cláusula sobre exportación/importación”, donde la misma establecía una regla procesal según la cual el precio de exportaciones e importaciones debía ser equivalente al precio mayorista de productos comparables, a menos que las partes probaran que no se encontraban asociadas, pudiendo asimilar esta cláusula al actual método comparable no controlado. Baistrocchi lleva adelante un desarrollo preciso y un análisis de esta etapa que el autor considera que se traza entre 1943-1945.

realidad económica en los casos Parke Davis²⁹, Compañía Swift de la Plata S.A.³⁰, Mellor Goodwin³¹, Rheinstahl Hanomag Cura³² y Ford Argentina³³.

Este sería un periodo excepcional en el tratamiento jurisprudencial de la materia debido a que la corte había establecido una doctrina que se apartaba de uno de los principios fundamentales del EAL (el PES) e incorporaba la consideración de que todas aquellas prestaciones efectuadas entre partes de un mismo grupo económico debían ser consideradas como aportes societarios y transferencia de utilidades, bajo la consideración de que los mismos no habían sido realizados entre partes independientes y de que la “realidad económica” de estos entes está por encima de su forma jurídica.

Este tratamiento será acompañado junto con una propuesta de reforma profunda entre los años 1973 y 1976, donde se sancionaron, entre otras leyes, la Ley 20.628 de impuesto a las Ganancias, la Ley 20.557 de radicación de capitales extranjeros y la Ley 20.794 sobre transferencia de tecnología. La consecuencia inmediata de ello sería la transformación de la doctrina expuesta por la CSJN en la ley, donde la aplicabilidad de la misma se efectuaba tanto para los casos en que las operaciones hubieran sido realizadas dentro de los límites del país, como en los casos de operaciones con entidades radicadas fuera de éste (Grondona, 2014). Entre otros aspectos relevantes, otorgaba el tratamiento de ganancias ocultas a los pagos efectuados por conocimientos especializados y tecnología desde las filiales de Argentina a las casas matrices de las empresas extranjeras (Benegas Lynch, 2000).

Esta distancia del EAL en nuestro país sería sostenida hasta 1976, donde nuevamente se produciría la incorporación de este a la legislación a través de la ley 21.382 de inversiones extranjeras el 13 de agosto de 1976, cuyo artículo 20 validaba los contratos entre entidades vinculadas cuando se ajustasen a las prácticas normales de mercado entre partes independientes; modificándose, el 17 de diciembre de 1976, el artículo 14 de la Ley del Impuesto a las Ganancias (LIG), para validar la deducibilidad de los pagos realizados en el marco de contratos intragrupo y considerar los mismos como plausibles de ser comparados con los efectuados por partes independientes; y sancionándose, en 1977, una nueva Ley

²⁹ Parke Davis y Cía. De Argentina SAIC, 31/7/1973, CSJN

³⁰ Compañía Swift de La Plata SA Frigorífica, 04/09/1973, CSJN

³¹ S.A. Mellor Goodwin, C.I. y F., 18/10/1973, CSJN

³² Rheinstahl Hanomag Cura SA, 17/12/1973, CSJN

³³ Ford Motor Argentina S.A., 02/05/1974, CSJN

21.617 de Transferencia de Tecnología, y otra regulando los impuestos sobre los capitales; todas legitiman los contratos entre empresas económicamente vinculadas (Grondona, 2014). Bajo estas nuevas modificaciones se produjo la reincorporación del estándar *arm's length* en lugar del principio de realidad económica, tratándose a partir de entonces -y hasta la actualidad- las operaciones intra-empresa bajo el PES. De esta forma, bajo la reincorporación del estándar, se facilitaba el envío de remesas al exterior en concepto de "regalías", "honorarios por asesoramiento técnico", "servicios", "intereses por préstamos" y similares prestaciones "contractuales".

Sin embargo, aún tras las modificaciones normativas que tuvieron lugar a partir del año 1976, en 1985 la CSJN volvió a fallar en el caso Kellogg, aplicando la doctrina Parke Davis.

La profundización normativa del año 1998, con la modificación dada por la Ley 25.063 que introduce en el artículo 15 de la L.I.G., se produce una definitiva consolidación del EAL en nuestra legislación. En la misma, se incorporan los métodos que deberán aplicarse para establecer la ganancia de fuente argentina, basándose para ello en las recomendaciones de la OCDE para Empresas Multinacionales y Administraciones Fiscales de 1995.

En este contexto, el EAL definitivamente se establecía como el paradigma dominante, en línea con los lineamientos propuestos por la OCDE en la materia. Sin embargo, a partir del año 2003 se producirán dos aspectos relevantes que nuevamente pondrán en duda la sostenibilidad del estándar *arm's length* como mecanismo de solución al problema de fijación de los PTI a partir de los efectos contraproducentes que el mismo presentaba para la autoridad fiscal de Argentina.

Así, en el año 2003, a través de la modificación del artículo 8 de la LIG, se produce la incorporación del "sexto método" para la estimación de los precios de transferencia en los casos de exportaciones de *commodities* en que intervengan intermediarios internacionales, según el cual se debería tomar "el valor de cotización del bien en el mercado transparente del día de la carga de la mercadería"; removiéndose la consideración que, como se mencionó anteriormente, se encontraba más o menos vigente en la norma desde 1943 que indicaba que cuando el precio pactado para la exportación fuera inferior al precio de venta mayorista vigente en el lugar de destino, correspondería tomar este último, a los efectos de determinar el valor de los productos exportados; y lo inverso para las importaciones; considerándose que la diferencia constituía ganancia neta de fuente argentina.

Esta posición se establece como una respuesta ante las inconsistencias que presentaba el estándar en la normativa argentina en materia de operaciones de materias primas, debido a las pérdidas recaudatorias ocasionadas por posibles triangulaciones y/o desvío de utilidades, aún bajo el cumplimiento del estándar. Por ello, la aplicación de este sexto método será exigida únicamente cuando el intermediario del exterior no demostrase tener sustancia económica; motivo por el cual los grupos económicos han hecho esfuerzos por demostrar que sus intermediarios tienen sustancia económica a los fines de no aplicar el sexto método (Echegaray, Michel y Barzola; 2013).

En este contexto, la jurisprudencia también aportó su respuesta a través del fallo del año 2013 del Tribunal Fiscal de la Nación en la causa Molinos Rio de la Plata, donde el tribunal determina fallar a favor de la AFIP tras determinar, que aún bajo el cumplimiento de las condiciones de mercado, se había producido un abuso del Convenio para evitar la doble imposición internacional suscrito con Chile, utilizando en su argumentación nuevamente el criterio de la "realidad económica". En este contexto, la empresa había constituido un *holding* en Chile aprovechando las llamadas sociedades de plataforma de inversiones, siendo estas sociedades que, por presentar la presunción de extraterritorialidad tributaria, no tributan en Chile por las rentas de fuente extranjera que percibieran o devengarán. Consecuencia de ello, en virtud de la existencia del convenio de doble imposición entre Chile y Argentina, Molinos Rio de la Plata SA consideró que tampoco debía tributar la renta en Argentina.

Tanto la incorporación del sexto método en el año 2003, como la aplicación del principio de realidad económica a través de la jurisprudencia del Caso Park Davis, junto con la creciente litigiosidad en la materia, producto de las diferentes dificultades en la adaptación del estándar *arm's length* y la reciente aplicación en el fallo Molinos Rio de la Plata del principio de realidad económica sobre la base de un caso de abusos de tratado; también en nuestro país, el EAL ha mostrado dificultades acordes a las mismas que han enfrentado otros Estados y junto con ello la necesidad de una definición *ex post* por parte de las autoridades judiciales que permitan facilitar las condiciones de su aplicabilidad.

En este contexto, Argentina ha sido uno de los países referentes en el tratamiento de la problemática, así como también en la aplicación de soluciones alternativas frente a las debilidades y consecuencias recaudatorias que presenta el EAL. Es por ello, que la aplicación del sexto método (en materia normativa) y el principio de realidad económica (en materia

jurisprudencial) aportan señales de apartamiento implícito de las consideraciones del estándar, frente a un contexto de detrimento en la capacidad recaudatoria de la autoridad fiscal.

Reflexiones Finales

El problema de fijación de los precios de transferencia dentro de la tributación internacional se establece como una de las mayores dificultades que afrontan los Estados en el siglo XXI. Esta situación ha quedado expuesta a partir de los avances e inminente implementación del Plan de Acción *BEPS* desarrollado por la OCDE y el G20.

En este contexto, el desafío fundamental en materia de tributación internacional se establece en hallar una solución o un conjunto de soluciones que permitan reestablecer los principios fundamentales de la tributación, así como respetar las potestades tributarias de cada Estado. Si bien en sus inicios, aun con dificultades, el *estándar arm's length* logro responder a las necesidades propias de las primeras legislaciones que optaron por adoptarlo, no tardó tiempo en que producto de las exponenciales transformaciones de las condiciones del comercio internacional a partir de la segunda mitad del siglo XX su aplicación se convirtiese en una cuestión compleja. Esto ha exigido un progresivo y constante proceso de flexibilización, readaptación y hasta apartamiento en diferentes administraciones tributarias, resultado de las dificultades prácticas no solo en la aplicación del estándar sino también en su capacidad como mecanismo de solución a los problemas de erosión de la base imponible que han sufrido en su impuesto a la renta.

Esta situación, no solo limita las condiciones de desenvolvimiento del estándar, sino además configura un escenario complejo en el establecimiento de soluciones alternativas al problema de fijación de los precios de transferencia. Sin embargo, el estándar debe ser entendido como un proceso evolutivo necesario a fin de comenzar a transitar hacia un nuevo equilibrio en las condiciones de tributación internacional. Este nuevo proceso, es impulsado por la configuración de un nuevo sujeto pasivo resultado de la transnacionalización de sus operaciones, que ha puesto en discusión el poder monopólico y coercitivo de los Estados en materia impositiva trasladando esta condición a un escenario de competencia fiscal que exige nuevas condiciones de tributación y tratamiento hacia estos agentes, así como también entre estos Estados.

De esta forma, se abre camino a un nuevo proceso de reestructuración y reorganización de propuestas para el tratamiento de la problemática, ya no solo con un fin regulatorio desde el punto de vista exclusivamente normativo, sino también desde un análisis económico de los

verdaderos impactos y desafíos que esta problemática aun irresuelta produce en las condiciones de tributación internacional.

Este nuevo agente, la empresa multinacional, posee características absolutamente complejas en relación al sujeto pasivo tradicional que los esquemas tributarios han configurado desde sus orígenes, no solo en cuanto a su estructura económica-legal, sino también en la forma que exterioriza su capacidad contributiva como así también en el nacimiento del hecho imponible.

En este sentido, se observa que dentro de la temática quedan muchos vacíos normativos por regular, que no han sido subsanados por la aplicación del *estándar arm's length*, lo que ha producido una situación de constantes distorsiones y conflictos en la clasificación y asignación de rentas en cada jurisdicción.

De esta forma, el estado actual de la temática comienza a mostrar que, frente a las transformaciones en el comercio internacional, dominadas principalmente por los servicios y compañías con alto valor de intangibles, exige la búsqueda de un nuevo paradigma en materia de tributación internacional a fin de alcanzar nuevamente un equilibrio en las potestades tributarias de cada Estado.

En este sentido, el surgimiento de un creciente y avanzado proceso de revisión y litigios en la temática, acompañado por estrategias de planificación fiscal agresiva por parte de las principales empresas multinacionales del mundo, ha comenzado a exigir que dentro de un entorno supranacional como lo es la OCDE la búsqueda de una solución real sea el principal motivo de trabajo en esta temática.

Consecuencia de estas acciones, aun cuando el *estándar arm's length* se conserva como mecanismo de solución en el tratamiento de los PTI, se ha comenzado a producir por parte del principal organismo impulsor (OCDE) propuestas adicionales que permitan subsanar las falencias mostradas por los diferentes tribunales a nivel mundial. Así, se ha dado el surgimiento y mayor importancia a políticas de intercambio automático de información, la incorporación del reporte país por país (*Country by Country Report*) o la propuesta de implementación de los acuerdos anticipados de precios bilaterales y multilaterales (APA).

De esta forma, el punto de partida aquí será establecer una nueva estructuración del sistema tributario internacional, sobre nuevos mecanismos de acción que se establecen como fundamentales a fin de poder dotar a los Estados afectados de las facultades necesarias para

poder conservar su potestad tributaria y de esa forma garantizar su principal fuente de recursos genuinos. Es decir, analizar aspectos centrales de la tributación internacional, y dentro de ello, los PTI, es profundizar en el aspecto más relevante en materia de tributación internacional, debiendo con ello entender que la principal fuente de recursos genuinos que estos poseen está sujeta a las condiciones que estos establezcan en su tratamiento.

Es por ello que hablar del estudio de los PTI, no es solo un tema de la tributación internacional, sino establecer el origen y alcance de los recursos con los cuales cuentan los Estados para llevar adelante el cumplimiento de sus funciones.

De aquí en adelante, la implementación de *BEPS*, principalmente en relación a las acciones vinculadas a tributación internacional y PTI será la propuesta más relevante, en principio, para sostener el paradigma actual de tributación internacional. Sin embargo, es posible que este se convierta en un nuevo equilibrio inestable, por lo tanto, este escenario exige nuevas condiciones en el tratamiento de estas operaciones bajo la necesidad de una mayor armonización internacional, así como también una fuerte necesidad de corrección de las asimetrías existentes entre los sistemas tributarios de países desarrollados respecto a los subdesarrollados a fin de no reproducir las dificultades e incentivos del pasado.

En este contexto, la implementación de *BEPS* y su evolución en los diferentes Estados, será el tema dominante en cuestión a partir de determinar la viabilidad del actual paradigma de tributación internacional. Sin embargo, es importante tener en cuenta que frente a un contexto de implementación de las acciones *BEPS*, su éxito como hipótesis *ad-hoc* que permita sostener el actual paradigma de la tributación internacional no está garantizado. Es por ello, que nuevas líneas de análisis pueden tomar mayor relevancia en el proceso evolutivo del sistema tributario internacional como puede ser una mayor profundización en la incorporación de los APA (unilaterales, bilaterales y multilaterales) en los diferentes Estados, así como también el resurgimiento de modelos de impuestos unitarios a la renta.

De esta forma, esta nueva hipótesis *ad-hoc* (*Acciones BEPS*) exigirá un profundo análisis de su implementación país por país, así como también la evaluación de otras propuestas que hasta este momento no han podido superar el actual paradigma de la tributación internacional, pero que sin embargo, dada la coyuntura actual estarán vigentes ante un escenario de creciente dificultad en la potestad recaudatoria de los Estados, siendo este hecho reflejado en una mayor aplicación del principio de realidad económica en los últimos años.

Bibliografía

- Anguita Morera, A. (2010). Incidencias de los precios de transferencia en el comercio internacional (las transacciones multilaterales entre España, China y los países latinoamericanos). Barcelona: Universitat Rovira i Virgili. Departament de Dret Privat, Processal i Financer
- Avi-Yonah, R. S. (2003). Analysis of Judicial Decisions Interpreting §482. (I. Tax Management, Ed.) Transfer Pricing: Judicial Strategy and Outcomes, 101-131.
- Avi-Yonah, R. S. (2007). The rise and fall of arm's length: A study in the evolution of U.S. international taxation. (U. o. School, Ed.) Law & Economics Working Papers.
- Baistrocchi, E. (2008). Litigios de precios de transferencia: Teoría y práctica. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Banco Central de la Republica Argentina (2015). Las Inversiones Directas en Empresas Residentes a fines del 2015. Buenos Aires: Banco Central de la Republica Argentina.
- Bernard, B.A., S. J. Redding, & Peter K. Schott (2006). Multi-Product Firms and Trade Liberalization. The Quarterly Journal of Economics (2011) 126 (3): 1271-1318.
- Bettinger, H. (1996). Precios de transferencia: sus efectos fiscales. Mexico D.F.: Ediciones fiscales ISEF.
- Borkowski, S.C. (2010). Transfer pricing practices of transnational corporations in PATA countries. Journal of International Accounting, Auditing and Taxation. 35-54
- Baumol, W.J., and T. Fabian (1964). "Decomposition, Pricing for Decentralization and External Economies". Management Science 11 (1), 1-13.
- Caves, R. (1971). "International corporations: The Industrial Economics of Foreign Investment", *Economica*, Vol 38, febrero, 1-27.
- Checchin, D. (2005). Precios de Transferencia. Capital Federal: Aplicacion Tributaria.
- Coase, R. H. (1988). The Nature of the Firm. Chicago: Chicago University Press.

- D' Agostino, H. M. (2008). Precios de Transferencia. Buenos Aires: Errepar.
- Dicken, P. (2011). Global Shift: Mapping the Changing Contours of the World Economy (6ta ed. ed.). Nueva York: The Guilford Press.
- Durán, J. J. (2001). Estrategia y Economía de la Empresa Multinacional. Madrid: Pirámide.
- Dopuch, N., and D. Drake. (1964). "Accounting Implications of a Mathematical Programming Approach to the Transfer Price Problem". Journal Accounting Research, 10-24.
- Echegaray, R. (coord.), Michel, G.& Barzola, J.P. (2013). La administración tributaria frente al contribuyente global. Aspectos técnicos y prácticos relevantes. La Ley. Buenos Aires.
- Fondo Monetario Internacional. (1997). Perspectivas de la Economía Mundial. Washington.
- García Prats, F. A. (2005). Los Precios de Transferencia: Su Tratamiento Tributario desde una Perspectiva Europea. Crónica Tributaria, 33-82.
- Grondona, V. (2014). La manipulación de los "precios de transferencia" y la fuga de capitales en Argentina. Centro de Economía y Finanzas para el Desarrollo de la Argentina (CEFID-AR). Buenos Aires
- Hamaekers, H. (2009). Principio de Plena Competencia: ¿Hasta Cuándo? Análisis Tributario, 6-15.
- Hantke-Domas, M. (2011). Control de precios de transferencia en la industria de agua potable y alcantarillado. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) - Naciones Unidas.
- Held, D. (1995). Democracy and the Global Order. Stanford: Stanford University Press.
- Herrero Mallol, C. (1999). Precios de Transferencia internacionales: Estudio Tributario y Microeconómico. Pamplona: Aranzadi.

- Hirshleifer, J. (1956). On the economics of transfer pricing. *Journal of Business*.
- Holmstrom, B. y J. Tirole (1991). "Transfer Pricing and Organizational Form," *7 Journal of Law, Economics & Organization* 201-228.
- Horst, T. (1971). The theory of the multinational firm: Optimal Behaviour under different tariff and tax rates. *Journal of Political Economy*, 1059-1071.
- Instituto de Estudios de las Finanzas Públicas Argentinas (2012). Citado en Checchin, D. (2005). *Precios de Transferencia. Capital Federal: Aplicación Tributaria*.
- (IRS, 1935). Citado en Checchin, D. (2005). *Precios de Transferencia. Capital Federal: Aplicación Tributaria*.
- IRS. (1978). "Formas de Evasión y Evasión Fiscales Utilizadas por las Empresas Transnacionales y Procedimientos Eventualmente Disponibles para Controlar Abusos". *Boletín D.G.I.* (291), 355-372.
- Lester, E. (1997). *International Transfer Pricing Rules: Unconventional Wisdom*. ILSA *Journal of International & Comparative Law*.
- Lynch, A. B., & Dania, R. (2000). *Sistemas tributarios: un análisis entorno al caso argentino*. *Revista Libertas*.
- Maisto (1992). "Transfer Pricing in the absence of comparable market prices", Ponencia General del Tema I del 46° Congreso General de la I.F.A., *Cahiers de Droit Fiscal International, I.F.A., Vol. LXXVIIa, Subject I, Cancún Congress, 1992, 207-268*.
- Mc Intyre, M. J. (1989). *International Income Tax Rules of the United States*. Working Paper, Law School of Wayne State University.
- Mosqueda Almanza, R. M. (2009). *Precios de Transferencia: Estrategia y Norma Fiscal*. Querétaro: CENGAGE Learning.
- OCDE. (1979). *Precios de Transferencia y Empresas Multinacionales*. París: Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE.

- Organization para la Cooperation y el Desarrollo Economico (2013). ~~Action Plan~~ on Base Erosion and Profit Shifting. OECD Publishing.
- Organization para la Cooperation y el Desarrollo Economico (2015). Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios: Informes Finales 2015. OECD Publishing
- Reig, E. J., Gebhardt, J., & Malvitano, R. H. (2006). Impuesto a las Ganancias (Undécima ed.). Buenos Aires: Ediciones Macchi.
- Rosembuj, T. (2008). Precios de Transferencia: Los acuerdos de Costos. Instituto de Estudios Fiscales, 9.
- Rugman, A. M. & Verbeke, A. (1992). A Note on the Transnational Solution and the Transaction Cost Theory of Multinational Strategic Management. Journal of International Business Studies 23(4):761-771
- Sikka, P. & H. Willmott, (2010). The Dark Side of Transfer Pricing: Its Role in Tax Avoidance and Wealth Retentiveness. Working Paper. EBS Working Papers, Colchester.
- Thompson, G. (Junio de 1999). Introducción: para situar la globalización. Revista Internacional de Ciencias Sociales (160), 2.
- Villegas, H. B. (2007). Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario (9° ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Williamson, O.E. (1986). Economic Organization: firms, markets and policy control. Harvester,
- New York Wolfsohn, D. E. (2000). Precios de Transferencia. Buenos Aires: Errepar.



76719

