

Divergencias entre las regulaciones estadounidenses de precios de transferencia y los Lineamientos de la OCDE: Implicancias para grupos empresariales Latinoamericanos

Enrique Díaz Tong¹
Sophia Castro Jurado²

En varios sectores, las empresas latinoamericanas están experimentando un auge. Desde nuevas empresas tecnológicas innovadoras en Brasil, hasta gigantes manufactureros establecidos en México. Estas empresas observan con interés los mercados internacionales, en especial los Estados Unidos de América que, con su amplia base de consumidores y sus canales comerciales establecidos, representa una interesante oportunidad. Por otro lado, Estados Unidos es un socio comercial natural para Latinoamérica, debido a la proximidad geográfica y su poder económico; no obstante, las complejas regulaciones fiscales estadounidenses, incluyendo las reglas de precios de transferencia, representan una barrera de entrada significativa para los grupos latinoamericanos. En particular, estos grupos a menudo carecen de los recursos y la experiencia para navegar por las complejas reglas estadounidenses sobre Fiscalidad Internacional y Precios de Transferencia.

A continuación, profundizamos en las diferencias entre las normas de precios de transferencia de Estados Unidos y las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) publicadas en el 2022, que son el estándar técnico en precios de transferencia seguido por la mayoría de los países Latinoamericanos, analizando su impacto para los grupos latinoamericanos.

¹ Socio fundador de TP Consulting. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master of Business Administration (MBA) por la Universidad ESAN.

² Socia de TP Consulting USA. Economista por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. CONTEXTO ACTUAL

Los precios de transferencia siguen siendo un área crítica para las multinacionales que operan en la economía globalizada actual. A medida que las regulaciones de tributación internacional continúen evolucionando, particularmente con la inminente implementación de las propuestas para combatir la Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios o BEPS, por sus siglas en inglés,³ de la OCDE, conocida como la solución de 2 pilares, que se espera revolucione las reglas de fiscalidad internacional, volviéndolas incluso aún más complejas.

La posición de Estados Unidos sobre la adopción de las propuestas de las reglas del Pilar 1 y Pilar 2 de la OCDE ha sido un tema de negociación y debate. La complejidad de las normas tributarias estadounidenses, incluyendo impuestos sobre la renta empresariales, tanto federales como estatales, plantean significativos desafíos para la adopción de estas nuevas reglas. Mas aún, si bien Estados Unidos participa activamente de las actividades en materia de fiscalidad internacional de la OECD, no necesariamente ha adoptado en su legislación doméstica las recomendaciones de esta institución. Por ejemplo, cuando las recomendaciones de la Acción 13 del Plan BEPS fueron lanzadas en 2015,⁴ Estados Unidos adoptó parcialmente el paquete de documentación de precios de transferencia y únicamente introdujo la obligación de presentar el Reporte País por País a partir del 2016, bajo el sustento que las obligaciones de documentación ya existentes eran más que suficiente. Hasta el día de hoy, a pesar de que muchos países, incluidos socios comerciales clave de Estados Unidos, ya han comenzado a implementar las reglas del Pilar 2, a través de legislación

³ Base Erosion Profit Shifting (BEPS).

⁴ El Plan BEPS de la OECD, publicado originalmente en 2015, constaba de una serie de 15 elementos de acción específicos desarrollados por la OCDE para abordar cuestiones relacionadas con la evasión fiscal de las empresas multinacionales. El plan se desarrolló en respuesta a las crecientes preocupaciones sobre la capacidad de las empresas multinacionales de trasladar ganancias a jurisdicciones con bajos impuestos, erosionando la base impositiva en los países donde se obtienen las ganancias. Este plan se desarrolló a través de un proceso colaborativo que involucró a representantes de gobiernos, empresas y organizaciones de la sociedad civil de todo el mundo. Específicamente la Acción 13 introdujo el paquete de documentación de precios de transferencia en 3 niveles, el Reporte País por País, el Reporte Maestro y el Reporte Local.

interna, Estados Unidos no ha confirmado su apoyo y, menos aún se ha comprometido a esta implementación.

El mercado estadounidense tiene un peso inmenso para la mayoría de las empresas multinacionales. Esto hace que el cumplimiento de las normas estadounidenses sobre precios de transferencia, consideradas unas de las más estrictas y detalladas a nivel mundial, sea una preocupación crítica para los negocios internacionales. Si bien tanto las regulaciones estadounidenses, recogidas en la Sección 482 del Código Tributario y correspondientes Regulaciones del Tesoro, como las Directrices de la OCDE abogan por una metodología similar de precios de transferencia; la aplicación de los métodos, así como otros aspectos técnicos pueden variar debido a diferentes interpretaciones y orientaciones regulatorias en los Estados Unidos. Los contribuyentes con operaciones internacionales deben lidiar con los requisitos de ambos sistemas, a menudo buscando armonizar sus prácticas de precios de transferencia con las diferentes demandas de cada jurisdicción en la que operan.

No hay que olvidar que, si bien los Lineamientos de Precios de Transferencia de la OCDE proporcionan un marco conceptual que se considera el consenso técnico seguido por la mayoría de los países, son las administraciones tributarias de los países, en última instancia, quienes establecen de manera individual sus posiciones e interpretaciones técnicas, y los requisitos específicos y fechas de vencimiento, de los diferentes tipos de Reportes o Declaraciones sobre Precios de Transferencia que cada empresa debe presentar. Este intrincado entorno está siendo testigo de un aumento en las disputas y litigios sobre precios de transferencia, lo que ha significado un surgimiento de los requerimientos de Procedimientos de Asistencia de Autoridad Competente consagrados en la mayoría de los tratados tributarios, los cuales permiten a las autoridades fiscales de dos países negociar una resolución a una disputa que podría conducir a una doble imposición. Es en este contexto de negociación internacional que, la Administración Tributaria Estadounidense debe observar las Directrices de la OCDE de manera vinculante.

2. LEGISLACIÓN ESTADOUNIDENSE DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

Un Poco de Historia

Estados Unidos es uno de los países que cuenta con regulaciones de precios de transferencia más antiguas. Los primeros antecedentes del es-

tándar de plena competencia que ha sido la base de dichas regulaciones datan de 1934.⁵

En 1994 se emiten las regulaciones finales bajo la Sección 482, junto con las regulaciones de sanciones finalizadas aplicables desde dicho año en adelante. Las regulaciones introducen la protección de penalidades, condicionada a la preparación de documentación contemporánea sustentando los métodos de fijación de precios aplicados.⁶ A continuación, se listan los cambios más relevantes ocurridos a dichas regulaciones:

- 1995: Se emiten reglamentos finales sobre acuerdos de participación en los costos.
- 1996: Se emite el reglamento final de sanciones sobre precios de transferencia.
- 1998: Procedimientos simplificados del IRS para acuerdos anticipados de precios (APA) para pequeñas empresas.
- 2003: Se finalizan las regulaciones sobre el tratamiento de opciones sobre acciones en acuerdos de costos compartidos.
- 2006: Se emiten reglamentos temporales y propuestos sobre servicios.
- 2009: Se emite reglamento final sobre servicios.
- 2012: Cambios propuestos a la forma en que se gravan las transferencias de propiedad intangible.
- 2017: La Ley de Empleos y Reducción de Impuestos (TCJA) de 2017 introdujo una nueva definición de propiedad intangible.

A medida que siga evolucionando la economía global, la Sección 482 probablemente seguirá adaptándose a la misma. Con el auge de la digitalización y la creciente importancia de los intangibles, se espera que se in-

⁵ En 1988 la autoridad tributaria publica el "Libro Blanco" de precios de transferencia, entre 1988 a 1992 se introducen nuevas regulaciones que imponen estructuras más estrictas de presentación de información, mantenimiento de registros y sanciones por violaciones de precios de transferencia. En 1992 se introducen requisitos de documentación para evitar sanciones.

⁶ Las regulaciones finales emitidas bajo la Sección 482 entraron en vigor después de octubre de 1994. Mientras que el reglamento de sanciones (Artículo 6662) fue finalizado y hecho retroactivo a enero de 1994.

tensifique la atención prestada a precios de transferencia de dichas transacciones. Estados Unidos, como actor importante en la economía global, sin duda desempeñará un papel importante en la configuración del futuro de las regulaciones de precios de transferencia, a través de actualizaciones a la Sección 482 y su aplicación, así como de jurisprudencia relevante.

Aspectos Técnicos Principales

Como se ha indicado anteriormente, Estados Unidos es uno de los pocos países que no sigue de manera expresa las Directrices de la OCDE como referente técnico, sino que tiene su propio conjunto de reglas de precios de transferencia, establecidas en virtud de la Sección 482 y correspondientes Regulaciones del Tesoro. En general, se considera que estas normas son coherentes en principio con las Directrices de la OCDE, sin embargo, existen algunas diferencias clave, las cuales se resumen a continuación:

- **La regla del mejor método**

Las regulaciones estadounidenses requieren la aplicación de la regla del mejor método, en la selección de un método de fijación de precios. Las Directrices de la OCDE, en su versión actualizada, también se refieren al uso del “método más apropiado”, que en principio es muy similar al “mejor método”. Bajo este enfoque los contribuyentes no necesariamente tienen que examinar cada método en detalle, pero deben tener en cuenta: i) los hechos y circunstancias del caso, ii) la evidencia disponible, particularmente en relación con la disponibilidad de datos comparables, y, iii) la confiabilidad relativa de los diversos métodos bajo consideración, lo que evidenciaría cierta preferencia hacia el uso de métodos transaccionales por parte de dichas directrices.

- **Análisis de comparabilidad**

- Tanto las regulaciones estadounidenses como las Directrices de la OCDE establecen que el carácter de plena competencia de una transacción intercompañía se determina comparando los resultados (precios o ganancias) con los resultados presentes en transacciones no vinculadas comparables. Los factores de comparabilidad que deben tenerse en cuenta incluyen las funciones realizadas, los riesgos asumidos, los términos contractuales y las condiciones

económicas presentes, y las características de los bienes transferidos o de los servicios prestados.

- Tanto las regulaciones estadounidenses, como las Directrices de la OCDE, permiten el uso de comparables inexactos que sean similares a la transacción controlada bajo revisión. Sin embargo, se deben realizar ajustes razonablemente precisos a los comparables no controlados, para tener en cuenta las diferencias materiales entre las transacciones controladas y no controladas y, si dichos ajustes mejorarán la confiabilidad de los resultados obtenidos bajo el método de fijación de precios seleccionado.
- Ambas regulaciones prohíben expresamente el uso de rendimientos promedio de la industria no ajustados para establecer un resultado de plena competencia, siendo un factor de comparabilidad importante la asignación del riesgo dentro del grupo controlado, así como la conducta real de las partes y el grado en que una parte ejerce control sobre las actividades comerciales asociadas con el riesgo.
- Ambas regulaciones no esperan una respuesta única y perfecta para determinar el precio de plena competencia. En cambio, reconocen una variedad de resultados aceptables basados en las realidades del mercado y aceptan el uso de medidas estadísticas de tendencia central. En la práctica, el uso del rango intercuartil es aceptado por la mayoría de las administraciones tributarias, incluyendo el Servicio de Rentas Internas o IRS por sus siglas en inglés⁷ en Estados Unidos. Cabe indicar que el IRS ha prescrito una fórmula de cálculo específico de dicho rango, el cual difiere de la formulación comúnmente seguida por otros países. Si los resultados de precios de transferencia de un contribuyente quedan fuera del rango de plena competencia establecido, el IRS puede ajustar esos resultados a cualquier punto dentro del rango, lo cual va en línea con lo que señala, en el párrafo 3.62, los últimos Lineamientos de la OCDE:

(...) Al determinar este punto, donde el rango comprende resultados relativamente iguales y de alta confiabilidad, se podría argumentar que cualquier punto del rango satisface el principio de

⁷ Internal Revenue Service (IRS).

plena competencia. Cuando persisten los defectos de comparabilidad, como se analiza en el párrafo 3.57, puede ser conveniente utilizar medidas de tendencia central para determinar este punto (por ejemplo, la mediana, la media o los promedios ponderados, etc., dependiendo de las características específicas del conjunto de datos), para minimizar el riesgo de error debido a defectos de comparabilidad desconocidos o no cuantificables (...).

- En Latinoamérica, es común que muchas legislaciones establezcan que el ajuste se realizará a la mediana (punto medio) de todos los resultados del rango.
- Ambas regulaciones también permiten comparaciones basadas en resultados promedio durante varios años. Sin embargo, si los resultados quedan fuera del rango calculado utilizando datos de varios años, el ajuste para un año específico puede basarse únicamente en los datos de ese único año. En la práctica es común que se utilice el promedio de resultados de 3 años de las comparables (periodo bajo análisis y 2 periodos anteriores), mientras que, dependiendo de las circunstancias de la transacción, para evaluar la parte analizada se pueden utilizar el periodo bajo análisis, así como el promedio de 3 años, siendo que en caso el resultado de la parte analizada se encuentra fuera del rango, el correspondiente ajuste se calculará únicamente para el periodo bajo análisis. En el caso de transacciones que involucren intangibles e industrias específicas se pueden recurrir a periodos más largos, en cuyo caso el análisis de industria juega un rol importante.

● Métodos de Valoración

- Métodos Transaccionales Tradicionales: Bajo ambas regulaciones, cuando se trata de los métodos transaccionales tradicionales nos referimos a los siguientes métodos: Precio Comparable No Controlado o CUP por sus siglas en inglés,⁸ del Precio de Reventa y de Costo Incrementado. Según los tres métodos y según ambos conjuntos de reglas, los ajustes de comparabilidad deben tener en cuenta diferencias materiales en los gastos operativos, las convenciones contables, los mercados geográficos, la experiencia empresarial y la eficiencia de la gestión. No existen diferencias sustan-

⁸ Comparable Uncontrolled Price (CUP).

ciales entre las regulaciones estadounidenses y las Directrices de la OCDE en los conceptos teóricos subyacentes a estos métodos.

- **Métodos Basados en Utilidades:** Tanto las regulaciones estadounidenses como los Lineamientos de la OCDE prevén el uso de otros métodos cuando no se pueden utilizar los métodos transaccionales tradicionales. Según las regulaciones estadounidenses, un contribuyente puede utilizar el método de Comparación de Utilidades o CPM por sus siglas en inglés⁹ o el método de Partición de Utilidades. Según las Directrices de la OCDE, un contribuyente puede utilizar el método de Partición de Utilidades o el método del Margen Neto Transaccional o TNMM por sus siglas en inglés.¹⁰ En la mayoría de los casos, el CPM y el TNMM son prácticamente indistinguibles. A diferencia de las regulaciones estadounidenses, las Directrices de la OCDE expresan preferencia por el uso del método de Partición de Utilidades frente al TNMM.
- **CPM/TNMM:** El CPM/TNMM es en la práctica el método más comúnmente aplicado. Este método compara el beneficio operativo relativo a una base apropiada (indicador del nivel de utilidad) de la entidad controlada que es la menos compleja y no posee intangibles valiosos (parte analizada), con el nivel de utilidad obtenido por partes no controladas comparables. Las reglas de funcionamiento del TNMM son sustancialmente las mismas que las del CPM. Ambos métodos requieren que el análisis se aplique a un segmento de negocio apropiado, utilice medidas consistentes de rentabilidad y convenciones contables consistentes.¹¹
- **Tipo de Transacción:** Mientras bajo los Lineamientos de la OCDE los 5 métodos de valoración son los mismos sin importar el tipo de transacción bajo análisis, bajo las regulaciones estadounidenses los métodos a aplicarse dependen del tipo de transacción. En particular, los 5 métodos de las Directrices de la OCDE (CUP, Precio de

⁹ Comparable Profits Method (CPM).

¹⁰ Transactional Net Margin Method (TNMM).

¹¹ Las regulaciones estadounidenses emplean un enfoque total de utilidades, centrándose en la utilidad total obtenida por la entidad bajo análisis. Mientras tanto las Directrices de la OCDE hacen hincapié en un enfoque transaccional, analizando las transacciones de manera individual en tanto sea posible.

Reventa, Costo Incrementado, Partición de Utilidades y TNMM equivalente al CPM) corresponden a los métodos de transacciones de bienes tangibles. En tanto que los métodos para transacciones de servicios, intangibles y acuerdos de repartición de costos o CSA por sus siglas en inglés¹² incluyen métodos diferentes. En el siguiente cuadro se presenta un resumen de los métodos por tipo de transacción recogidos en las regulaciones estadounidenses:

Cuadro 1: Resumen de Métodos de Precios de Transferencia según Regulaciones Estadounidenses

Tipo de Transacción	Método de Precios de Transferencia	Regulación Específica
Propiedad Tangible	Comparable Uncontrolled Price Method	§ 1.482-3 (b)
	Resale Price Method	§ 1.482-3 (c)
	Cost Plus Method	§ 1.482-3 (d)
	Comparable Profits Method	§ 1.482-5
	Profit Split Method,	§ 1.482-6
	Unspecified Methods	§ 1.482-3 (b)
Propiedad Intangible	Comparable Uncontrolled Transaction Method	§ 1.482-4 (c)
	Comparable Profits Method	§ 1.482-5
	Profit Split Method,	§ 1.482-6
	Unspecified Methods	§ 1.482-4 (d)
Acuerdo de Partición de Costos (<i>"Cost Sharing Agreements"</i>)	Comparable Uncontrolled Transaction Method	§ 1.482-4(c)
	Comparable Uncontrolled Services Price Method	§ 1.482-9(c)
	Income Method	§ 1.482-7(g)(4)
	Acquisition Price Method	§ 1.482-7(g)(5)
	Market Capitalization Method	§ 1.482-7(g)(6)
	Residual Profit Split Method	§ 1.482-7(g)(7)
	Unspecified Methods	§ 1.482-7(g)(8)

¹² Cost Sharing Agreement (CSA).

Tipo de Transacción	Método de Precios de Transferencia	Regulación Específica
Servicios	Services Cost Method	§ 1.482-9(b)
	Comparable Uncontrolled Services Price Method	§ 1.482-9(b)
	Gross Services Margin Method	§ 1.482-9(c)
	Cost Of Services Plus Method	§ 1.482-9(d)
	Comparable Profits Method	§ 1.482-5
	Profit Split Method,	§ 1.482-6
	Unspecified Methods	§ 1.482-9(h)

• Intangibles

- Ambas regulaciones reconocen la importancia de las transacciones que involucran intangibles. La OCDE publicó un capítulo entero sobre consideraciones especiales para este tipo de transacciones, mientras que las últimas modificaciones a las regulaciones estadounidenses se han enfocado en los intangibles, así como CSA.
- Los Lineamientos de la OCDE se centran en la propiedad económica de la propiedad intangible o IP por sus siglas en inglés, en contraposición a la propiedad legal.
- Los Lineamientos de la OCDE no proponen un tratamiento metodológico diferente en el caso de intangibles; sino que, al igual que las regulaciones estadounidenses, establecen que los precios de los intangibles deben basarse en los beneficios anticipados para cada parte. En particular, los Lineamientos de la OCDE respaldan cautelosamente el uso de métodos de división de beneficios o el TNMM cuando resulta difícil aplicar un método transaccional, en tanto que el método CUP es el único método de fijación de precios específicamente aprobado. Lo cual no es incompatible con el resultado que se esperaría si se aplicara la regla del mejor método de los Estados Unidos en las mismas circunstancias. Bajo ambas regulaciones, lo más probable es que para una transacción de licenciamiento de propiedad intangible se seleccionaría probablemente

el método CUT por sus siglas en inglés,¹³ equivalente al método CUP. En caso dicho método no sea aplicable, a diferencia de las regulaciones estadounidenses, los Lineamientos de la OCDE optarían por el método reparto de beneficios sobre el TNMM.

- Intangibles de Valoración Compleja o HTVI por sus siglas en inglés.¹⁴ La implementación del Estándar Proporcional al Ingreso o CWI por sus siglas en inglés ha sido una fuente considerable de controversia entre Estados Unidos y sus socios comerciales. El objetivo principal de este estándar es garantizar que el IRS tenga derecho a auditar la confiabilidad de los supuestos utilizados al fijar el precio de transferencia de un activo intangible basados en resultados proyectados (beneficios proyectados o ahorros de costos). De tal forma que no se requerirán ajustes periódicos si los beneficios acumulativos reales obtenidos de la explotación del intangible están dentro de un rango de más o menos el 20% del pronóstico. Si los beneficios reales obtenidos caen fuera de este rango, se supone que el precio de transferencia será reevaluado a menos que se cumpla alguna de las excepciones de eventos extraordinarios adicionales aceptados; mientras que si no se justifica ningún ajuste para cada uno de los 5 años consecutivos posteriores a la transferencia, la transferencia se considerará realizada en condiciones de plena competencia y, en consecuencia, no se requerirán ajustes periódicos en ningún año posterior. Por su parte, los Lineamientos de la OCDE, en su más reciente actualización incluyeron una guía adicional para intangibles de valoración compleja,¹⁵ permitiendo a las autoridades tributarias considerar la rentabilidad real posterior a la transacción del intangible como evidencia de si el acuerdo de precios de transferencia fue apropiado, que puede considerarse consistente con el Estándar CWI seguido por las regulaciones estadounidenses.

¹³ Comparable Uncontrolled Transaction (CUT).

¹⁴ Hard To Value Intangible (HTVI).

¹⁵ Sección D: Guía Adicional para Intangibles añadida en el Capítulo VI en la versión actualizada de los Lineamientos de la OCDE (2022).

- **Servicios**

- Tanto las regulaciones estadounidenses como los Lineamientos de la OCDE se centran en satisfacer el estándar de plena competencia mediante la recarga de los costos específicamente incurridos por un miembro del grupo para brindar un servicio a otro miembro del grupo. Tanto según las regulaciones estadounidenses como los Lineamientos, los costos incurridos incluyen una asignación razonable de costos indirectos. Respecto a si el cargo en condiciones de plena competencia por los servicios también incluye un beneficio para el proveedor del servicio, los Lineamientos establecen que la inclusión de un margen de beneficio normalmente forma parte del costo de los servicios.
- En una transacción en condiciones de plena competencia, una empresa independiente normalmente trataría de cobrar por los servicios de tal manera que genere ganancias. Sin embargo, puede haber circunstancias en las que una empresa independiente pueda no obtener beneficios únicamente del desempeño de actividades de servicios. Las regulaciones estadounidenses contemplan la aplicación del método de Costo de Servicio o SCM por sus siglas en inglés. El SCM es considerado una suerte de metodología simplificada o *safe harbor* que puede ser elegido por el contribuyente en tanto la transacción de servicios califique con lo siguiente: i) estar en la lista de servicios permitidos o lista blanca,¹⁶ ii) calificar como un servicio de bajo margen de utilidad (la mediana del margen de rentabilidad en condiciones de plena competencia es del 7% o menos), iii) no encontrarse en la lista de servicios no elegibles¹⁷ y iv)

¹⁶ En la Guía de Procedimiento "Rev. Proc. 2007-13" publicada por el IRS se listan actividades bajo las siguientes categorías: nómina de sueldos, primas por desempleo, incapacidad y compensación laboral, cuentas por cobrar, cuentas por pagar, administrativo general, relaciones corporativas y públicas, coordinación de reuniones y planificación de viajes, contabilidad y auditoría, impuestos, asuntos de salud, seguridad, medio ambiente y reglamentación, presupuesto, actividades de tesorería, asistencia estadística, dotación de personal y reclutamiento, formación y desarrollo de los empleados, beneficios, servicios de información y tecnología (ti), servicios legales, gestión de reclamaciones de seguros y compras.

¹⁷ Las actividades expresamente excluidas incluyen: Manufactura, Producción, Extracción, exploración o procesamiento de recursos naturales, Construcción, Revender, distribuir, actuar como agente de ventas o compras, o actuar a comisión o

cumplir con la regla de juicio comercial que requiere que los servicios no contribuyan significativamente a ventajas competitivas clave, capacidades básicas o posibilidades fundamentales de éxito o fracaso en una o más industrias o negocios del prestador, del destinatario o de ambos.

- Por su parte, los Lineamientos de la OCDE permiten para servicios intragrupo de bajo valor agregado la aplicación de una metodología simplificada consistente en añadir un margen o *mark-up* de 5% a los costos totales incurridos en la prestación de dichos servicios. En circunstancias, incluso un margen de 0% o que los servicios sean prestados al costo es permitido.
- Con servicios intragrupo de bajo valor añadido se refiere, de acuerdo con el párrafo 7.45 de los Lineamientos de la OCDE a: *"(...) servicios realizados por un miembro o más de un miembro de un Grupo Multinacional por cuenta de otro forman parte del negocio principal del grupo multinacional, aquellos servicios cuentan con ciertas características: i) son de naturaleza de soporte; ii) no forman parte de la actividad principal del Grupo Multinacional; iii) no requieren el uso de intangibles únicos y valiosos ni conducen a la creación de los mismos; iv) no envuelven la asunción o control sustancial de riesgos significativos por parte del proveedor del servicio"*.
- Respecto al *profit mark-up* de 5% en los Lineamientos de la OCDE, en el párrafo 7.61, menciona: *"Al determinar el cargo de plena competencia por los servicios intragrupo de bajo valor añadido, el Grupo Multinacional debe aplicar un profit mark-up a todos los costos incurridos con excepción a cualquier costo que tenga las características indicadas en los párrafos 2.99 y 7.34 (...). El profit mark-up debe ser igual a 5% (...) Siempre y cuando se incurra en el enfoque simplificado, no habrá necesidad de justificar con un estudio de empresas comparables. (...) Se debe tomar nota que el mark-up para servicios intragrupo de bajo valor añadido no debe, sin un análisis o justificación adicional, ser usado como estudio de empresas comparables para la determinación del principio de plena competencia para servicios que no entren en el concepto de servicios intragrupo de bajo valor añadido (...)"*.

- Ambas regulaciones se refieren a la prueba de beneficio como condición para que un servicio sea compensado. Asimismo, de manera consistente ambas regulaciones definen las actividades duplicadas o “del accionista” como actividades que no se compensarían entre partes independientes.¹⁸
- **Operaciones Financieras**
 - En la última versión de las Directrices de la OCDE publicada, en la que se incluyó un capítulo completo dedicado a las transacciones financieras, el cual proporciona orientación adicional sobre la evaluación comparativa de tasas de interés, el precio de las garantías y los acuerdos de mancomunación de efectivo o *cashpooling*. Dicho capítulo enfatiza la aplicación del principio de plena competencia para garantizar que las transacciones de financiamiento entre compañías reflejen las realidades comerciales, incidiendo en la importancia de la caracterización correcta de la transacción y un adecuado análisis funcional. Por su parte, las regulaciones estadounidenses específicas sobre el tratamiento de préstamos han permanecido sin modificación desde su aparición.
 - De manera similar a los Lineamientos de la OCDE, en el caso de la determinación de tasas de interés de plena competencia, las reglas estadounidenses requieren un análisis de comparabilidad incluyendo un análisis funcional para evaluar los roles, riesgos y funciones de cada parte involucrada en la transacción de préstamo. Entre las características más relevantes a considerar se encuentra el riesgo crediticio de las partes. En particular, en relación al beneficio implícito del prestatario por ser parte de un grupo controlado que es determinante en la la calificación crediticia, tanto las Directrices de la OCDE como el IRS han reconocido su relevancia a la hora de determinar el valor de la tasa

¹⁸ Por lo general, no se considera que los servicios que duplican actividades ya realizadas por el destinatario proporcionen un beneficio al destinatario y se pueden rechazar los cargos a menos que se pueda demostrar algún beneficio adicional para el destinatario. Tampoco se compensan las actividades denominadas del accionista cuando el único efecto de dichas actividades es proteger la inversión de capital del proveedor de servicios en el destinatario o facilitar el cumplimiento por parte del proveedor de servicios de los requisitos legales, reglamentarios o de presentación de informes aplicables específicamente al “prestador”.

de interés, no obstante, no hay consenso en una metodología estándar de cuantificación.¹⁹

- Las regulaciones de precios de transferencia de Estados Unidos ofrecen una metodología simplificada o medida *safe harbor* para determinados préstamos que permiten determinar una tasa de interés de plena competencia utilizando tasas de interés publicadas por el IRS denominadas las Tasas de Interés Federales o AFR²⁰ por sus siglas en inglés, las cuales son aplicables para préstamos de diferentes vencimientos, reduciendo potencialmente las cargas de cumplimiento para los contribuyentes. Si la tasa de interés cobrada sobre un préstamo intercompañía cae dentro del rango AFR aplicable (más o menos una desviación estrecha), se considera una prueba sólida de fijación de precios en condiciones de plena competencia. Estas reglas simplificadas no son obligatorias en tanto que son los contribuyentes los que pueden optar por aplicarlas o en su defecto deberán utilizar otros métodos para demostrar la fijación de precios en condiciones de plena competencia, en función de las circunstancias específicas de la transacción del préstamo.

● Obligaciones de Documentación

- La OCDE, a través del Plan BEPS lanzado en el 2015, introdujo un paquete de documentación de precios de transferencia de tres niveles destinado a mejorar la transparencia en las prácticas de las multinacionales. Al día de hoy, muchos países han adoptado dicho paquete de documentación BEPS de manera completa o parcial. Entre los países de más reciente adopción destaca Brasil cuyas reglas de precios de transferencia alineadas al estándar de la OCDE entraron en vigencia obligatoria a partir del 2024.²¹ Por su parte,

¹⁹ Recientemente, en un memorando de asesoramiento legal genérico o GLAM por sus siglas en inglés publicado en Diciembre de 2023, el IRS proporcionó mayor orientación sobre préstamos y operaciones financieras aclarando las regulaciones existentes sin modificarlas. Este memorando aclara la posición del IRS con respecto al beneficio implícito del prestatario al evaluar los precios de los préstamos entre partes controladas.

²⁰ Accepted Federal Rates (AFR).

²¹ En relación a este tema, es importante señalar que, el 28 de diciembre de 2022, en Brasil se aprobó la medida provisional N.º 1152. Esta medida establece que Brasil adoptaría obligatoriamente las Directrices de la OCDE a partir del ejercicio fiscal

Estados Unidos únicamente incorporó la obligación de presentar el Reporte País por País en caso el grupo empresarial con matriz estadounidense supere los USD 850 millones de ingresos acumulados durante el periodo fiscal inmediatamente anterior.²²

- El Reporte País por País ha tenido una adopción generalizada, convirtiéndose en una herramienta clave para que las autoridades tributarias identifiquen riesgos potenciales de precios de transferencia. Mas aún se espera jugará un rol esencial como parte de la adopción de las reglas del Pilar 2.
- Las regulaciones estadounidenses actuales no requieren que la documentación de precios de transferencia esté vigente antes de que el contribuyente presente la declaración anual de impuestos. Sin embargo, la documentación preparada después de presentar la declaración de impuestos no brindaría protección contra penalidades en caso de que el IRS no esté de acuerdo con la aplicación del método utilizado. Para evitar una multa por precios de transferencia, un contribuyente debe mantener documentación suficiente para establecer que concluyó razonablemente que, dados los datos disponibles, su selección y aplicación de un método de fijación de precios proporcionó la medida más confiable de un resultado de plena competencia. Esta documentación deberá entregarse al IRS dentro de los 30 días siguientes a una solicitud. A continuación, se presenta un cuadro con los países de Latinoamérica que han implementado, en sus normas legales, los documentos del plan de acción 13 y los acuerdos de intercambio de información:

2024 y de manera voluntaria en el ejercicio fiscal 2023. El Congreso de Brasil ratificó esta medida el 28 de diciembre de 2022, promulgándose posteriormente la Ley N.º 14596 el 14 de junio de 2023. Con ello, la primera declaración obligatoria será, tres meses después de la declaración de la Escritura Contable Fiscal (ECF) en 2025 respecto al periodo 2024, de acuerdo con la Instrucción Normativa N.º 2161 emitida el 28 de setiembre de 2023.

²² Los grupos empresariales con matriz en Estados Unidos que hayan superado el umbral de ingresos acumulados durante el periodo fiscal anterior deberán presentar el Formulario 8975 y Apéndices A junto con su declaración anual de impuesto a la renta empresarial so pena de multas y penalidades por la no presentación o presentación con errores.

Cuadro 2: Países en Latinoamérica que han implementado la Acción 13 del Plan BEPS²³

N.º	País	Reporte Local / Estudio de Precios de Transferencia	Reporte Maestro	Reporte País Por País
1	Argentina	✓	✓	✓
2	Bolivia	✓	X	X
3	Brasil	✓	✓	✓
4	Chile	✓	✓	✓
5	Colombia	✓	✓	✓
6	Costa Rica	✓	✓	✓
7	Ecuador	✓	✓	X
8	El Salvador	✓	X	X
9	Guatemala	✓	X	X
10	Honduras	✓	✓	X
11	México	✓	✓	✓
12	Nicaragua	X	X	X
13	Panamá	✓	✓	✓
14	Paraguay	✓	X	X
15	Perú	✓	✓	✓
16	República Dominicana	✓	✓	✓
17	Uruguay	X	✓	✓
18	Venezuela	✓	X	X

Elaboración propia. Fuente OCDE²⁴

En cuanto a sanciones y penalidades, los Lineamientos alientan a los países miembros a administrar cualquier sistema de sanciones de una manera que sea justa y no excesivamente onerosa para los contribuyentes. Por su parte, el IRS ha declarado que el objetivo del régimen de sanciones y penalidades es alentar a los contribuyentes a hacer es-

²³ Adaptado de DÍAZ TONG, E. (2023). *Precios de Transferencia*. Capítulo III - BEPS y precios de transferencia - Países que han implementado la Acción 13 del Plan BEPS.

²⁴ De la fuente principal se ha actualizado las obligaciones de Precios de Transferencia relacionadas con Brasil. Esto en concordancia con lo expuesto por la Reserva Federal de Brasil en la Instrucción Normativa N.º 2161 de setiembre del 2023, y aplicable de manera obligatoria a partir del periodo fiscal 2025, respecto al periodo 2024.

fuerzos razonables para determinar y documentar el carácter de plena competencia de sus precios de transferencia. Las sanciones y penalidades pueden ser:

- **Penalización Transaccional:** La penalización transaccional se aplica a transacciones individuales en las que el IRS determina que el precio de transferencia no es de plena competencia. Las regulaciones imponen una multa transaccional no deducible del 20% sobre un pago insuficiente de impuestos, atribuible a un precio de transferencia reclamado en una declaración de impuestos que es del 200% o más, o del 50% o menos, que el precio de plena competencia. La multa se incrementa al 40% si el precio de transferencia informado es 400% o más, o 25% o menos que el precio de plena competencia. Cuando se alcancen estos umbrales, se impondrá la multa por precio de transferencia a menos que el contribuyente pueda demostrar causa razonable y buena fe en la determinación del precio de transferencia informado.
- **Multa de Ajuste Neto:** Se impone una multa de ajuste neto del 20% sobre un pago insuficiente de impuestos atribuible a un aumento neto en la renta imponible causado por un ajuste neto de precios de transferencia que exceda de USD 5 millones o el 10% de los ingresos brutos, lo que sea menor. La multa se incrementa al 40% si el ajuste neto de los precios de transferencia excede los USD 20 millones o el 20% de los ingresos brutos. Cuando se alcanzan estos umbrales, la multa puede evitarse sólo si un contribuyente puede demostrar que tenía una base razonable para sustentar que sus precios de transferencia producirían resultados de plena competencia, así como presentar la documentación adecuada de sustento preparada al momento en que se presentó la declaración de impuestos correspondiente y entregar al IRS dentro de los 30 días posteriores a su solicitud.

Nótese que presentar información falsa al IRS en la declaración de impuestos es un delito que puede tener graves consecuencias que incluyen multas civiles e incluso penalidades criminales.

Mecanismos de Resolución de Conflictos

Si bien la mayoría de los principales países desarrollados, han acordado aplicar un principio común de plena competencia en sus análisis de

precios de transferencia, cada país puede tener diferentes interpretaciones del mismo. A menudo una auditoría de precios de transferencia resulta en desacuerdos con respecto a las metodologías aplicadas por el contribuyente y el IRS. Abordar estas disputas puede llevar mucho tiempo y representar un desafío en materia de recursos, tanto para las administraciones tributarias como para los contribuyentes. En tal sentido, muchos contribuyentes buscan llegar a acuerdos sobre metodologías de precios de transferencia de forma prospectiva. A continuación, se presentan brevemente algunos de los mecanismos de resolución de conflictos y manejo de riesgos de precios de transferencia disponibles en Estados Unidos:

- **Acuerdos Anticipados de Precios o APAs por sus siglas en inglés²⁵**

Un APA es un proceso voluntario realizado de manera cooperativa de forma prospectiva y, en ciertos casos, también puede incorporar años fiscales anteriores. El proceso de APA aumenta la eficiencia del cumplimiento y control, al alentar a los contribuyentes a presentarse voluntariamente y presentar todos los hechos necesarios para la evaluación adecuada de las cuestiones propuestas, transacciones intercompañía y correspondiente metodología de análisis. Al trabajar de la mano con el IRS, los contribuyentes obtienen una mayor certeza sobre sus precios de transferencia, en tanto el IRS se compromete a no cuestionar el precio de las transacciones intercompañía cubiertas siempre que se cumplan las condiciones del APA. El proceso APA es también una de las herramientas efectivas de resolución alternativa de problemas en tanto permite al IRS y al contribuyente resolver problemas de precios de transferencia. Un APA puede ser unilateral, bilateral o multilateral. Las partes de un APA unilateral son el contribuyente y el IRS. Las partes de un APA bilateral son el contribuyente, una filial extranjera, el IRS y la autoridad fiscal en la jurisdicción de la filial extranjera. Las partes de un APA multilateral son el contribuyente, las filiales extranjeras del contribuyente relevantes, el IRS y las autoridades fiscales en las respectivas jurisdicciones de las filiales extranjeras pertinentes.

En febrero de 2012, el IRS estableció el Programa de Acuerdo Mutuo y Precios Anticipados o APMA por sus siglas en inglés²⁶ para supervisar su programa de APAs y actuar como la oficina de representación de la Autoridad Competente de los Estados Unidos, responsable de mane-

²⁵ Advanced Price Agreement (APA).

²⁶ Advance Pricing and Mutual Agreement Program (APMA).

jar los casos de la autoridad competente que surjan en el marco de los tratados tributarios suscritos por el país. APMA permite al IRS y al contribuyente resolver problemas de precios de transferencia en atención de las regulaciones estadounidenses, así como bajo los tratados tributarios relevantes que en muchas instancias siguen el modelo de la OCDE.

Las últimas estadísticas de APAs con cifras del 2023 publicadas por el IRS muestran que una cantidad récord de 156 APAs ejecutados durante ese año, tratándose de un aumento sustancial con respecto al año anterior, cuando la cantidad de APAs sufrieron los efectos rezagados de la pandemia de COVID-19, y cantidad por encima del récord anterior de 127 APAs ejecutados durante 2020.

- **Programa Internacional de Certeza de Cumplimiento o ICAP por sus en inglés²⁷**

El ICAP de la OCDE se lanzó como un programa voluntario de evaluación y garantía de riesgos que ayude a las multinacionales a obtener una mayor certeza sobre sus precios de transferencia y otras cuestiones fiscales internacionales. El primer despliegue del ICAP se anunció en diciembre de 2020, luego de dos proyectos pilotos iniciados en 2018 y 2019. Sus principales objetivos incluyen ser una ruta más rápida y clara hacia la certeza fiscal multilateral para grupos multinacionales, así como ser una alternativa eficaz y colaborativa en la resolución de conflictos.

En abril de 2023, el IRS publicó el memorando para las Operaciones de Tratados y Precios de Transferencia o TPPO por sus siglas en inglés²⁸ del IRS titulado "Orientación provisional sobre la revisión y aceptación de solicitudes de APAs" que creó un proceso de pre-solicitud para el proceso APA. Bajo este nuevo enfoque, el IRS revisará la solicitud de APA del contribuyente, pudiendo recomendar como soluciones alternativas el optar por ya sea el ICAP o auditoría conjunta.

- **Procedimientos de Asistencia de Autoridad Competente**

Los contribuyentes pueden solicitar Asistencia de Autoridad Competente cuando el artículo del Acuerdo Mutuo o MAP, por sus siglas en

²⁷ International Compliance Assurance Programme (ICAP).

²⁸ IRS Treaty and Transfer Pricing Operations (TPPO).

inglés, de un tratado tributario le permita presentar una solicitud de autoridad competente desde cualquiera de los estados contratantes, a fin de reducir o eliminar los efectos de la doble imposición causado por la determinación de un ajuste de precios de transferencia.

3. IMPACTO EN AMÉRICA LATINA

Las empresas latinoamericanas no pueden asumir que al ser empresas más pequeñas no serán auditadas o examinadas por las autoridades tributarias de los Estados Unidos o de jurisdicciones extranjeras. En los Estados Unidos, muchas veces, los contribuyentes pequeños optan por resolver sus casos de precios de transferencia aceptando los ajustes determinados por el IRS en lugar de litigarlos. Como resultado, existe un sesgo de selección de este tipo de casos, lo que aumenta el riesgo de auditoría de este perfil de contribuyente. Además, aunque un contribuyente podría considerarse una pequeña o mediana empresa a efectos fiscales estadounidenses, podría ser un gran contribuyente en su mercado local, lo que podría convertirlo en objeto de escrutinio por parte de una autoridad tributaria extranjera. En tal sentido, los grupos latinoamericanos deben estructurar su cumplimiento de precios de transferencia a fin de estar preparados en caso de ser seleccionados para una auditoría en la materia en Estados Unidos y/o en otros países de la región. Estos grupos deben poner especial énfasis en que la información que entregan a las diferentes administraciones tributarias, respecto de sus operaciones con partes vinculadas, sea consistente. Se están haciendo públicas diferentes jurisprudencias en Latinoamérica, en donde se aprecia que no se guarda esta consistencia, por lo que grandes grupos multinacionales, con matriz en Estados Unidos y Europa, están perdiendo casos millonarios de Precios de Transferencia en Latinoamérica.

Como se ha mencionado, los países latinoamericanos han adoptado en gran medida los Lineamientos de la OCDE como marco regulatorio. Sin embargo, las diferencias con las normas estadounidenses conllevan complejidades para los grupos latinoamericanos que operan en ambas regiones. A continuación, se listan los principales retos:

- **Carga de cumplimiento:** Las empresas latinoamericanas enfrentan el desafío de cumplir con dos conjuntos de regulaciones con importantes diferencias técnicas, lo que aumenta los costos administrativos de cumplimiento que incluye la preparación del Reportes o Estudio de

Precios de Transferencia y de los correspondientes contratos intercompañía.

- Recursos limitados: Para las economías en desarrollo de América Latina, la naturaleza compleja de las reglas de precios de transferencia de Estados Unidos puede requerir muchos recursos, especialmente para las empresas más pequeñas. En muchas circunstancias no se verifica si la política de precios de transferencia seguida por el grupo es válida bajo las regulaciones estadounidenses.
- Incremento de auditorías: Se espera un incremento de auditoría de precios de transferencia, siendo que empresas consideradas pequeñas no están inmunes a ser examinadas y ajustadas si sus precios de transferencia no son de plena competencia.
- Disputas por doble imposición: Las discrepancias entre los enfoques de Estados Unidos y la OCDE pueden dar lugar a ajustes de precios de transferencia provocando escenarios de doble imposición. Son pocos los países de Latinoamérica que cuentan con tratados tributarios suscritos con Estados Unidos, que permitirían la eliminación de la doble imposición provocada.

4. CONCLUSIONES

En los últimos años, el IRS ha experimentado un cambio significativo en su desempeño en litigios relacionados con precios de transferencia. Tras una trayectoria de resultados adversos, la agencia ha logrado revertir la tendencia y obtener veredictos favorables en casos de alto perfil ante los tribunales fiscales. Estos éxitos no solo han sentado importantes precedentes legales en la materia, sino que también han permitido al IRS recaudar cuantiosas sumas de impuestos a través de ajustes en los precios de transferencia, multas e intereses.

Los avances en las técnicas de fiscalización y el aumento del presupuesto del IRS, para la actividad de fiscalización incrementan el riesgo de auditorías de precios de transferencia para empresas de todos los tamaños. Si bien, históricamente han sido los contribuyentes grandes y medianos los sujetos a examinación y ajustes, lo que ha motivado que muchas empresas consideradas más pequeñas a optar por no preparar adecuada documentación de soporte; ante este más reciente contexto, jugarse el riesgo de no contar dicha documentación no sería lo más recomendable.