

PRECIOS DE TRANSFERENCIA Y ACUERDOS ANTICIPADOS DE PRECIOS (APA's)*

Ana Cláudia Akie Utumi¹

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente artículo es presentar una visión general de las normas de precios de transferencia en Brasil para entonces comentar sobre la posibilidad de suscribir acuerdos de precios con las autoridades fiscales brasileñas, bajo los modelos de lo que se regula en otros países bajo la denominación de “advanced pricing agreements”. Es importante mencionar que Brasil no es miembro de la Organización para Cooperación y Desarrollo Económico - “OCDE” y, así, las reglas de la OCDE no son obligatorias para el País.

2. VISIÓN GENERAL DE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA BRASILEÑOS

La función de las normas de precios de transferencia es buscar el equilibrio de los precios, o sea, de buscar cual es el precio de mercado a ser considerado en la determinación de la base imponible. Y no es por otro motivo que el principio que rige la legislación de precios de transferencia en varios países es el llamado “arm’s length”, el *principio del precio de mercado*, el precio con base en el cual la empresa contrataría un

* Este artículo ha sido modificado y editado a partir de la ponencia presentada por la autora en el 2do Encuentro Tributario Regional Latinoamericano IFA 2010.

¹ Abogada por la Universidad de São Paulo. Doctorado en Derecho Económico-Financiero por la misma Universidad. Maestría en Derecho Tributario por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo. MBA en Finanzas y Mercado de Capitales - IBMEC São Paulo, Graduación en Administración - Escuela de Administración de Empresas de São Paulo de la Fundación Getulio Vargas. Miembro del Comité Científico Permanente de la International Fiscal Association (IFA).

mismo negocio con una tercera persona, no relacionada.

La exigencia de adopción de los precios de mercado en Brasil, más que una determinación legal, resulta de la propia Constitución, como una forma de evitar que los contribuyentes en situación equivalente sean tratados diferentemente, en función de transacciones no equilibradas practicadas con personas vinculadas. La permisión de acordar precios que no sean los precios de mercado causa una distorsión, aunque solamente aparente, de la capacidad contributiva del contribuyente, de tal manera que dos contribuyentes, de facto en situación equivalente, sean sometidos a dos tratamientos tributarios diferentes, lo cual ese encuentra prohibido por la Constitución brasileña, por aplicación del principio de la igualdad:

“Art. 150. Sin perjuicio de otras garantías aseguradas al contribuyente, se prohíbe a la Unión Federal, a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios:

(...)

II - instituir tratamiento desigual entre contribuyentes que se encuentren en situación equivalente, prohibida cualquier distinción en razón de ocupación profesional o función por ellos ejercida, independientemente de la denominación jurídica de los rendimientos, títulos o derechos;

(...)”. (Traducción libre)

Así, el principio “arm’s length” encuentra su base de sustentación en Brasil bajo el propio principio constitucional de la igualdad entre contribuyentes que se encuentren en situación equivalentes, de tal manera que, exigir que las empresas adopten precios de libre mercado, más que una determinación legal, busca atender una de las bases del sistema tributario nacional.

Otros principios constitucionales se encuentran comprendidos en el principio del “arm’s length”, como bien resalta HELENO TÔRRES, cuando destaca que:

“O arm’s length é princípio no sentido de limite objetivo, que se perfaz como regra que permite a concretização de princípios valo-

res, como é o caso do princípio da livre concorrência e do princípio da capacidade contributiva. Princípio, como valor, são os que ele pretende realizar: princípio da plena concorrência e da livre-iniciativa, no âmbito das relações mercantis, e o princípio de capacidade contributiva, no Direito Tributário. Assim, mesmo não sendo admitido como um princípio que realiza um valor específico, não deixa o arm's length de ser uma forma de garantia a direitos fundamentais, um modo de efetivar outros princípios, estes sim, que concentram em si uma intensa carga axiológica”.

El principio *arm's length*, por consiguiente, es el principio de adopción del precio de libre mercado, buscando equilibrar la tributación en el caso en que pueda existir manipulación de los precios de importación o exportación en las transacciones con empresas relacionadas.

La recomendación de la OCDE² a los países, es que las leyes de precios de transferencia busquen al máximo la aplicación del principio “*arm's length*”, que consigan establecer los parámetros de mercado para que la base imponible pueda reflejar la realidad económica del negocio practicado. Los diversos métodos que la OCDE sugiere, tienen como objetivo permitir que se pueda determinar cual es el verdadero precio de una transacción.

Las normas de precios de transferencia fueron creadas por la Ley N° 9,430, de Diciembre de 1996, y empezaron a ser aplicadas a partir de 1° de Enero de 1997. Los métodos adoptados por la ley brasileña siguen en parte las recomendaciones de la OCDE, pero no siempre es posible llegar al precio del mercado con la aplicación de los mismos de la forma en que se encuentran dispuestos en la Ley.

Los tres únicos métodos que son admitidos por la ley brasileña a tener en cuenta son: (i) comparación de precios independientes; (ii) venta menos margen de lucro; (iii) costo más margen de lucro. Ninguno de los otros métodos sugeridos por la OCDE son reconocidos en Brasil.

Para los casos de importación, los métodos son: (i) precios indepen-

² OECD Comm. on Fiscal Affairs. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD, 1999.

dientes comparados (denominado por la ley como "PIC"); (ii) precios de venta menos margen de lucro (denominado "PVL"); (iii) costo de producción más margen de lucro (llamado "CPL").

En la exportación, los métodos son: (i) precios de venta en la exportación ("PVEX"); (ii) precios de reventa del mayorista ("PVA"); (iii) Precios de Reventa al Menudeo ("PVV"); y (iv) Costo de Adquisición o Producción más margen de lucro ("CAP").

Tal como ocurre en otros países, los precios de transferencia en Brasil son obligatorios cuando las operaciones de importación o exportación son realizadas entre empresas que tengan alguna relación accionaria. No obstante, hay otras situaciones en las cuales los precios de transferencia son aplicables cuando el vínculo que se presenta en una relación comercial más estrecha, como por ejemplo los casos de empresas asociadas en un consorcio o cuando una empresa sea el representante comercial exclusivo de la otra. Así, es importante analizar no solamente la relación accionaria de las empresas, sino también las relaciones comerciales para efecto que se pueda afirmar si existe o no la obligación de aplicar las reglas de precios de transferencia. O sea, los precios de transferencia son aplicables para las operaciones de comercio internacional en las cuales las partes son "vinculadas" -concepto establecido por la Ley N° 9,430/96- mucho más que solamente el vínculo de participación accionaria.

La disciplina de los precios de transferencia es aplicable no solamente a los bienes importados o exportados para personas vinculadas, también a las transacciones internacionales entre partes vinculadas que tengan como objeto servicios o derechos. La duda que se presenta es con relación al concepto de "importación" o "exportación" de derechos. Por ejemplo, cuando una empresa brasileña realiza la venta de acciones a un residente en las Islas Cayman, ¿hay una "exportación" de derechos? Este es un tema que aun no se ha estudiado con profundidad en el derecho brasileño, y que podrá objeto de disputas entre el fisco y los contribuyentes en los próximos años.

Cabe destacar que los dispositivos que reglamentan la ley no son suficientes para que las empresas puedan aplicar los precios de transferencia. Eso porque, los artículos de la ley que regulan ese asunto son muy

limitados y no contemplan una serie de situaciones que, en la práctica, pueden verificarse.

La base para la aplicación de los precios de transferencia se encuentra en la normativa complementaria emanada de la Secretaria de la Renta Federal, más específicamente en la Instrucción Normativa N° 243/2002. Dicha Instrucción flexibiliza la mayor parte de las reglas de precios de transferencia, al permitir que se puedan realizar más ajustes para que el resultado de la aplicación de los precios de transferencia se pueda aproximar más a la realidad de los mercados.

Es importante destacar que las Instrucciones no son instrumentos legales primarios, pero sí normas complementarias que no pueden crear o modificar derechos u obligaciones. Luego, las disposiciones previstas en la Instrucción Normativa N° 243/2002, en verdad, deberían ser publicadas en una nueva ley. De cualquier manera, cabe resaltar que el Código Tributario Brasileño garantiza, en su artículo 100, al contribuyente que aplica una norma complementaria que no tenga respaldo en la ley, que en el futuro ese contribuyente, en caso que las autoridades decidan cobrar el impuesto que no hubiese sido pagado en base a la norma complementaria, solamente estará sometido al pago del monto principal, sin interés o multa.

En caso el precio practicado difiera del precio calculado por los métodos de precios de transferencia, la diferencia de precios (i) representará un gasto o costo no deducible de los tributos sobre el lucro,³ en las transacciones de importación; o (ii) será considerada como un rédito en la base de esos mismos tributos, tratándose de exportaciones. Con base en la Ley N° 10,637/2002, el ajuste, caso exista, debe estar reflejado en los registros de la contabilidad de la empresa, y no solamente en los controles de cálculo de los tributos.

2.1. Paraísos fiscales y régimen fiscal privilegiado

La otra situación que exige la aplicación de las normas de precios de transferencia es la negociación con una persona -física o jurídica- que

³ Impuesto sobre la Renta de las Empresas - "IRPJ" - y Contribución Social sobre Lucro Neto - "CSLL", cuyas alícuotas son 25% y 9%.

sea residente en los llamados paraísos fiscales o, de conformidad con la definición de la ley brasileña, 'países o dependencias de tributación favorecida'. Para mejor didáctica, en el presente artículo, utilizaremos la referencia "paraísos fiscales".

Cuando la ley de precios de transferencia -Ley N° 9.430/1996- fue editada, su texto original definía como paraíso fiscal 'al país que no tribute la renta, o que la tribute en alícuota máxima inferior a veinte por ciento':

"Art. 24. Las disposiciones relativas a precios, costos y tasas de interés, establecidas por los artículos 18 a 22, son aplicables, también, a las operaciones efectuadas por persona física o jurídica residente o domiciliada en Brasil, con cualquier persona física o jurídica, mismo que no vinculada, residente o domiciliada en país que no tribute la renta o que la tribute en alícuota máxima inferior a veinte por ciento.

§ 1º Para efecto de la disposición final de este artículo, será considerada la legislación tributaria de dicho país, aplicable a las personas físicas o jurídicas, de conformidad con la naturaleza de la persona con la cual contactase la operación.

(...)".

A partir de 2002, fue añadido un nuevo párrafo a esa definición por la Ley N° 10.451/2002 (párrafo 3º), estableciendo que, para la verificación de la tributación favorecida, deben ser consideradas en forma separada la tributación del trabajo y del capital, bien como las dependencias del país de residencia o domicilio.

Un punto interesante es que la redacción original de la Ley N° 9.430/1996 estableció un concepto de "país con tributación favorecida", y solamente "país" -al revés de jurisdicción-. No obstante, en 2003, fueron introducidas nuevas modificaciones a la ley, estableciendo que la verificación del nivel de tributación -mayor o menor que veinte por ciento- tomaría en cuenta el "país" o la "dependencia", o sea, jurisdicciones que son parte de países que no necesariamente tienen tributación favorecida, como es el caso de la Isla de Madera, Isla Cayman y

otras dependencias del Reino Unido, Antillas Holandesas, etc. Es lo que explica ALBERTO XAVIER:⁴

“A verdade é que todos os Estados são, de certo modo, paraísos fiscais, no que tange a setores ou vantagens específicas que oferecem: recorre-se ao Panamá e à Libéria para o desenvolvimento da marinha mercante; ao Luxemburgo e à Holanda, em razão o regime especialmente favorável das sociedades holding e da colocação de empréstimos externos; (...). Mas é certo que os Estados Unidos, país de elevado nível de tributação, oferecem também a vantagem específica de não tributar os juros pagos aos residentes no exterior, que detêm depósitos bancários, encorajando assim a permanência desses fundos na sua economia”.

A pesar de que la ley brasileña establece como concepto de “paraíso fiscal” la tributación con alícuota inferior a 20%, nuestra interpretación es que dicho límite de 20% debe ser entendido como límite de carga impositiva, y no solamente de alícuota. Eso porque, muchos son los paraísos fiscales donde la alícuota es alta, pero por cuenta de la base impositiva ser pequeña, la carga tributaria no llega al nivel de 20%. Eso ocurre, por ejemplo, en las Antillas Holandesas (dependencia del Reino de los Países Bajos): la alícuota de impuesto de renta de las empresas es de 35% -o sea, mucho superior a la alícuota de 20% exigida por la ley brasileña- y la base impositiva, sobre la cual esa alícuota es aplicada, es solamente 8% del lucro obtenido, resultando una carga impositiva de solamente 2,8%.⁵

Sobre el asunto, HELENO TÔRRES⁶ tiene la opinión de que la alícuota máxima inferior a 20% de la ley brasileña es *“aquella que, além da proporção legal da alíquota, são somados em conta outros aspectos do critério quantitativo da norma, como a determinação da base de cálculo, sendo definida como o resultado decorrente do somatório do imposto pa-*

⁴ XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 6ª Edição, 2004, p. 316.

⁵ Información obtenida en la página electrónica del Gobierno de las Antillas Holandesas (http://www.curacao-chamber.an/info/4b_2.html), en Marzo de 2009.

⁶ TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Editora RT, 2001, pp. 94 y 95.

go sobre o lucro da pessoa jurídica, antes da sua distribuição, com o imposto devido na distribuição de lucros, dividido pelo lucro antes da incidência do Imposto sobre a Renda devido pela empresa”.

Complementando el concepto de paraísos fiscales, el artículo 4º de la misma Ley Nº 10.451/2002 incluyó el del “país o dependencia cuya legislación oponga sigilo relativo a la composición societaria de las personas jurídicas o a su titularidad”. Es lo que ALBERTO XAVIER⁷ define como “sigilo societario”.

El sigilo era, hasta algunos años atrás, uno de los grandes atractivos de los paraísos fiscales, toda vez que, en su gran mayoría, era permitida la constitución de empresas con “acciones al portador”, o sea, acciones sin la identificación del accionista, siendo considerado como tal, cualquiera que tuviera, en sus manos las acciones de una determinada empresa.

No obstante, al largo de los años, en especial con la edición de la ley de los Estados Unidos denominada “Patriot Act”, varias jurisdicciones tradicionalmente conocidas por permitir la existencia de acciones al portador fueron presionadas para revisar sus leyes, de tal manera que dejaran de permitir la constitución de nuevas sociedades con dichas acciones y, posteriormente, pasaran a exigir la identificación de todo y cualquier inversionista. Un ejemplo son las Islas Vírgenes Británicas que, a partir del año 2007, a través del “2004 Business Companies Act”,⁸ acabó con las acciones al portador, de tal forma que las sociedades allá constituidas pasaron a tener sus accionistas debidamente identificados.

A pesar de que muchas de las jurisdicciones que antes permitían la emisión de acciones al portador ya no las permiten, no todas tienen un sistema de registro público de acciones o accionistas. No obstante, entendemos que, el hecho de que no exista un registro público de acciones o de accionistas no puede ser considerado, *per se*, como un factor determinante para establecer que dicha jurisdicción impone sigilo respecto de la composición societaria de las empresas. Por ejemplo, en Brasil mismo, existen las llamadas “Juntas Comerciais”, siendo los no-

⁷ XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 6ª Edição, 2004, p. 375.

⁸ Fonte - Julho/2008: <http://www.lawandtax-news.com/html/bvi/jbvatcos.html>

tarios en cada uno de los Estados los que registran públicamente todos los actos societarios de las empresas. En la práctica las empresas constituidas bajo la forma de corporación -sociedad por acciones (“S.A.”)- tienen sus propios libros de registro de accionistas, que es un registro privado y no público. Para las sociedades abiertas (o sea que cotizan en la bolsa brasileña), existe la obligación de informar solamente los accionistas que tengan más del 5% de las acciones -obligación que no es aplicable a las sociedades cerradas-.

Así, aunque no exista un registro público de acciones o accionistas en una determinada jurisdicción, en la medida en que no exista ningún impedimento jurídico para obtener dicha información a partir de la propia empresa, o de las autoridades locales, entendemos que dicha jurisdicción no puede ser clasificada como paraíso fiscal por el criterio de información en cuanto a la composición societaria.

En el mes de Junio de 2008, fue promulgada la Ley N° 11.727, que incluyó un párrafo adicional al artículo 24 de la Ley N° 9.430/1996, expandiendo aún más el concepto de paraíso fiscal, *verbis*:

“§ 4º Considerase también país o dependencia con tributación favorecida aquel cuya legislación no permita el acceso a informaciones relativas a la composición societaria de las personas jurídicas, a la su titularidad o a la identificación del beneficiario efectivo de las rentas atribuidas a no-residentes”.

Esa disposición legal, que empezó a regir a partir del 1º de enero de 2009, al expandir el concepto de paraíso fiscal, amplió la aplicación de las normas de precios de transferencia, una vez que el artículo 24 de la Ley N° 9.430/1996 establece justamente la obligación de adopción de los precios de transferencia cuando el importador o exportador en el exterior resida en paraíso fiscal.

Lo interesante de ese nuevo dispositivo es que, por primera vez, la ley tributaria brasileña pasa a preocuparse de la identificación del “beneficiario efectivo” de las rentas.

Beneficiario efectivo es un concepto adoptado hace muchos años por distintos países para identificar cual es la verdadera residencia fiscal de

un no-residente que recibe los beneficios, sin considerar las empresas o entidades que sean solamente “de pasaje” (“conduit companies”), que no sean los beneficiarios finales de dicha riqueza.

Ese concepto de beneficiario efectivo se encuentra en varios de los tratados para evitar la doble imposición que Brasil firmó, en especial los tratados firmados a partir de la segunda mitad de los años 80. La inclusión del beneficiario efectivo en el Modelo OCDE de convenio para evitar la doble imposición ocurrió en 1977, en función de la preocupación de dicha entidad de evitar el abuso en la utilización indebida de los tratados por medio de la interposición de empresas cuya única función sería la de permitir la utilización de beneficios de un tratado. Sobre el tema, resulta interesante la observación de PHILIPP BAKER:⁹

“O dispositivo antiabuso mais comum -geralmente encontrado nos artigos relativos a dividendos, royalties e também com freqüência no artigo referente a outros rendimentos- é o conceito de beneficiário efetivo (“beneficial owner”). Esse artigo estipula que a tributação reduzida no país da fonte somente se aplica quando o residente no outro Estado contratante é o beneficiário efetivo do rendimento. Esta exigência foi introduzida no modelo de convenção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em 1977, em que se baseiam as mais modernas convenções para evitar a bitributação. Apesar de existir na prática há mais de 30 anos, ainda há dúvidas reais sobre seu escopo e significado, o que leva a incessantes disputas judiciais e muita reflexão. O seu sentido é particularmente crucial, uma vez que ele pode impedir a aplicação da tributação reduzida do país da fonte. É surpreendente, portanto, que o seu conceito ainda continue não sendo claro”.

A partir de enero de 2009, por lo tanto, las jurisdicciones que tengan legislación que impidan la identificación de los beneficiarios efectivos de las rentas pasarán a ser clasificadas como paraísos fiscales para los fines de aplicación de la legislación de precios de transferencia.

Por efecto de la Ley 11.727/2008, a partir de 2009, las personas físicas

⁹ BAKER, Philip. *O limite do benefício efetivo nos tratados contra a bitributação*. In: Periódico Valor Econômico, edición de 07 de mayo de 2007.

o jurídicas que no sean residentes en paraísos fiscales pueden a ellos equipararse caso sean sujetas a “régimen fiscal privilegiado”, de conformidad con el artículo 24-A de la Ley N° 9.430/1996, introducido por la Ley 11.727/2008.

Dicha ley establece que se considera privilegiado el régimen fiscal que:

- a) no grave la renta, o la grave con alícuota máxima inferior a 20%;
- b) conceda ventaja de naturaleza fiscal a persona física o jurídica no residente: (i) sin la exigencia de realización de actividad económica substantiva en el país o dependencia; (ii) condicionada a no haber ejercicio de actividad económica substantiva en el país o dependencia;
- c) no grave la renta, o la haga en alícuota máxima inferior a 20%, las rentas obtenidas fuera de su territorio; o,
- d) no permita el acceso a informaciones relativas a la composición societaria, titularidad de bienes o derechos o relativas a las operaciones económicas realizadas.

Así, si una persona es residente en una jurisdicción no clasificada como paraíso fiscal, pero es beneficiaria de un tratamiento tributario privilegiado, que resulte en baja tributación o protección de información, dicha persona es equiparada a los residentes en paraísos fiscales para los fines de precios de transferencia.

Otro aspecto de la normas brasileñas sobre los paraísos fiscales es el uso de la “Black list”, o sea, la divulgación por las autoridades brasileñas de las jurisdicciones consideradas como paraísos fiscales. La lista fue aprobada por la Instrucción Normativa N° 188/2002, y contempla 53 distintas jurisdicciones.

No obstante, destacamos que dicha lista es solamente indicativa de las jurisdicciones clasificadas como paraísos fiscales, una vez que es editada por una norma secundaria, representa solamente una interpretación de las autoridades fiscales. Así, cualquier jurisdicción que esté de acuerdo con la descripción legal de paraíso fiscal debe ser calificada como tal.

Así, si una persona es residente en una jurisdicción no clasificada como paraíso fiscal, pero es beneficiaria de un tratamiento tributario privilegiado, que resulte en baja tributación o protección de información, dicha persona es equiparada a los residentes en paraísos fiscales para los fines de precios de transferencia.

2.2. Métodos para la determinación de los precios de transferencia admitidos en el Derecho Brasileño

2.2.1. Métodos comparativos de precios

El método PIC (para las importaciones) es definido por la ley como la media aritmética ponderada de los precios de los bienes, servicios o derechos, idénticos o similares, practicados en el mercado brasileño o de otros países, en transacciones de compra y venta, negociadas por la propia interesada o por terceros con partes no vinculadas, en condiciones de pago semejantes.

El PVEX, por su vez, es el método de comparación de precios de mercado que se aplica a las exportaciones, y es definido como la media aritmética de precios de venta en las exportaciones efectuadas por la propia empresa, para otros clientes, o por otra exportadora nacional de bienes, servicios o derechos, idénticos o similares, durante el mismo año y en condiciones de pago semejantes.

Los métodos PIC y PVEX llevan en cuenta las transacciones practicadas entre el propio vendedor o comprador, conforme el caso, y terceros o entonces solamente entre terceros. De acuerdo con la ley N° 9,430/96, los precios a comparar solamente podrían ser ajustados con relación a la forma de pago. No existía la posibilidad de hacer otros ajustes, tales como de control de calidad, cantidades, garantías ofrecidas por el fabricante, entre otros.

Así, la comparación no era perfecta, o sea, para que dos transacciones sean comparables, es necesario que las condiciones negociables y también las condiciones del producto vendido sean equivalentes. De otro modo, el resultado de la comparación puede ser un precio que no sea el de mercado para aquel determinado producto.

Las autoridades fiscales brasileñas, reconociendo las deficiencias de la Ley N° 9,430/96, tornaron más flexibles las normas de precios de transferencia por medio de, inicialmente, la llamada “Instrução Normativa” (“Instrucción Normativa”) N° 38/1997 (ahora Instrucción N° 243, de 11 de Noviembre de 2002).

Las determinaciones de la Instrucción N° 243/2002 permiten que los precios comparados sean ajustados con relación a las diversas diferencias que puedan existir entre dos transacciones. Así, esa Instrucción permite que los ajustes reflejan (i) condiciones de pago; (ii) cantidades negociadas; (iii) garantía del producto; (iv) obligación del comprador cuanto a publicidad del producto adquirido; (v) calidad de los productos y servicios; (vi) costos de intermediarios; (vii) embalaje; (viii) carga y seguro. Con los ajustes permitidos, es posible llegar a precios comparables y, por consiguiente, obtener el precio de mercado para las transacciones practicadas entre dichas empresas “vinculadas”.

Además, en caso no existan operaciones independientes para hacer la comparación con las transacciones practicadas con las personas vinculadas, la Instrucción permite que sean utilizados datos no contemporáneos -i.e., datos de años anteriores- desde que en el cálculo del precio de transferencia sea hecho un ajuste relativo a la variación de la moneda extranjera (llevando en consideración las diferencias de cotización de la moneda estadounidense).

Como bien observa HELENO TORRES, este es el método por el cual mejor se puede alcanzar el principio del precio de mercado, una vez que tratase de comparar la transacción efectuada entre las partes vinculadas con otra transacción, efectuada entre partes no relacionadas, presumiblemente, utilizándose del precio que sea vigente en el mercado.

2.2.2. Precios de venta menos margen de lucro

El método del precio de venta menos margen de lucro, en el caso de las importaciones, es el llamado “PVL”, como ya se ha destacado anteriormente. Hasta diciembre de 2009, este método era llamado “Precio de Reventa menos Lucro” (“PRL”) y en ese período fue publicada la Medida Provisoria N° 478, que hoy en día está bajo el análisis del Congreso Brasileño, que cambió no solamente el nombre, sino tam-

bién la metodología de cálculo. Para las exportaciones, los métodos son el "PVV" y "PVA".

El método PVL es definido por la ley brasileña como resultante del siguiente cálculo:

- Precio de venta con partes independientes (-) descuentos incondicionales (-) impuestos sobre la venta
- (x) Participación porcentual del costo del bien, servicio o derecho importado en el costo final del producto final
- (=) Precio de venta proporcional del bien, servicio o derecho importado
- (-) 35% de margen de lucro
- (=) PVL

La definición del método PVA es *"la media aritmética de los precios de venta de bienes, idénticos o similares, practicados en el mercado mayorista del país de destino, en condiciones de pago semejantes, menos tributos incluidos en el precio, cobrados en el referido país, y margen de lucro de quince por ciento sobre el precio de atacado"*. El PVV, por su vez, tiene la misma definición del PVA, con la diferencia que el margen de lucro a ser deducido del precio venta al menudeo es de treinta por ciento.

En términos prácticos, los métodos PVV y PVA son muy poco utilizados. Eso porque, los precios a considerar en el cálculo de los precios de transferencia son aquellos cobrados en el país de destino, no llevando en cuenta datos de la empresa brasileña. Además, los dos métodos solamente pueden ser adoptados en los casos en que no hay ningún costo agregado al producto importado en el país de su importación, solamente en los casos en que hay una reventa directa del producto importado.

De acuerdo con la Ley, los márgenes de lucro son fijos, o sea, en el caso del PVL, es de 35%, para el PVA es 15% y para el PVV es 30%, no importando cual es el producto, servicio o derecho objeto de análisis de precios de transferencia. O sea, la definición del margen de lucro no

tiene en cuenta cuales son las condiciones de mercado para la situación fáctica, de tal manera que el resultado de la determinación del precio de transferencia puede no tener éxito con relación a la aplicación del principio *arm's length*.

2.3. Métodos de Costo más Margen de Lucro

Para las importaciones, el método de costo es el "CPL", definido como el costo medio de la producción de bienes, servicios o derechos, idénticos o similares, en el país donde hubieren sido originalmente producidos, más impuestos y tasas cobrados por el referido país en la exportación, y margen de lucro de veinte por ciento, calculado sobre el costo. Destáquese que el método CPL solamente admite que sea considerado el costo de *producción*, y no el costo de *adquisición*.

En las exportaciones, ya se admite la consideración de los costos de adquisición. El método "CAP" es definido justamente como la media aritmética de los costos de adquisición o de producción de los bienes, servicios o derechos exportados, más impuestos y contribuciones cobrados en Brasil y margen de lucro de quince por ciento.

3. POSIBILIDAD DE APA's EN BRASIL

En Brasil, el contribuyente está autorizado a consultar formalmente a la autoridad fiscal sobre cualquier tema que involucre la interpretación de la autoridad en cuanto a un determinado dispositivo de la ley o de la reglamentación.

En la esfera federal, que es la relevante para los fines de precios de transferencia, una vez obtenida la respuesta de la autoridad, no existe la posibilidad de apelación administrativa en caso de decisión contraria al contribuyente, excepto en el caso de haber dos respuestas sobre el mismo tema en sentido contrario de dos distintas oficinas regionales del fisco brasileño. En este caso es posible interponer un recurso a la coordinación de la Hacienda Federal, que tiene la función de uniformizar las interpretaciones.

No obstante, en los hechos la autoridad lleva un promedio de 6-12 meses para responder a una consulta, de tal manera que es un meca-

nismo poco eficiente para obtener la seguridad sobre algún tema. Durante ese período -en cuanto la autoridad no publica la respuesta- las posibles contingencias generadas por las distintas interpretaciones son suspendidas, y cuando la respuesta es emitida, el contribuyente tiene 30 días para pagar las diferencias sin multa, solamente con intereses.

En cuanto a los precios de transferencia, hay dos sistemáticas que podrían ser consideradas similares a los APA's: la primera se refiere al sistema de "conquista de nuevos mercados", y la segunda a la posibilidad de obtener cambio de los márgenes fijos de lucro.

3.1. Conquista de nuevos mercados

Para las exportaciones, existe la posibilidad de la empresa brasileña de buscar la autorización para utilizar la conquista sistemática de nuevos mercados, en la cual es posible para dicha empresa adoptar precios inferiores a 90% de los precios medios adoptados en Brasil, independientemente de cualquier control de precios de transferencia, desde que:

- a) los bienes, servicios o derechos a exportar no hubieran sido comercializados en el país de destino, por la propia empresa exportadora o por cualquier otra a ella vinculada, localizada en cualquier parte del mundo;
- b) los bienes, servicios o derechos sean revendidos a los consumidores por precio inferior al de cualquier bien, servicio o derecho, idéntico o similar, comercializado en el país de destino;
- c) efectuadas con observancia de las condiciones fijadas en plan específico de exportación, previamente aprobado por la Coordinación General de Tributación (COSIT) de la Hacienda Federal;
- d) quede demostrado, en el plan de exportación, que la empresa vinculada, residente en el país del destino, no tendrá lucro con la exportación y, si existe previsión de perjuicios para la empresa en Brasil, en razón del precio a ser adoptado, el plazo previsto para su recuperación.

El régimen de conquista de nuevos mercados solamente puede tardar 12

meses y, después de ese período, los precios tienen que volver al control normal de precios de transferencia.

Una de las curiosidades de ese régimen es que, de facto, nunca ha sido aplicado y, además, es un estímulo para que las empresas brasileñas practicasen *dumping*, ya que el objetivo debe ser vender los productos hacia el exterior por precio bien abajo del practicado en el mercado brasileño.

Así, a pesar de ser posible lograr un acuerdo para practicar precios más bajos que los parámetros de precios de transferencia, ese sistema se ha mostrado nada efectivo para los contribuyentes.

3.2. Cambio de los márgenes de lucro

De manera general, la adopción por la ley brasileña de márgenes fijos generan que las normas de precios de transferencia permitan distorsiones del principio *arm's length*. Para un determinado contribuyente, un cierto margen fijo es más favorable que el margen practicado en el mercado -resultando en un precio de transferencia mayor (en el caso de importación) o menor (en la exportación), conforme el caso- ese contribuyente será beneficiado por ese margen fijo mayor que el mercado. Para otro contribuyente, el margen determinado por la ley puede ser negativo, ya que su mercado adopta márgenes de lucro muy inferiores a éste.

Es por ello que existe la posibilidad para el contribuyente de solicitar el cambio de los márgenes de lucro establecidos por la ley, de conformidad con las disposiciones de la Norma (Portaría) del Ministro de la Hacienda N° 222/2008.

De acuerdo con dicha Norma, cualquier contribuyente o asociación que represente una categoría de contribuyentes puede solicitar la revisión y cambio de márgenes de lucro. De este modo, para las situaciones en que los márgenes fijos hacen que el precio se quede arriba (importación) o abajo (exportación) del precio de mercado, las autoridades fiscales pueden corregir esta distorsión y permitir al contribuyente utilizar el margen practicado en el mercado del bien negociado.

Para la evaluación del pedido, el contribuyente tiene que presentar es-

tudios económicos que demuestren claramente la necesidad de cambio de los márgenes de lucro, como la documentación con la descripción detallada del producto. El contribuyente o la asociación también pueden presentar otras pruebas o elementos de convencimiento, tales como la cotización en las bolsas del producto o de sus componentes, estudios hechos para otras empresas u otras asociaciones. De cualquier manera, no está permitido usar ninguna información relativa a transacciones hechas con partes en paraísos fiscales.

El pedido tiene que ser hecho antes que se inicie cualquier investigación de las autoridades fiscales sobre el contribuyente en relación a los métodos de precios de transferencia.

En caso que el pedido de cambio de márgenes sea aprobado, dicho cambio es válido por un plazo mínimo de 2 años, con el compromiso del contribuyente informar a la autoridad cualquier cambio significativo de las condiciones de mercado que puedan afectar los nuevos márgenes aprobados.

Cuando el contribuyente presenta una consulta para cambiar el margen de lucro ante las autoridades fiscales, éstas analizan los datos presentados, si el cambio solicitado es razonable o no, y pueden aprobar el pedido totalmente, en parte, como no aprobarlo.

El pedido puede ser formulado por una empresa, un grupo de empresas o una asociación que represente las empresas de un determinado sector.

Más de una vez, la ley brasileña optó por adoptar un porcentaje fijo para la determinación del precio de transferencia a comparar con el precio practicado. Y, más de una vez, la Instrucción Normativa N° 243/2002 tornó más flexible el criterio del margen fijo. Tal como ocurre con los métodos de reventa, es posible ingresar con una consulta, para pedir al fisco el cambio del margen de lucro.

En verdad, tanto en el caso de los métodos de reventa, cuanto en los métodos de costo, el margen de lucro debería ser por lo menos la media de los márgenes de lucro que se encuentran para el mercado relevante para el análisis de una transacción de importación o exportación, de manera de preservar la búsqueda del principio “arm’s length”. Los már-

genes fijos son uno de los defectos de las normas de precios de transferencia en Brasil, con relación a la aplicación del principio “arm’s length”.

Cabe mencionar que son raros los casos de contribuyentes o asociaciones que presentan solicitudes de cambio de márgenes de lucro, y aún más raros los casos donde hay respuesta positiva, de tal manera que es seguro decir que, hoy en día, no hay en Brasil una práctica de acuerdos entre contribuyentes y fisco en relación a los precios de transferencia de la misma forma que hay países que hace mucho que adoptan la sistemática de APA’s.

4. CONCLUSIONES

Las normas de precios de transferencia en Brasil toman en cuenta solamente tres de los métodos sugeridos por la OCDE y su aplicación depende de la observancia de normas secundarias, las cuales no podrían cambiar el contenido de los dispositivos de la ley para crear o modificar derechos y obligaciones. Las normas secundarias como hoy se encuentran, introducen modificaciones importantes en la disciplina de precios de transferencia, permitiendo mayor flexibilidad y adecuación a la realidad de los mercados.

Tomando en cuenta que la ley brasileña optó por adoptar márgenes de lucros fijos tanto en los métodos de precios de reventa, cuanto en los métodos de costo, los precios de transferencia calculados con base en esos métodos no siempre son equivalentes a los precios de mercado, pues en la medida que no se considera el margen usualmente practicado en cierto mercado, cualquier margen que se adopte resultará en una distorsión de precios y, así, en una distancia del principio esencial del control de precios de transferencia -el principio *arm’s length*-.

Por eso, es muy importante que la autoridad analice con cautela los casos de cada contribuyente, de tal manera que se aprueben márgenes de lucro compatibles con la realidad de cada mercado y de cada tipo de producto.

Brasil ya ha avanzado con la creación de normas que prevén la posibilidad de cambio de los márgenes de lucro, con objetivo de determinar el precio realmente “arm’s length”. No obstante, aún falta mucho para

que dichas normas puedan tener efectos prácticos. Por tanto, sería necesaria una mayor apertura de diálogo entre fisco y los contribuyentes, de manera tal de buscar la esencia de los controles de precios de transferencia, lo que no implica penalizar al contribuyente, sino exigir que sean adoptados en operaciones con personas vinculadas, para fines fiscales, los precios que serían adoptados por terceros.

São Paulo, setiembre de 2010.