



Revista de Derecho Privado
E-ISSN: 1909-7794
mv.pena235@uniandes.edu.co
Universidad de Los Andes
Colombia

Díaz Castro, Santiago
Incidencia del nuevo régimen de precios de transferencia en los contratos de colaboración empresarial
en Colombia
Revista de Derecho Privado, núm. 50, julio-diciembre, 2013, pp. 1-18
Universidad de Los Andes
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033221006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



**INCIDENCIA DEL NUEVO RÉGIMEN DE PRECIOS
DE TRANSFERENCIA EN LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN
EMPRESARIAL EN COLOMBIA**

SANTIAGO DÍAZ CASTRO

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho Privado N.º 50

Julio - Diciembre de 2013. ISSN 1909-7794

Incidencia del nuevo régimen de precios de transferencia en los contratos de colaboración empresarial en Colombia*

Santiago Díaz Castro**

RESUMEN

Los contratos de colaboración empresarial constituyen una importante herramienta para el incremento de la inversión extranjera en el país, en especial, por su flexibilidad normativa y los atractivos efectos tributarios que pueden representar para las multinacionales. No obstante, en Colombia, este panorama puede verse afectado como consecuencia de la última reforma tributaria contenida en la Ley 1607 de 2012, la cual somete a este tipo de contratos a la legislación de precios de transferencia. El presente escrito mostrará la incoherencia jurídica que representa el haber incluido estos contratos en la legislación de los precios de transferencia.

ABSTRACT

The joint ventures agreements are an important tool for foreign investment in the country, especially for its attractive regulatory flexibility and tax effects that may represent for multinationals. However, in Colombia, the today's scene may be affected as a result of the latest tax reform contained in Law 1607 of 2012, which subjected to this type of agreement, the transfer pricing legislation. This article will show the legal inconsistency is, for including this type of contract law in transfer pricing.

* Cómo citar este artículo: Díaz Castro, S. (Diciembre, 2013). Incidencia del nuevo régimen de precios de transferencia en los contratos de colaboración empresarial en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, 50.

** Abogado egresado de la Pontificia Universidad Javeriana; especialista en Derecho de Sociedades de la misma Universidad; curso de posgrado en Derecho Internacional Privado de la Universidad de Salamanca (España); especialista en Derechos de Autor, Propiedad Industrial y Nuevas Tecnologías de la Universidad Externado de Colombia; especialista en Derecho Comercial, en Tributación y en Administración Financiera y magíster en Derecho Privado de la Universidad de los Andes. Desde el año 2004 se desempeña como Secretario General y Jurídico, y representante legal de Comunican S. A. e Inversiones Cromos S. A. S., empresas propietarias y editoras de varios productos editoriales, entre los que se enuncian el periódico *El Espectador* y la revista *Cromos*. Desde el mes de agosto de 2013 ejerce adicionalmente la Secretaría General y Jurídica, así como la representación legal de la sociedad ICCK NET S. A. S., empresa que administra los portales de internet de Comunican S. A., Inversiones Cromos S. A. S. y Caracol Television S. A. Correo: sdiaz@elespectador.com

PALABRAS CLAVE: colaboración empresarial, precios de transferencia, principio de plena competencia, vinculación económica, subordinación o dependencia.

KEYWORDS: joint venture, transfer pricing, arm's length principle, associated enterprise, subordination or dependence.

SUMARIO

Introducción – I. PRECIOS DE TRANSFERENCIA Y VINCULACIÓN ECONÓMICA – II. INEFICIENCIA DE LAS NORMAS DE TRANSFERENCIA EN LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL – A. *Fijación de precios de transferencia* – B. *Dificultades en la aplicación de los métodos de fijación de los precios de transferencia establecidos en el artículo 113 de la Ley 1607 de 2012 en los contratos de colaboración empresarial* – 1. Precio controlado – 2. Precio de reventa – 3. Costo adicionado – 4. Márgenes transaccionales de utilidad de operación – 5. Participación de utilidades – III. EXPROPIACIÓN INDIRECTA – IV. CONCLUSIONES – Bibliografía.

Introducción

Uno de los efectos propios de la globalización de finales del siglo XX e inicios del XXI ha sido la expansión de las operaciones de las multinacionales a nivel orbital, bajo la constitución de filiales, subsidiarias o agencias que les permiten una mayor eficiencia operativa y financiera. Sin embargo, la globalización de las operaciones de las sociedades multinacionales no siempre es dada a través de estas figuras jurídicas de orden societario. Es factible, y de hecho lo es, que la internacionalización de las operaciones de las sociedades multinacionales se lleve a cabo mediante la celebración de contratos de asociación¹ que ofrecen una menor carga regulatoria, permitiendo al mismo tiempo la máxima flexibilidad operativa permisible bajo la ley del país receptor de la inversión extranjera.²

En efecto, la menor carga regulatoria permite a las partes, en este tipo de contratos, el pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad privada al determinar libremente el contenido de su contrato, creando relaciones contractuales válidas.³

La celebración de este tipo de negociaciones no implica *per se* la configuración de una vinculación económica entre la empresa multinacional y la sociedad con domicilio en el país receptor de la inversión, que permita inferir una relación de control y dominación de parte de la sociedad extranjera, de tal forma que la integración de los negocios encuadre dentro del concepto de vinculación económica al que se refiere la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE),⁴ en desarrollo del principio de plena competencia.⁵ No obstante, la Ley 1607 de 2012, que constituye la última reforma tributaria en Colombia, establece que los contratos de colaboración empresarial (*Joint Venture*) celebrados entre un residente en el país y un no residente deben someterse a la legislación de precios de transferencia, por existir una vinculación económica entre las partes.⁶

En efecto, la Ley 1607 de 2012 hace extensiva a los contratos de colaboración empresarial la legislación de los precios de transferencia, por presumir la vinculación económica cuando existan consorcios, uniones temporales, cuentas en

1 "asociación de personas físicas o jurídicas que acuerdan participar en un proyecto común, generalmente específico para una utilidad común, combinando sus respectivos recursos, sin formar o crear una corporación o el status de una sociedad partnership en sentido legal". WILLINSTON, Samuel. *A treatise on the law contracts*, p. 555-556. Citado por Le Pera, Sergio. *Joint venture y sociedad*. Buenos Aires: Astrea. 1984, p. 70-71.

2 MUCHILINSKI, Peter T. *Multinational Enterprises and the Law*. Segunda edición, 2007, p. 52.

3 Emilio Betti en su obra *Teoría general del negocio jurídico*, refiriéndose a los contratos de colaboración empresarial sostuvo que en ellos aflora "... la actividad y potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias, desplegadas por el mismo titular de ellas". BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. En: *Revista de Derecho Privado*, 1959, p. 41.

4 http://www.oecd.org/document/28/0,3746,en_2649_34889_2397532_1_1_1_1,00.html.

5 *Ibíd.* La OCDE se refiere al principio de plena competencia, así: "A efectos de (disposiciones pertinentes de la legislación fiscal del País). Cuando una empresa lleva a cabo una o más operaciones comerciales o financieras con una empresa asociada que no está establecida en (País), cada una de ellas debe determinar la cuantía de los beneficios imponibles conforme al principio de libre competencia. La cuantía de los beneficios imponibles obtenida por una empresa en una o más operaciones comerciales o financieras con una empresa asociada es conforme al principio de libre competencia si las condiciones de dichas operaciones no difieren de aquéllas que serían acordadas por empresas independientes en operaciones comparables llevadas a cabo en circunstancias comparables".

6 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1607 de 2012, artículos 111-113.

participación, otras formas asociativas que no den origen a una persona jurídica y demás contratos de colaboración empresarial, en los que una de las partes sea un no residente no domiciliado en el país.

Como se mostrará en el presente escrito, el legislador, en su afán de defensa de la soberanía fiscal, se equivocó al incorporar dentro de los supuestos normativos los contratos de colaboración empresarial en unas de las categorías de vinculación económica.

I. PRECIOS DE TRANSFERENCIA Y VINCULACIÓN ECONÓMICA

La prestación transfronteriza de bienes y servicios, a entidades relacionadas dentro de un grupo determinado de empresas, constituye la razón de ser de los precios de transferencia. Es el precio de transferencia, entonces, “el precio pagado por los bienes y servicios involucrados en las transacciones internas de las empresas entre una filial y otras ramas de la familia corporativa”,⁷ o “el valor pecuniario o monto de la contraprestación, asignado o por asignar a cualquier transacción sobre bienes o servicios, que se realiza o realizará entre dos o más empresas o personas físicas relacionadas, o combinaciones entre estas”,⁸ viabilizando a manera de planeación tributaria el traslado de bene-

ficios entre distintas jurisdicciones tributarias (*profit shifting*).

Su justificación, entonces, está dada en las diferencias que existen entre las distintas tasas impositivas de impuestos en los diversos países, lo cual impulsa a muchas empresas multinacionales a fijar autónomamente precios de transferencia que les permitan pasar las utilidades de países con elevados impuestos a países con bajos impuestos y minimizar así su carga tributaria general.

Con el fin de contrarrestar este ‘arbitrio’ de las empresas multinacionales, los Estados, al interior de sus legislaciones, de tiempo atrás han venido propugnando por una legislación que les permita, en primera instancia, preservar la soberanía fiscal que les garantice, en materia de impuesto a la renta, la base gravable real para el pago de impuestos donde efectivamente ocurra el hecho generador; segundo, evitar la doble tributación en cabeza de las partes vinculadas económicamente; y finalmente, nivelar las diferencias planteadas en el mercado entre las grandes y las medianas y pequeñas empresas.

Respecto al primero de los objetivos, el régimen legal de los precios de transferencia impide a los agentes la manipulación de la base gravable imponible, estableciendo unos parámetros mínimos para el registro de ingresos, costos y gastos;⁹ y en lo que se refiere al segundo aspecto, los precios de transferencia evitan la doble

7 GRIFFIN, Ricky W. y PUSTAY, Michael W. *International business*. Global 6th ed. Pearson Education Limited, 2010, p. 562.

8 MORALES, Omar. *Transfer pricing in Chile: a comparison of the OECD guidelines and U.S. Regulations*. En: *Mercy Law Review*, vol. 79, Spring 2002, p. 475.

9 JARAMILLO, Esteban. *Historia del impuesto sobre la renta*. Derecho tributario. 2ª. edición. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, p. 947.

tributación en tanto los Estados preservan su capacidad impositiva sobre los hechos generadores acaecidos en su jurisdicción, con lo cual las empresas multinacionales están en la obligación de cumplir con la legislación tributaria de su país de origen, así como con la de los países anfitriones involucrados, so pena de crear el riesgo de una acusación por evasión de impuestos.

Bajo los parámetros de la propuesta de legislación establecida por la OCDE, acogidos por el legislador colombiano en la Ley 1607 de 2012, en aplicación del principio de plena competencia los precios de transferencia suponen, como elemento esencial, la existencia de una vinculación económica entre las partes que entre sí celebran operaciones transaccionales.

La vinculación económica no tiene en Colombia una definición legal; su configuración parte del principio de subordinación o control en el cual se encuentre una persona jurídica, por estar sometida a la voluntad de otra u otras personas.¹⁰

La legislación comercial ha establecido los siguientes supuestos en los cuales se presume la subordinación o situación de control en la que se encuentra una persona jurídica a otra u otras personas:¹¹ (i) Cuando más del 50% del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de esta; (ii) Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta

o separadamente el derecho a emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea de accionistas; (iii) Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad; (iv) Cuando el control se ejerza directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales estas posean más del 50% del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad; y (v) Cuando el control sea ejercido por otra sociedad.

Concluimos entonces, que para que se dé una condición de subordinación o situación de control, deben cumplirse los siguientes supuestos:

1. Existencia de un control efectivo: es decir, debe ejercerse un control por quien es dominante respecto a la persona jurídica que es dominada¹².

10 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 222 de 1995, artículo 26.

11 Véase artículo 27, supra.

12 Sobre este punto existe un importante precedente judicial de los tribunales alemanes, conocido como el caso Thega (1941), en el cual se dijo: "para la existencia de un vínculo de dependencia es decisivo que la empresa dominante disponga de medios que le permitan someter a la empresa dependiente a su voluntad, e imponérsela. No es de relevancia qué medios le dan el poder para ello. Además de configuraciones jurídicas como un contrato... también pueden ser circunstancias de hecho las que le otorguen a una empresa la preponderancia sobre la otra; donde quedan descubiertos dos particularidades propias del control, una que se deja ver a simple vista, como es, que el control puede venir de cualquier circunstancia, sea contractual o de hecho, y ... aun de relaciones que no configuran participación social." MANÓ-VIL, Rafael M. Grupo de sociedades en el derecho comparado. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot Editorial, 1998, p. 270. Aparte publicado en RGZ, t. 167, p. 40-49, citado por SCHMIDT, Karsten. Gesellschaftsrecht, p. 789 y por Emmerich-Sonnenschein, Konzernrecht, p.58-59. Ver también el comentario del fallo en Werner, H., Die Aktienrechtliche..., p. 19-21, citado por MONTIEL FUENTES, Carlos Mario. Acercamiento al concepto de grupos empresariales: concurren-

2. Dominio sobre otra sociedad dependiente: esto es, la primacía de la voluntad de la sociedad dominante sobre la persona jurídica subordinada.¹³
3. Control permanente: a saber, no ocasional ni de forma transitoria, perdurando el control mientras exista la situación de subordinación.¹⁴

Bajo esta perspectiva, para los efectos propios de los precios de transferencia existirá vinculación económica cuando una empresa subordinada esté bajo el poder de decisión o influencia dominante de otra, de tal forma que se persiga una “tributación inferior a la que hubiera correspondido si, en las operaciones efectuadas, el precio practicado hubiera sido el que siguen empresas desvinculadas o independientes”.¹⁵

Persigue entonces la legislación de precios de transferencia evitar una posible manipulación de ingresos, costos o gastos, que permita que “las utilidades globales del grupo económico

y el capital aplicado para generarlas sufran la más eficiente composición de la carga tributaria, de forma tal de maximizar los beneficios empresariales”.¹⁶

Determinada la vinculación económica, el valor pecuniario o monto de las transacciones que se surtan entre vinculadas se extrae de la esfera propia de la autonomía de la voluntad de las partes, debiendo estas aplicar para su valoración algunas metodologías de las cuales hablaremos más adelante.

II. INEFICIENCIA DE LAS NORMAS DE TRANSFERENCIA EN LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL

Como ya se indicó, la legislación de los precios de transferencia encuentra su justificación en la necesidad de los Estados de nivelar las diferencias planteadas en el mercado entre las grandes y las medianas y pequeñas empresas y, por otra, evitar el no pago de los impuestos por hechos generadores en sus respectivas jurisdicciones. Aun así, como veremos, la normatividad actual sobre precios de transferencia perjudica, en primera instancia, a las partes contratantes dentro del contrato de colaboración empresarial que sin tener ningún tipo de vinculación económica en los términos referidos en el numeral anterior, se ven afectadas en franco detrimento de la teoría microeconómica de la “*maximización de los beneficios de las empresas*” y, en segunda instancia, al consumidor final, que es quien

cia de elementos para su existencia. En: REVIST@ e - Mercatoria, vol. 8, n°. 1, 2009.

13 “debe de haber el ejercicio de una superioridad legítima sobre aquella y la realización de su propia voluntad, independientemente de la sociedad dominada (...) Entiéndase pues, el dominio, como el poder que posee la matriz de ejercer el control en cualquier momento o cuando a bien lo tenga, y así mismo de ejercer una influencia dominante sobre sus subordinadas (...)”. MONTIEL FUENTES, Carlos Mario. Op. cit.

14 “de tal forma que se distinga plenamente de aquellas situaciones de dominio puntual o transitorio que nacen casual y coyunturalmente sin vocación de permanencia y que dependen de factores ocasionales”. FERNÁNDEZ MARKAIDA, Idoia. Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas S. A., 2001, p. 165, citado por MONTIEL FUENTES Carlos Mario. Op. cit.

15 ROSEMBUJ, Tulio. Fiscalidad internacional. España: Marcial Pons, 1998, p. 16.

16 MECIKOSKY, Jaime. Precios de transferencia. Argentina: Ediciones Macchi, 2000, p. 25.

tiene que soportar vía precio, el mayor valor de los bienes y servicios prestados por los empresarios.

En efecto, el principio de la plena competencia al que se refiere la OCDE, el cual conforme a la última reforma tributaria contenida en la Ley 1607 de 2012 se hace extensivo a los contratos de colaboración empresarial, desconoce la naturaleza intrínseca propia de este tipo de contratos, toda vez que no existe, *per se*, una subordinación o dependencia de una de las partes en el contrato, en relación con la otra.

En principio, en la ejecución de los contratos de colaboración empresarial las partes realizan aportes para la consecución de un fin común, conservando cada una de ellas su plena autonomía financiera y administrativa. En la realización de estos aportes no existe ningún margen de utilidad a favor de las partes, siendo en consecuencia incoherente imponer el principio de plena competencia a las operaciones de ingresos ordinarios y extraordinarios, costos y deducciones causados en la ejecución del contrato, así como a los activos y pasivos utilizados como aportes de este.

El imponer a los contratos de colaboración empresarial unas determinadas valoraciones para el monto de las transacciones surtidas en su ejecución va en contravía de la eficiencia propia de las empresas partes de este tipo de negocios, desconociendo que no es de la esencia de estos contratos la existencia de una vinculación económica que permita suponer una subordinación o dependencia.

En estos términos, el legislador, en su afán de aumentar los ingresos para el fisco, atenta contra la eficiencia propia de los contratos de colaboración empresarial, desmotivando tanto a las multinacionales como a los socios locales en su celebración, en franco perjuicio de una acertada política fiscal.

Siendo una de las partes en el contrato de colaboración empresarial una empresa multinacional, el análisis de la valoración de los precios de los bienes y servicios aportados por ella en ejecución de un contrato de este tipo, en el que no existe de parte del socio local respecto a la multinacional una subordinación (por no ser sucursal, agencia o establecimiento permanente de la multinacional, y en su estructura no existir una participación en el capital en una proporción superior al 50% del capital o del control del voto o una influencia dominante en las decisiones de sus órganos de administración), debería permitir a la multinacional el poder determinar si es más ventajoso para los fines propios del *joint venture* la realización del aporte directamente por parte de ella, o si por el contrario es más beneficioso para el negocio adquirir estos bienes en el mercado abierto.

Los precios de los bienes aportados por la multinacional en ejecución de un contrato de colaboración empresarial, en el que no exista una vinculación económica con el socio local, debería ser determinado por el costo marginal que para ella implica el incremento del costo total que supone la producción adicional de una unidad de un determinado bien, y no el precio dado en aplicación del principio de la plena competencia.

En efecto, una empresa multinacional que esté integrada verticalmente, está en la capacidad de producir un bien o servicio a un precio más bajo que una empresa que no esté beneficiada por este tipo de integración, lo cual le permitirá maximizar sus ganancias y otorgar un mejor precio final a los consumidores.

Por qué aplicar el principio de “plena competencia” a partícipes de un contrato de colaboración empresarial en el que no existe una vinculación económica, ignorando que la rentabilidad económica de la empresa multinacional es atribuible a su forma de organización, esto es, un grupo de entidades relacionadas con la arquitectura que se ha diseñado para aprovechar las economías de escala, y de la reducción de costos de transacción.¹⁷

La aplicación de las normas de precios de transferencia a los contratos de colaboración empresarial en los cuales no exista una vinculación económica frustra, para las multinacionales, la ventaja comparativa de producir y, por tanto,

aportar bienes y servicios a precios más bajos, precisamente por la estructura empresarial del grupo.

Adicionalmente, el cobijar *per se* a los contratos de colaboración empresarial con la legislación de precios de transferencia atenta contra la posibilidad de las partes contratantes de planificar una menor carga tributaria en la celebración de este tipo de contratos, cuando es sabido que el fin de toda empresa es aumentar sus beneficios.¹⁸ Nos preguntamos entonces, ¿tienen los precios de transferencia el deber moral de trastocar la rentabilidad real de una empresa que celebra acuerdos de colaboración empresarial en los que no existe vinculación económica, al imponer una determinada valoración de los costos y gastos operativos?, ¿es justo imponer una mayor carga impositiva a una multinacional?¹⁹ Algunos doctrinantes consideran que los precios de transferencia representan un malgaste de recursos escasos, destrucción de valor e incursión de gastos innecesarios que se “comen” las ganancias y el flujo de caja de toda empresa,²⁰ motivo por el cual no existiría el deber moral de pagar más impuestos producto de los precios de transferencia.

El artículo 113 de la Ley 1607 de 2012, que establece los métodos para determinar el precio

17 BURKE, John J. Re-Thinking First Principles of Transfer Pricing Rules. P. 619-620. The rationale follows that set forth in Robert A. Green, The Future of Source-Based Taxation of the Income of Multinational Enterprises, 79 Cornell L. Rev. 18, 46, 1993. Arm's length pricing is difficult to determine. Hence, the United States and the OECD adopt a best method approach based on the nature of the intercompany transaction U.S. regulations, for example, provide for:

(1) Comparable Uncontrolled Price Method

(2) Comparable Profits Method

(3) Profit Split Method

(4) Resale Price Method

(5) Cost Plus Method

Reflecting the growing importance of the value of intangibles, the Internal Revenue Service (Service) and Treasury Department amended the rules in 2004 and continue to revise them.

18 FRIEDMAN, Milton. The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits, 33 New York Times Magazine, p. 122-126 (September 13, 1970). Reprinted many places, including www.colorado.edu/studentgroups/libertarians/issues/friedman-soc-resp-business.html

19 MEHAFDI, Messaoud. The Ethics of International Transfer Pricing. En: Journal of Business Ethics, 28, 2000, p. 365-369. —

20 Ibid.

o margen de utilidad en las operaciones con vinculados, repetimos, incluidos los contratos de colaboración empresarial, determina que en cada transacción que se celebre entre vinculados se obtendrá un margen de utilidad. Pero en la práctica, ¿se produce un margen de utilidad en las transacciones realizadas entre partícipes de un contrato de colaboración empresarial? Veamos:

A. Fijación de precios de transferencia

Los precios de transferencia suponen fijar el precio de los bienes que se elaboran en un país y se venden en otros. En tratándose de empresas multinacionales, las transacciones que se llevan a cabo entre matrices y subordinadas, o entre simples filiales, representan un tipo especial de exportación, en tanto constituyen ventas internas entre empresas que hacen parte de un conglomerado empresarial. En efecto, desde finales del siglo XX e inicios del siglo XXI es normal en las empresas multinacionales racionalizar la producción mediante la especialización de las subsidiarias en la fabricación de ciertos bienes para su exportación, y en la importación de otros necesarios para sus actividades cotidianas. Las importaciones generalmente están compuestas por bienes que se ensamblan en el producto final, o pueden ser productos terminados que se importan para complementar la mezcla de productos de una filial. Sin importar el uso final, el precio de transferencia es fijado por la matriz.

Es en esta fijación de precios por parte de la matriz a la subsidiaria, se encuentra el susten-

to para los Estados de adoptar una legislación que tenga como finalidad evitar al interior de un conglomerado, la manipulación de los ingresos, costos o gastos con el fin de maximizar en beneficio propio, aspectos tales como la determinación de los impuestos a cargo, aranceles, reglas de transferencia de utilidades, entre otros.

En efecto, la dinámica de funcionamiento propia de una multinacional le permite, *prima facie*, determinar que la empresa matriz obtenga utilidades mediante la fijación de precios de transferencia, en tanto las subsidiarias pierdan (la que vende y la que compra), por operar estas a precios más bajos a los que obtendrían en una transacción abierta. En consecuencia, ante las profundas diferencias estructurales de los impuestos de renta en distintas jurisdicciones, una multinacional puede obtener utilidades importantes al ordenar a la subsidiaria en un país con altas tasas impositivas, que venda al costo a su contraparte en el que las mismas tasas impositivas son menores, de tal forma que la utilidad se obtenga donde se paga un menor impuesto sobre los ingresos.

Pero nos preguntamos: ¿de qué manera las multinacionales pueden fijar los precios de transferencia entre la matriz y subsidiarias, o entre estas y sus filiales?

Algunas multinacionales que aplican la estrategia del precio de transferencia con base en los costos evalúan la conveniencia de incluir como costos de fabricación los variables y fijos, o según sea el caso, establecer los precios de transferencia con base en costos completos,

que incluyan además de los costos directos (fijos y variables) aquellos indirectos como los de investigación y desarrollo y/o mercadeo, entre otras posibilidades. De la forma en que se definan e impongan los costos por parte de las empresas multinacionales a sus subsidiarias y filiales dependerá el precio final de los bienes que estas últimas ofrecerán al consumidor final. De esta estrategia podrá resultar que el precio no esté relacionado con las condiciones competitivas o con la demanda en los mercados internacionales.²¹

Obsérvese entonces, que el establecer un régimen propio de los precios de transferencia resulta del todo justificado, ante las posibilidades que tienen las empresas multinacionales para determinar de una u otra forma, con cargo a sus subsidiarias, el costo que deben fijar en sus transacciones para efectos de obtener un mejor beneficio de la matriz, esto es, en favor de las empresas multinacionales como efecto de la vinculación económica que existe entre ellas.

Ahora bien, ¿cómo explicar este fenómeno en la celebración de contratos de colaboración empresarial en los que una de las partes es un socio local y, por otro lado, una empresa multinacional, sin que entre ellas exista ningún tipo de vinculación económica?

Como ya se indicó, establece el artículo 111 de la Ley 1607 de 2012 que hay vinculación económica cuando existan consorcios, uniones temporales, cuentas en participación, otras formas

asociativas que no den origen a una persona jurídica, y demás contratos de colaboración empresarial en los que una de las partes sea un no residente no domiciliado en el país. No obstante, como se explicó en el numeral anterior, la vinculación económica presupone la existencia de una subordinación o control de una persona jurídica por estar sometida a la voluntad de otra u otras personas, supuesto fáctico este que no se cumple *per se* en los contratos de colaboración empresarial, en tanto cada uno de los partícipes conserva en principio su autonomía y plena independencia, con lo cual, la matriz de la empresa multinacional no está en posibilidad de tomar en consideración los intereses del socio local y, por ende, no podrá imponerle unilateralmente decisiones sobre fijación de precios de transferencia, al no ser este subordinado, sucursal, agencia o establecimiento permanente de aquella, y no tener la empresa multinacional una participación en el capital del socio local superior al 50% del capital o del control del voto, ni una influencia dominante en las decisiones de sus órganos de administración.

No estando entonces dentro del poder de la empresa multinacional la decisión de fijar los precios de transferencia, las transacciones entre partícipes de un contrato de colaboración empresarial, tales como compraventa de materia prima o productos terminados, prestación de servicios (administrativos, técnicos y de asistencia técnica), pago de regalías, transferencia de tecnología, arrendamiento de inmuebles o préstamos, no tendrían por qué someterse a la legislación de precios de transferencia establecida en la Ley 1607 de 2012.

21 KEEGAN, Warren J. y GREEN, Mark C. Fundamentos de mercadotecnia internacional. New Jersey: Prentice Hall, p. 319.

No existiendo un vínculo de subordinación entre el socio local y la empresa multinacional, el socio local no tendría por qué servir de instrumento para maximizar los beneficios de la empresa multinacional, y mucho menos perder sus réditos en la ejecución de un contrato de colaboración empresarial.

B. Dificultades en la aplicación de los métodos de fijación de los precios de transferencia establecidos en el artículo 113 de la Ley 1607 de 2012 en los contratos de colaboración empresarial

En ejecución de los contratos de colaboración empresarial en los que se den operaciones con un vinculado en el exterior, con la expedición de la Ley 1607 de 2012 las partes deberán fijar el precio o margen de utilidad en dichas operaciones, con base en los siguientes métodos: 1. Precio comparable no controlado; 2. Precio de reventa; 3. Costo adicionado; 4. Márgenes transaccionales de utilidad de operación; y 5. Participación de utilidades. Veamos las dificultades de aplicar cada uno de estos métodos en ejecución de los contratos de colaboración empresarial:

1. Precio comparable no controlado

El precio comparable no controlado conlleva que la empresa multinacional debe comparar el precio de transferencia dado a su socio local (en teoría, subsidiaria “controlada”), con el precio de venta cobrado por un vendedor independiente a un comprador independiente de artículos o servicios similares.

Se plantean como inconvenientes en la aplicación de este método, los siguientes:²² (I) es de difícil consecución, (II) mercados económicamente comparables si los productos no están normalizados, (III) en mercados imperfectos donde predominan los monopolios, las estrategias discriminatorias de precios conseguirán diferenciales en los precios de mercado entre países, con la dificultad de saber qué tipo de precios son aplicables en estos casos, (IV) los precios de mercado no tienen en consideración los ahorros que una empresa es capaz de conseguir a través de una optimización y racionalización de su estructura y organización interna, y que pueden ser justificación de diferenciales en los precios.

2. Precio de reventa

El método de reventa determina el precio de transferencia entre las dos compañías, multinacional y socio local, restando el porcentaje de margen bruto utilizado por compradores independientes comparables, al precio de venta final de un tercero.

Se pueden presentar los siguientes inconvenientes en la aplicación de este método de fijación de los precios de transferencia: cuando las prácticas contables difieren entre la operación de la empresa multinacional y el socio local, en comparación con la operación independiente, deberá practicarse el ajuste apropiado a los datos utilizados para calcular el margen de reventa, a

22 ALWORTH, J. The Finance, Investment and Taxation Decisions of Multinationals. Bath: Basil Blackwell Ltd., 1988, p. 220.

fin de asegurar que se utilizan los mismos tipos de costos en cada caso para llegar al margen bruto; y principalmente en el cálculo del margen bruto de libre competencia, debido a la dificultad de calcular el valor añadido por la intervención de la entidad respectiva, aunque puede aproximarse dicho margen por el que obtiene el propio revendedor cuando transmite productos muy similares a entidades no vinculadas.

3. Costo adicionado

El método del costo adicionado fija el precio de transferencia, agregando el porcentaje de incremento a la utilidad bruta obtenida por compañías comparables que realizan funciones similares, a los costos de producción del fabricante o vendedor controlado. Este método no se apoya en sobrepuestos establecidos por terceros.²³ El método del costo adicionado se basa en márgenes brutos, imputando márgenes aplicados sobre los costos directos e indirectos. El costo adicionado en el margen por parte del proveedor, en una operación entre partes de un contrato de colaboración empresarial, debería establecerse por referencia al costo adicionado del mismo proveedor, generado por él mismo en una operación no vinculada equiparable. La dificultad estará en determinar qué es una transacción equiparable, y para ello, la OCDE²⁴ ha señalado que una transacción es equiparable, si se cumple una de las siguientes condiciones: a).

Que no existan diferencias entre las operaciones comparadas o las entidades consideradas que afecten materialmente al costo incrementado en mercados competitivos o abiertos; o b). Que se puedan practicar ajustes razonables para eliminar los efectos materiales de tales diferencias.

4. Márgenes transaccionales de utilidad de operación

El método de márgenes transaccionales de utilidad de operación determina la utilidad comparándola con aquella que se hubiera obtenido con o entre partes independientes en operaciones comparables, con base en factores de rentabilidad tales como el volumen de actividad o los costos y gastos comparativos.

La dificultad en la aplicación de este método estará en que el margen neto a favor de uno de los partícipes en el contrato de colaboración empresarial, es influido por factores que no tienen incidencia sobre los márgenes brutos o sobre los precios, con lo cual se dificulta la fijación exacta y fiable de los márgenes netos de plena competencia. Así mismo, es factible que se impute a un miembro de una empresa multinacional unos niveles de beneficios demasiado bajos o demasiado altos (sin que ello corresponda a la realidad económica de la empresa), sin tener en cuenta que en un contrato de colaboración empresarial es intrascendente el impacto sobre los beneficios obtenidos por el socio local, por no ser este un factor decisivo en la fijación del precio de transferencia.

23 KOTABE, Masaake y HELSEN, Kristiaan. *Marketing Global Marketing*. Limusa Wiley, 2001, p. 468.

24 ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACION Y EL DESARROLLO ECONÓMICO –OCDE. *Legislación en materia de precios de transferencia*. Propuesta de enfoque. Jun 2011. Sección 4.

5. Participación de utilidades

El método de participación de utilidades busca identificar las utilidades que serán repartidas entre vinculadas, para nuestro caso, los partícipes de los contratos de colaboración empresarial, sobre una base económica válida, en las proporciones que hubieran sido asignadas si dichas partes vinculadas hubieran actuado como partes independientes, comparando el volumen de activos, ventas, costos o gastos asumidos por cada una de ellas en ejecución del contrato.

El entorno para la aplicación de este método será de difícil consecución, producto de la dificultad que representa para las empresas asociadas y la administración de impuestos obtener datos comparables de empresas asociadas extranjeras. Adicionalmente, siendo de la naturaleza de los contratos de colaboración empresarial el pactar libremente entre los partícipes la forma del reparto de beneficios, no existe un criterio unificado para el reparto de beneficios que permita fijar los precios de sus operaciones. Así mismo, en los contratos de colaboración empresarial es difícil determinar los ingresos y los gastos conjuntos de los partícipes; en tratándose de operaciones realizadas entre empresas regidas por normatividades distintas, no existe homogeneización de los documentos contables.

III. EXPROPIACIÓN INDIRECTA

Tradicionalmente, en Colombia, nuestro lenguaje jurídico cotidiano solo se refiere a la expropiación directa referida en el artículo 58 de la

Constitución Política, es decir, aquella soportada en una sentencia judicial o en un acto administrativo emitido en los casos expresamente señalados en la ley, proferida en uno y otro caso por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, junto con un ingrediente económico correspondiente a la tasación de una indemnización previa a favor del “expropiado”.

Sin embargo, producto de sendos laudos arbitrales internacionales en materia de inversión, ha surgido el concepto de “expropiación indirecta”, entendiendo por esta, no la toma de la propiedad de un particular por parte del Estado, “sino a una o varias medidas adoptadas por el Estado que reducen el valor de la inversión a tal grado que debe ser entendido como una expropiación. Estas pueden variar, entre otras cosas, desde construcciones aledañas a la inversión hasta medidas tributarias inesperadas que afectan el desempeño y objetivo último de la inversión extranjera”.²⁵

El tribunal arbitral en el caso Metalclad definió la expropiación indirecta, como: “la interferencia incidental del uso de la propiedad que tiene el efecto de privar al dueño, en su integridad o en una parte significativa, del uso o del beneficio económico razonablemente esperado por el inversionista, incluso sin ser evidente el beneficio para el Estado”.²⁶

25 WILLIS VALDERRAMA, Santiago. Protección a la inversión extranjera en infraestructura por medio de acuerdos internacionales de inversión: un nuevo reto para Colombia. En: Revista Colombiana de Derecho Internacional, 2011, p. 17-38.

26 Metalclad Corp. c. México. CIADI/ICSID Caso No. ARB (AF)/97/1, TL-CAN/NAFTA. Laudo arbitral, 30 de agosto de 2000, párr. 103.

Para el tema central objeto del presente estudio, vale entonces la pena afirmar que las inversiones extranjeras realizadas por vía de contratos de asociación con anterioridad a la promulgación de la Ley 1607 de 2012 son objeto de “expropiación indirecta”, al haber incluido la última reforma tributaria a los contratos de colaboración empresarial bajo la legislación propia de los precios de transferencia, habiendo el Estado, en consecuencia, adoptado medidas que reducen el valor de la inversión.

Ya se han presentado, en la práctica, laudos arbitrales internacionales en los que se establece la responsabilidad del Estado receptor de la inversión extranjera por “expropiación indirecta”, cuando se considere que exista de parte de este alguna acción que implique para el inversionista extranjero la privación total o en una parte significativa, del uso o del beneficio económico razonablemente esperado por él al momento de haber hecho la inversión, incluso sin ser evidente el beneficio para el Estado.²⁷

Lo anterior implica que a nivel global, los países han venido adquiriendo la obligación internacional de mantener y preservar los derechos de los inversionistas en su territorio, respetando, tal y como lo señala el laudo arbitral en el caso *Metaclad*, el uso y beneficio económico razonablemente esperado por el inversionista al momento de haber realizado la inversión, lo cual, consideramos, no ha sido dilucidado por

el legislador con la expedición de la Ley 1607 de 2012. A nuestro parecer, el Estado colombiano no estará en riesgo de incurrir en violaciones al derecho internacional, pudiendo ser hipotéticamente condenado por un tribunal internacional.

IV. CONCLUSIONES

En los contratos de colaboración empresarial, los empresarios encuentran una herramienta óptima para plasmar, bajo la óptica de sus propios intereses, los modelos de negocios requeridos para una mayor creación de valor en sus organizaciones, en pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad privada que les permite, entre otros aspectos, determinar libremente el contenido del contrato.

Sin embargo, las bondades propias de estos contratos pueden verse amenazadas, por cuanto el legislador colombiano ha optado por incluir a los contratos de consorcios, uniones temporales, cuentas en participación y otras formas asociativas que no den origen a una persona jurídica y demás contratos de colaboración empresarial, bajo el supuesto de vinculación económica propio de la legislación de los precios de transferencia, con lo cual el valor pecuniario o monto de las transacciones que se pueden imputar en ejecución de un contrato de este tipo se extraen de la esfera propia de la autonomía de la voluntad de las partes, partiendo erradamente del supuesto de que en todo contrato de colaboración empresarial existe una subordinación o dependencia de una de las partes en relación con la otra.

27 Ibid. La traducción no oficial del texto pertinente del laudo arbitral establece: “incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State”.

Imponer a los contratos de colaboración empresarial unas determinadas valoraciones para el monto de sus transacciones atenta directamente contra la eficiencia propia de las compañías partícipes en este tipo de negocios, toda vez que no es de la esencia de estos contratos la existencia de una vinculación económica que permita suponer una subordinación o dependencia de una de ellas respecto a la otra u otras.

En estos términos, el legislador colombiano, en su afán de aumentar los ingresos para el fisco, ha atentado directamente contra la eficiencia propia de los contratos de colaboración empresarial, desmotivando su celebración tanto por las multinacionales como por los socios locales, en franco perjuicio de una acertada política fiscal y una correcta postura para la atracción de inversión extranjera directa (IED).

En cuanto a las inversiones extranjeras realizadas por vía de celebración de estos tipos de contratos de asociación con anterioridad a la promulgación de la Ley 1607 de 2012, la pregunta será si la inclusión de los contratos de colaboración empresarial bajo la legislación propia de los precios de transferencia constituye una “expropiación indirecta” en perjuicio de los inversionistas, entendiendo por esta la adopción, por parte del Estado receptor, de una o varias medidas que reduzcan el valor de la inversión extranjera.

Como se mencionó antes, ya se han presentado en la práctica laudos arbitrales internacionales en los que se establece la responsabilidad del Estado receptor de la inversión extranjera

por “expropiación indirecta”, cuando existe por parte del Estado respectivo alguna acción que implique para el inversionista extranjero la privación total o en una parte significativa, del uso o del beneficio económico razonablemente esperado por él al momento de haber hecho la inversión, incluso sin ser evidente el beneficio para el Estado.

Bibliografía

ALWORTH, J. *The Finance, Investment and Taxation Decisions of Multinationals*. Bath: Basil Blackwell Ltd., 1988.

BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959.

BURKE, John. *Thinking First Principles of Transfer Pricing Rules*. 2011.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 222 de 1995.

_____. Ley 1607 de 2012.

FRIEDMAN, Milton. *The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits*. En: 33 New York Times Magazine, September 13, 1970, p. 122-126. Disponible en: www.colorado.edu/studentgroups/libertarians/issues/friedman-soc-resp-business.html.

GRIFFIN, Ricky W. y PUSTAY, Michael W. *International business*. Global 6th ed. Pearson Education Limited, 2010.

- JARAMILLO, Esteban. Historia del impuesto sobre la renta. Derecho tributario. 2ª edición. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 1999.
- KEEGAN, Warren J. y GREEN, Mark C. Fundamentos de mercadotecnia internacional. New Jersey: Prentice Hall, 2003.
- KOTABE, Masaake y HELSEN, Kristiaan. Marketing Global Marketing. Editorial Limusa Wiley, 2001.
- LE PERA, Sergio. Joint venture y sociedad. Buenos Aires: Astrea, 1984.
- MANÓVIL, Rafael M. Grupo de sociedades en el derecho comparado. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot Editorial, 1998, p. 270.
- MECIKOSKY, Jaime. Precios de transferencia. Argentina: Ediciones Macchi, 2000.
- MEHAFDI, Messaoud. The Ethics of International Transfer Pricing. En: Journal of Business Ethics, 2000, n.º 28, p. 365-369.
- MONTIEL FUENTES, Carlos Mario. Acercamiento al concepto de grupos empresariales: concurrencia de elementos para su existencia. En: REVIST@ e – Mercatoria, vol. 8, n.º. 1, 2009.
- MORALES, Omar. Transfer pricing in Chile: a comparison of the OECD guidelines and U.S. Regulations. En: Mercy Law Review, Spring 2002, vol. 79, p. 475.
- MUCHILINSKI, Peter T. Multinational Enterprises and the Law. Segunda edición. 2007.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. Legislación en materia de precios de transferencia. Propuesta de enfoque. Junio 2011. Sección 4.
- ROSEMBUJ, Tulio. Fiscalidad internacional. España: Marcial Pons, 1998.
- TANG, Roger. Transfer pricing in the 1990s: tax and management perspectives. Greenwood Publishing Group, 1993.
- WILLS VALDERRAMA, Santiago. Protección a la inversión extranjera en infraestructura por medio de acuerdos internacionales de inversión: un nuevo reto para Colombia. En: Revista Colombiana de Derecho Internacional, 2011, p. 17-38.