

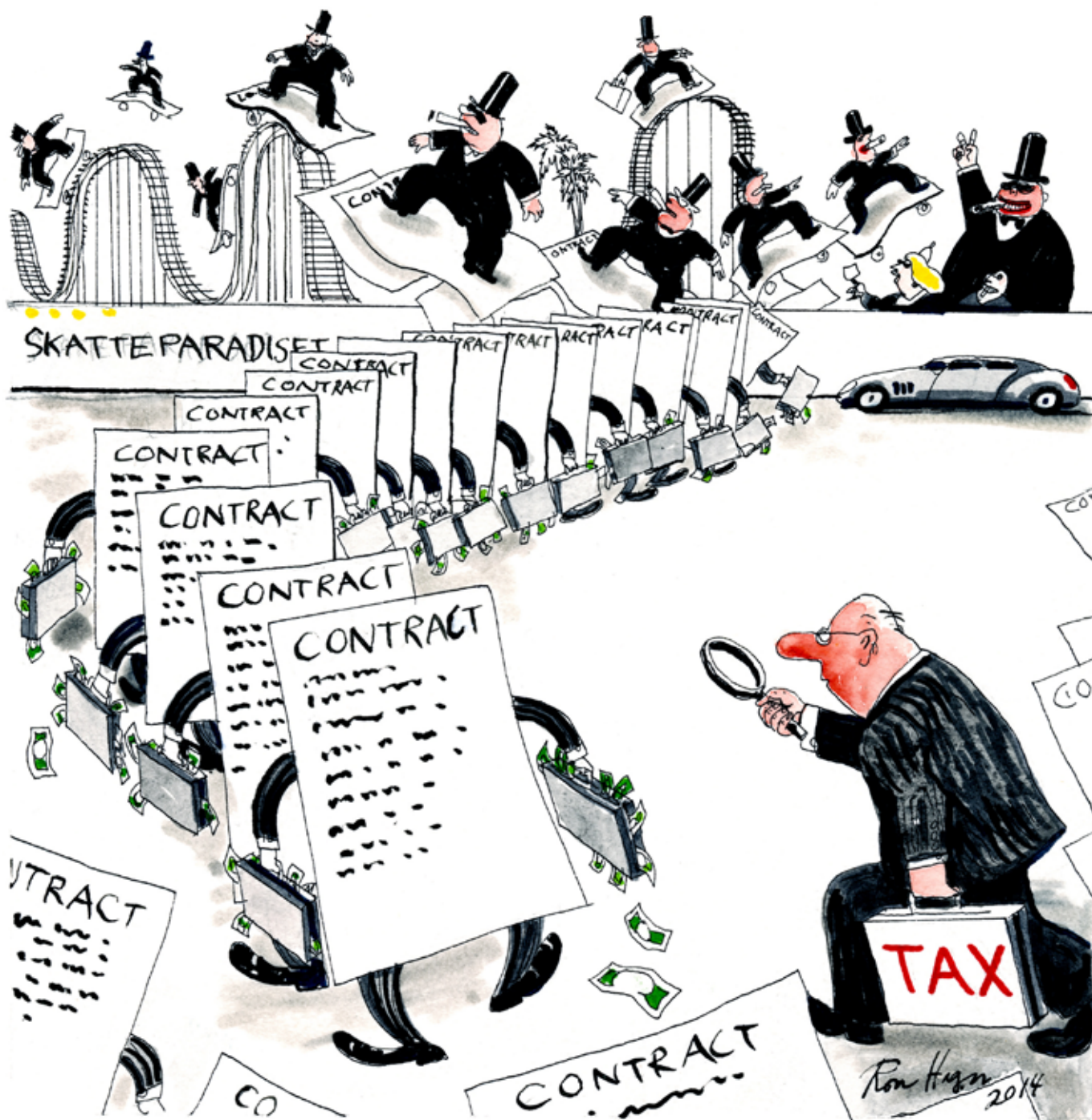
- Actualmente las autoridades fiscales no tienen acceso a toda la documentación que existe al interior de las empresas transnacionales
- El Convenio de Transparencia puede cambiar esto, en base a muestras, para que las autoridades fiscales puedan ejercer la supervisión necesaria
- El Convenio de Transparencia puede ser utilizado por países individuales, o por grupos de países de manera unilateral

Escrito por: Frian Aarsnes. Coautores; Morten Eriksen y Olav Lundstøl.

El Convenio de Transparencia

- Una herramienta para las transacciones transnacionales

Cómo expandir y reparar la caja de herramientas de las autoridades



Publicado por: Publish What You Pay Norway (PWYP Norway)

Año de publicación: 2014

ISBN 978-82-93212-46-1

Co-autores: Olav Lundstol, Economista. MFA en Tanzania, especializado en la gestión de capital de recursos extractivos y Morten Eriksen, Fiscal del Estado en la Oficina Nacional Noruega para la Investigación y Prosecución de Crímenes Económicos y Ambientales.

Nuestro agradecimiento especial a Morten Eriksen por la idea y por desarrollar el concepto.

Imagen en la portada: Roar Hagen

Revisión y traducción al español: Charis Barks

Impresión: Copy Cat

La publicación de este informe fue posible gracias al financiamiento proporcionado por la Norwegian Agency for Development Cooperation (NORAD, Agencia Noruega de Cooperación para el Desarrollo).

Nos complacería contestar sus preguntas o aclarar cualquier duda que tengan.

Favor de enviarlas por correo electrónico a: post@pwyp.no

Renuncia de responsabilidad legal:

Esta publicación se basa en información provista a Publish What You Pay Noruega ('PWYP Noruega') e individuos quienes actúan a nombre de PWYP Noruega. Las conclusiones presentadas en ella se basan únicamente en la información de esta manera proporcionada. PWYP Noruega y aquellos quienes actúan a nombre de PWYP Noruega han hecho lo posible para adquirir una visión general completa de toda la información y datos relevantes para preparar esta publicación. No aceptamos responsabilidad alguna por cualquier insuficiencia o deficiencia en la información y datos sobre los cuales se basa esta publicación.

Aunque PWYP Noruega ha tomado las todas precauciones posibles para asegurar que la información contenida en esta publicación sea precisa, la información y los datos públicamente disponibles no han sido verificados por las empresas o los usuarios y ni PWYP Noruega ni ninguna persona quien actúa en nombre de PWYP Noruega al redactar y preparar esta publicación podrá ser legalmente responsabilizada por el contenido ni puede garantizar que esté completamente libre de errores o inexactitudes.

Cualquier referencia contenida en esta publicación acerca de los tipos de fuentes, publicaciones o portales de terceras partes, ha sido inserta únicamente para su conveniencia y únicamente para propósitos informativos. No constituyen un endoso del material contenido en dichos portales, publicaciones o fuentes. PWYP Noruega y aquellos quienes actúan a nombre suyo no aceptan responsabilidad alguna por ninguna pérdida ni daños que resulten del uso de dicha información. aceptan responsabilidad alguna por ninguna pérdida ni daños que resulten del uso de dicha información.

El Convenio de Transparencia – Una herramienta para las transacciones transnacionales

Como expandir y mejorar la caja de herramientas de las autoridades fiscales

Uno de los problemas recurrentes en el mercado global, es la cantidad de asimetrías que existen entre las empresas transnacionales (TNC por sus siglas en inglés) y los países anfitriones en cuales es creada la riqueza que acumulan. Y aunque en su mayoría se trata de países en vías de desarrollo, también existen en los países ricos. Estas asimetrías provienen del desfase en la información que fluye entre los gobiernos y las empresas con relaciona a todo tipo de recursos naturales, la pericia de la industria extractiva, el acceso a la información, etc.

Más del 50% de las 100 economías más grandes del mundo actualmente son TNC, y menos del 50% son países. Esto es medido en la facturación anual vs. PIB. Esto significa que tres cuartas partes de los países del mundo tienen economías más pequeñas que las de estas empresas. Muchas de ellas son empresas de las industrias extractivas que operan en países por todo el mundo, organizadas por lo general mediante una enorme cantidad de subsidiarias en las jurisdicciones de paraísos fiscales, y manejan una cantidad desconocida de transacciones relacionadas. No es sorprendente que dichas empresas están creciendo mucho más rápidamente que la mayoría de los países mismos. Es más o menos imposible para los países, tanto los ricos como los pobres, revelar lo que está sucediendo dentro de estas empresas. Es obvio que se necesita más transparencia.

Este informe ha sido redactado para ofrecer una visión general completa de las iniciativas de transparencia existentes hoy por el mundo y para incrementar los conocimientos sobre un instrumento de transparencia menos conocido – el convenio de transparencia (o garantía de transparencia, de ser demandada de manera unilateral por un país). La Extractive Industry Transparency Initiative (Iniciativa para la Transparencia en las Industrias Extractivas, EITI) fue creada durante una conferencia en Londres en el mes de junio de 2003, y durante la misma se acordó una Declaración de 12 Principios para mejorar la transparencia sobre pagos e ingresos en los sectores extractivos. En el momento, la iniciativa se trataba de un compromiso debido a la presión ejercida sobre las empresas por parte de organizaciones de la sociedad civil y otras, para que publiquen lo que pagaban en impuestos. Se trataba de un proceso voluntario en el cual participarían autoridades, empresas y la sociedad civil. A la fecha de la publicación de este informe, existe 25 países que cumplen con la EITI, y 16 países que se han postulado como candidatos para participar en la EITI.

Los informes publicados según la EITI se limitan a la información recabada en un solo país en el cual opera cada empresa, y no se trata de un proceso en el cual cada empresa reporta sobre todos los países en cuales opera. Como resultado de la experiencia entre la empresa BP y Angola, la que forma parte de la historia de la EITI, es obvio que es necesario requerir que cada empresa publique lo que paga en impuestos y que esto forme parte de la legislación de cada país. Las organizaciones de la sociedad civil están presionando, pidiendo leyes que aseguren que todas las empresas sean obligadas a publicar los impuestos pagados y otros tipos de información por país, para todos los países en cuales operan, sin excepciones (conocidos como reportes país por país o reportes CBC, por sus siglas en inglés) y leyes como estas ya han sido promulgadas en los Estados Unidos y la Unión Europea, además de Noruega, donde la ley es aún más completa. Dichas leyes actualmente son demasiado

débiles, ya que los impuestos no son publicados dentro de su contexto natural, y tampoco como parte de los estados financieros. Por tanto, Publish What You Pay Noruega ha introducido un informe llamado "Un estándar expandido para informes país por país – una propuesta política para la UE".

Aunque la EITI cubre la perspectiva de "industria a gobierno", y los informes CBC expandidos cubren la perspectiva de "empresa al resto del mundo", existe un vacío en cuanto a la perspectiva "empresa a gobierno". Esto es regulado por cada gobierno de manera independiente, y las instituciones gubernamentales que desean información acerca de las empresas por lo general encuentran que la información recibida se limita a la empresa que opera dentro de su país. Si quieren información acerca de los documentos auditados por todos los sectores de una empresa desde el principio hasta el momento en cual un producto es vendido en el mercado externo o un costo ingresa al grupo, son limitados a procesos lentos y meticulosos que limitan las habilidades de las instituciones gubernamentales de cumplir con su propósito: el marco regulatorio, la visión, monitoreo y control.

Una de las iniciativas que ha sido introducida recientemente por las autoridades del gobierno de Noruega ofrece ayuda, y Publish What You Pay Noruega, a través de este informe, publica una investigación que intenta determinar si otra iniciativa podría o no ser de asistencia para los países ricos en recursos, y en ese caso, cuáles de los países se podrían beneficiar de la misma. Dicha iniciativa es el Convenio de Transparencia o Garantía de Transparencia, la cual empezó tan solo como una idea en 2010/2011 y luego llegó a formar parte de un libro blanco gubernamental – el Informe Parlamentario No. 25 (2012/2013) – el cual fue publicado en abril de 2013.

El Convenio de Transparencia es simplemente un acuerdo contractual unilateral entre una empresa y un gobierno por el cual la empresa garantiza que a cambio de una "licencia de operación" dentro de un país, permitirá que las autoridades fiscales u otras instituciones de control tengan acceso ilimitado, en base a un muestreo, a todos los documentos auditados desde el momento en cual un costo ingresa al grupo hasta que llega y es reclamado como deducción en un país, o desde el momento en cual se origina un ingreso en el país hasta que el mismo salga del grupo a precio del mercado. Para las transacciones que forman parte del muestreo, es irrelevante saber dónde existe la documentación dentro del grupo: todos los documentos relevantes deben ser provistos a las autoridades que los solicitan sin retrasos. El método de muestreo y la cantidad de transacciones incluidas en la muestra cada año, por categoría, son acordados de antemano durante en el acuerdo contractual inicial para proteger a la empresa contra la necesidad de tener que presentar una cantidad onerosa de documentación. Todas las transacciones pueden ser muestreadas (integridad), pero solamente algunas de ellas son muestreadas cada año (relevancia). El Acuerdo de Transparencia no restringe el acceso a los registros y documentos de la empresa nacional. Es simplemente un instrumento de en el cual se acuerda sobre el acceso a ejemplos de cómo fluyen las transacciones entre la empresa y sus proveedores externos o internos (costo) o sus compradores externos e internos (ingresos).

Una garantía de transparencia es la terminología usada cuando un estado demanda la transparencia de manera unilateral, a cambio de una licencia para operar dentro del país. Un convenio de transparencia es el equivalente en aquellos países en cuales la transparencia forma parte del convenio negociado. El contenido es el mismo: una garantía de proveer todos los documentos auditados relacionados con un conjunto de transacciones, seleccionados a manera de muestreo, por una institución gubernamental en el país en cuestión. Líneas abajo usaremos el término Convenio de Transparencia salvo cuando nos refiramos específicamente al instrumento unilateral llamado Garantía de Transparencia.

CONTENIDO

El Convenio de Transparencia – Una herramienta para las transacciones transnacionales.....	2
Prefacio	4
1. Que es un Convenio de Transparencia?.....	6
2. La Garantía de Transparencia en el White Paper (Libro Blanco) No. 25 (2012-2013).....	9
3.Cuál es el propósito de un Acuerdo de Transparencia / Garantía de Transparencia?.....	11
4. Por qué es importante para PWYP Noruega el Convenio de Transparencia?	13
5. Como podemos entender un Convenio de Transparencia en el marco extendido del régimen tributario y herramientas del país?.....	15
6. Cuáles son las categorías de transparencia existentes?.....	19
6.1. Tres niveles, tres tipos y tres formas de transparencia.....	19
6.2. Confidencialidad: la fase de negociaciones.....	20
6.3. El proceso de transparencia: siempre transparente	21
6.4. La transparencia en los contratos: la transparencia por tiempo limitado y vinculada a los destinatarios	21
6.5. La transparencia en las transacciones: niveles de transparencia.....	23
6.6. Como se puede implementar un Convenio de Transparencia?	26
7. Cuáles podrían ser algunas de las consecuencias positivas y negativas?.....	28
7.1. Beneficios.....	28
7.2. Amenazas	29
8. Como se puede presentar la iniciativa de manera resuelta?	29
9. En qué medida puede el convenio de transparencia proveer acceso a información a la cual de otra manera no se tendría acceso?.....	30
10. Cuales son algunas de las consideraciones legales importantes?.....	30

Prefacio

La evasión de impuestos. La corrupción. La fuga de capital. El crimen organizado. Problemas interrelacionados. Agregamos a estos los bancos internacionales, empresas que ofrecen servicios de contabilidad, bufetes de abogados, las jurisdicciones secretas y la gran cantidad de proveedores de servicios. Durante muchos años, y en varios informes, PWYP Noruega ha producido información acerca de varios mecanismos de reserva que forman parte de la caja de herramientas de las empresas transnacionales en los sectores extractivos, los cuales son usados para encubrir sus transacciones y actividades y así esconder datos relevantes de su país de origen y del país anfitrión. Hemos compartido nuestros hallazgos e informes con gobiernos, periodistas, la sociedad civil, la Unión Europea, el FMI, y la OCDE, entre otros.

Recientemente, un panel de alto nivel en la Unión Africana (UA) publicó un reporte titulado "Track it! Stop it! Get it!" (Rastréalo! Frénalo! Obténlo!). El informe halló que el continente está perdiendo más de \$50 mil millones en ingresos por año, dinero que debió ser reinvertido en el desarrollo sostenible. Esto significa que el continente ha perdido por lo menos, y aproximadamente, \$500 mil millones en flujos ilícitos al extranjero durante la última década.

Este panel de alto nivel, presidido por el Presidente Thabo Mbeki de Sudáfrica, fue establecido como parte de los esfuerzos continuos de la UA para reducir la dependencia del continente en la asistencia oficial para el desarrollo. El continente necesita tomar todas las medidas posibles para asegurar que puedan financiar y respetar las prioridades de desarrollo a las cuales se han comprometido.

El panel halló que las grandes corporaciones suman el 65% de todos los flujos financieros ilícitos que salen de África. Los mecanismos usados son la manipulación de precios, la facturación incorrecta, empresas fantasmas, exenciones tributarias, y análisis de costos y beneficios incorrectos. En su prefacio al informe, el Sr. Mbeki señala que las grandes corporaciones tienen a su disposición todos los recursos necesarios para retener los mejores expertos profesionales legales, contables, bancarios y otros para ayudarles a perpetuar sus actividades agresivas e ilegales. Los hallazgos complementan los hallazgos del FMI, los cuales indican que las empresas muchas veces reasignar los ingresos en lugar de pagar impuestos y que los países en vías de desarrollo podrían perder hasta el 15% en ingresos por impuestos. La OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) se dirigió además a estrategias que explotan los vacíos en la arquitectura del sistema tributario internacional para transferir utilidades artificialmente a lugares donde no se realizan actividades económicas o no se paga impuestos.

La pregunta, entonces, es: que posibilidades y mecanismos tiene un país para acceder a la información vital?

El enfoque principal de Publish What You Pay Noruega es trabajar para asegurar que la entrega de informes expandidos país por país sea incluida en la legislación en todos los países posibles para mejorar la vigilancia pública sobre las empresas de las industrias extractivas por parte de los inversionistas, gobiernos, medios y la sociedad civil. La entrega de informes expandidos país por país es sencilla, económica, y es una herramienta eficaz que puede hacer que el uso de mecanismos de reserva en jurisdicciones secretas se vuelva irrelevante, cuando el país de origen demanda información acerca de ingresos, costos, utilidades e impuestos. Entonces es posible conocer en qué jurisdicción ha sido acumulado el capital financiero. Sin embargo, los informes expandidos país por país no tratan con otros mecanismos de reserva, como por ejemplo cuando las empresas que reclaman la confidencialidad del cliente para protegerse contra la vigilancia del gobierno sobre sus actividades y transacciones, las rutas que toman sus transacciones, y las estructuras corporativas, o cómo ocurrieron.

Debido a que los gobiernos aún no han hecho uso de dichos mecanismos sencillos y económicos que pueden asegurar la vigilancia pública, los países por lo general buscan un instrumento que pueda ser promulgado de manera unilateral, y dentro de un plazo aceptable. Previamente hemos provisto dicho mecanismo cuando promovimos un método para la protección contra el abuso de derivados financieros que cualquier país podría introducir de manera unilateral, independiente de otros países.

Sin embargo, aunque actualmente existe el impulso global y un llamado para tratar con estos temas, simultáneamente una masiva inercia entre todas las iniciativas tomadas por las instituciones a nivel global de demandar información de las empresas, y de proveer a los administradores fiscales y otras instituciones de control, los instrumentos que necesitan para controlar a las empresas transnacionales. Toma años, incluso décadas, desde el momento en que se lanza una iniciativa hasta que se halle en su forma final a nivel global, y desdichadamente, décadas más hasta que un país pueda evidenciar si funciona o no.

Nuestro argumento será que la Garantía de Transparencia o el Convenio de Transparencia investigado en este informe es otra de dichas soluciones sencillas y económicas que puede ser introducida de manera unilateral (en forma de garantía) o acordada entre partes que negocien (en forma de un acuerdo). La idea no es nuestra, pero nuestras investigaciones de esta idea nos indican que sería interesante continuar investigando. Particularmente, creemos que los países ricos en recursos podría considerar que este mecanismo forme parte de un sistema para pre-calificar a las empresas que soliciten una "licencia de operación" en algún país. Si una empresa se niega a acordar sobre la transparencia de sus operaciones, en realidad es una empresa que el país desearía tener dentro de sus fronteras? Creemos que no. Y ese es el caso, exactamente: los ciudadanos de un país, mediante su gobierno, colectivamente son los propietarios de los recursos de su país. Los ciudadanos también pueden preguntar si el gobierno tiene o no tiene la voluntad de demandar que una empresa sea transparente, y si un país no tiene la voluntad de demandar la transparencia a cambio de sus recursos naturales, entonces la mayoría de los ciudadanos se preguntará por que?

Las empresas extractivas no son propietarias de los recursos. Son custodios confiados por el gobierno del país para explorar, desarrollar, y comercializar los recursos del país. Tampoco son propietarias de las utilidades antes de haber pagado impuestos sobre las mismas. Las empresas deberán retener únicamente las utilidades que sobran luego del pago de impuestos para poder pagar los dividendos a sus inversionistas. Si el dinero sale del país antes del pago de impuestos, tiende a ser enviado a paraísos fiscales donde las autoridades fiscales, inversionistas y mercados de capitales no tendrán acceso al mismo. Algunas de las empresas tienen tanto capital guardado en paraísos fiscales que efectivamente han formado sus propios bancos para financiar nuevas inversiones en los países ricos en recursos usando el dinero que ya no está bajo control público, sea por parte de sus inversionistas, los mercados financieros o los gobiernos. Las mismas empresas tienen que sacar préstamos para pagar los dividendos a sus inversionistas, debido a que su flujo de capital está ocultado en los paraísos fiscales y de transferirlo para pagar a sus inversionistas, esto desencadena el pago de impuestos. Es un sistema fallido y socava a los gobiernos, los mercados financieros y a los inversionistas, además de poner en peligro a las sociedades en cuales vivimos porque conlleva a disturbios sociales, disturbios políticos, conflictos y, en los peores casos, la violencia y guerras (civiles).

En muchos de nuestros informes hemos abogado por soluciones sencillas y económicas y por mecanismos que puedan tratar con el inmenso problema que es la fuga de capitales y la corrupción que se ve en el mundo, en especial en los países ricos en recursos, y esto se ve tanto en las industrias de extracción de recursos no renovables como en las de extracción de recursos renovables. Esta es una de las soluciones, y está disponible para los administradores fiscales de cada país.

Ya es hora que las autoridades fiscales de los países ricos en recursos también tengan una caja de herramientas que les permita tratar con el inmenso problema de fuga de capitales y corrupción.

Por tanto, nuestra sugerencia es que Usted lea este informe, particularmente si es alguna autoridad del gobierno, un periodista o representante de la sociedad civil en su país, y que decida por sí mismo si el concepto investigado en este informe es algo que podría ser de utilidad en su país. Y de ser así, podría Usted quizás discutir la idea con alguien más?

Mona Thowsen
Secretario General, PWYP Noruega

Si el lector desea compartir sus comentarios, puntos de vista o información, o si tiene alguna pregunta o desea sugerir que investiguemos algo específico, comuníquese por favor con nosotros: post@pwyp.no

1. Que es un Convenio de Transparencia?

Una garantía de transparencia, basada en un contrato, puede ser descrita como un convenio con una empresa para que no utilice mecanismos de reserva para ocultar datos relevantes del país anfitrión. A cambio, se le otorga el acceso a los recursos finitos y no renovables del país. La base para la garantía de transparencia es que la empresa es la custodia en la cual los países confían para asegurar que los productos sean extraídos y comercializados a beneficio de ambos.

Uno de los problemas principales es que los gobiernos en los países anfitriones no tienen acceso, o tienen poco acceso, a la información vital que podría asegurar la repartición justa de las utilidades entre los países anfitriones y las empresas extractivas. No es aceptable que, en lugar de tener acceso abierto a los estados financieros de estas empresas, los países anfitriones tengan que recurrir a audiencias costosas y gastar su tiempo en varios distintos paraísos fiscales para poder acceder a la información. En la práctica, no es una manera realista de obtener el acceso a la información necesaria.

Los países G-20 lanzaron un llamado para iniciativas más eficientes para asegurar que las empresas transnacionales eviten la transferencia artificial de sus utilidades hacia jurisdicciones donde pagan menos impuestos. En una declaración endosada por los países del G-20, se declaró lo siguiente, entre otras cosas:

“Se debe pagar impuestos sobre las utilidades cuando se realiza actividades económicas que resultan en utilidades y cuando se genera valor. Para minimizar BEPS, pedimos a los países miembro examinar cómo nuestras propias leyes domésticas contribuyen a BEPS y asegurar que las leyes tributarias internacionales, así como también las nuestras, no permitan ni motive a las empresas transnacionales a reducir los impuestos a pagar mediante la transferencia artificial de las utilidades a jurisdicciones donde pagarán pocos impuestos.”¹

El Convenio de Transparencia descrito en este informe encaja bien con dicha invitación de los países del G-20.

Es un concepto firmemente establecido en la mayoría de los países que los propietarios de los recursos naturales que se encuentran dentro de la tierra o por debajo del lecho del mar son los ciudadanos, mediante el estado, y que todos los ingresos devengados de dichos recursos deben pagar impuestos dentro del país. Es el estado, por medio de las instituciones relevantes, el que en última instancia otorga a una empresa el derecho de explorar, desarrollar, y producir dichos recursos naturales no renovables. Ese derecho a menudo se llama la “licencia de operación” y es un concepto que prohíbe que las empresas lleven a cabo negocios relacionados con la extracción sin la aprobación formal necesaria. Esto, a diferencia de otras industrias en cuales el rol del gobierno, en muchos casos, es asegurar que cualquier persona pueda establecer un negocio en un ambiente de competencia justa contra otros que establecen el mismo tipo de negocio, o asegurar que no existan fallas en el mercado (exceso de capacidades, la falta de capacidades, precios monopolísticos, u otras formas de manipulación de precios).

El hecho de que un estado otorgue el derecho de explorar, desarrollar, y producir recursos naturales no renovables a las empresas significa también que el estado puede

determinar las condiciones bajo las cuales las empresas deben operar. Estas condiciones típicamente son de naturaleza técnica y operacional, fiscal o social, o relacionadas con el ambiente externo e interno. Algunas de las condiciones son tan fundamentales que es una precondition que las empresas cumplan con ciertos requisitos antes de poder llevar a cabo negocios dentro del país. Ser transparentes con el país que ha OTORGADO a las empresas el derecho de explorar, desarrollar y producir debe ser un elemento tan fundamental que forme parte de las condiciones que las empresas deben cumplir para poder recibir sus “licencias de operación”. Es fundamental porque cuando una empresa, o varias empresas, son otorgadas el derecho de explorar un área, en efecto se les está dando una licencia monopolística y en casi todos los países son las mismas empresas las que son otorgadas el derecho de desarrollar y producir los recursos descubiertos, aunque las empresas que mejor hacen el trabajo de exploración no necesariamente son las que mejor desarrollan dichos recursos.

Un país necesita prestar atención a las industrias en cuales existen tendencias o características monopolísticas. Una vez que la licencia es otorgada a una o varias empresas, esto excluye a todas las demás empresas. Por tanto, no ayuda que las demás empresas sean otorgadas licencias en otros lugares. Las características monopolísticas aún existen porque el derecho a explorar, desarrollar y producir excluye a todos los demás. El diccionario The Free Dictionary define el monopolio de 4 maneras distintas, y el derecho OTORGADO a las empresas extractivas cumple con cada una de las cuatro definiciones:

- “El control exclusivo, por parte de un grupo, de los medios de **producción** o **venta de un producto o servicio**.”
 - Queda claro que estamos hablando del **control exclusivo** sobre la producción de un producto.
- “Un derecho otorgado por un gobierno de **conceder el control exclusivo sobre una cierta actividad comercial específica, a una parte sola.**”
 - Queda claro que el gobierno ha otorgado el control exclusivo sobre la licencia (de ahí el término “licencia de operación”) a una sola parte, aunque dicha parte consista de un grupo de empresas que comparten los mismos intereses.
- “Una empresa o grupo que tiene el control exclusivo sobre una actividad comercial o un producto o un servicio controlado de esta manera.”
 - Queda claro que lo producido es un servicio no renovable y que la empresa extractor por tanto es una custodia que provee un servicio al país.
- “**Posesión o control exclusivos**”
 - Queda claro que la empresa extractora tiene la posesión exclusiva y el control sobre los productos durante todo el proceso hasta que sean vendidos en un mercado.

No estamos diciendo que no existen características monopolísticas en el mercado en cual se venden los productos, sino que existen características monopolísticas en las maneras usadas para otorgar a las empresas de las industrias extractivas el derecho a acceder a áreas valiosas, excluyendo a los demás. Esto tiene importantes implicaciones para la transparencia que se necesita, entre otras, asegurar que exista competencia entre las empresas al momento de otorgar las licencias a manera de evitar la colusión o la sospecha de colusión entre las empresas y las autoridades del gobierno.

Por tanto, se debería celebrar un convenio de transparencia con la empresa a cambio de la “licencia de operación” otorgada por el gobierno, para eliminar (1) la posesión exclusiva y control que la empresa tiene sobre los recursos durante la exploración, el desarrollo, la producción y la comercialización, y (2) el desfase que existe entre la empresa y el gobierno como resultado de dicha posesión y dicho control exclusivos.

¹ Addressing Base Erosion and Profit Shifting, Tackling Tax Avoidance, and Promoting Tax Transparency and Automatic Exchange of Information, Section 50

² Incluso en países como los Estados Unidos, donde los ciudadanos privados son propietarios de cualquier recurso natural que se encuentre por debajo de sus propiedades, existen instituciones públicas que deben dar su aprobación antes de poder desarrollar un recurso. Sin embargo, los Estados Unidos es un país que se adhiere al principio de que todas las utilidades provenientes de la extracción de los recursos naturales dentro de las

Ahora podemos definir esta iniciativa de transparencia de manera más detallada:

CONVENIO DE TRANSPARENCIA	GARANTÍA DE TRANSPARENCIA
<p><i>El Convenio de Transparencia es un acuerdo contractual negociado entre la empresa y un gobierno por cual la empresa garantiza que a cambio de su "licencia de operación" en cierto país, ella permitirá que las autoridades fiscales y otras instituciones de control, tenga acceso irrestricto, en base a muestreo, a todos los documentos auditados desde el momento en cual un costo es incurrido por el grupo hasta que llega y es reclamado como deducción en un país, o desde el momento en que un costo es incurrido por el grupo hasta que llega y es reclamado como deducción en un país, o desde el momento en cual un ingreso origina en un país hasta que salga del grupo a precio del mercado,</i></p> <p><i>Para las transacciones que forman parte de la muestra, es irrelevante donde exista la documentación en el grupo: todos los documentos relevantes deben ser provistos a las autoridades que los solicita, sin retrasos indebidos.</i></p>	<p><i>La Garantía de Transparencia es un acuerdo introducido de manera unilateral entre una empresa y un gobierno por cual la empresa queda obligada a garantizar que, a cambio de su "licencia de operación" dentro de un país, ella permitirá que las autoridades fiscales u otras instituciones de control, tengan el acceso ilimitado, en base a muestras, a todo el flujo de auditoria de documentos, desde el momento en cual un costo es incurrido por el grupo hasta que llega y es reclamado como deducción en un país, o desde el momento en cual un ingreso origina en un país hasta que salga del grupo a precio del mercado.</i></p> <p><i>Para las transacciones que forman parte de la muestra, es irrelevante donde exista la documentación en el grupo: todos los documentos relevantes deben ser provistos a las autoridades que los solicita, sin retrasos indebidos.</i></p>
<p><i>El método de muestreo y la cantidad de transacciones que formen parte de la muestra por año y por categoría, son acordados de antemano en el acuerdo contractual inicial para proteger a la empresa contra solicitudes de documentación innecesariamente onerosas.</i></p> <p><i>Todas las transacciones pueden formar parte de las muestras (integridad) pero solamente se lleva a cabo el muestreo en algunas transacciones cada año (relevancia).</i></p> <p><i>El Convenio de Transparencia no restringe el acceso a los registros de la empresa nacional. Es simplemente un instrumento que asegura el acceso a ejemplos de cómo fluyen las transacciones entre la empresa y sus proveedores internos y externos (costos) o compradores internos y externos, fuera del país en cuestión.</i></p>	<p><i>El método de muestreo y la cantidad de transacciones que formen parte de la muestra por año y por categoría, son acordados de antemano en el acuerdo contractual unilateral para proteger a la empresa contra solicitudes de documentación innecesariamente onerosas.</i></p> <p><i>Todas las transacciones pueden formar parte de las muestras (integridad) pero solamente se lleva a cabo el muestreo en algunas transacciones cada año (relevancia).</i></p> <p><i>La Garantía de Transparencia no restringe el acceso a los registros de la empresa nacional. Es simplemente un instrumento que asegura el acceso a ejemplos de cómo fluyen las transacciones entre la empresa y sus proveedores internos y externos (costos) o compradores internos y externos, fuera del país en cuestión.</i></p>

Un convenio de transparencia es algo que todos los países pueden usar ya que es un instrumento negociado.

Una garantía de transparencia no es algo que todos los países pueden introducir fácilmente ya que es un instrumento unilateral. Antes de que la garantía de transparencia sea aceptada como instrumento entre muchos países, son los países de alta "prospectividad" que pueden considerar este instrumento de manera lateral. Sin embargo, los grupos grandes o más pequeños de países pueden introducirla de manera unilateral para toda una región o para algún tipo de producto específico. Los países que forman la Unión Africana son un ejemplo de un grupo grande de países que lo están implementando, mientras que los países que forman parte del SADC o las repúblicas de la antigua Unión Soviética son ejemplos de grupos pequeños de países que lo están introduciendo... países que son grandes productores de algún producto específico, por ejemplo la producción de cobre, oro o petróleo... países como Noruega, etc.

Lo importante es que el convenio de transparencia y la garantía de transparencia son instrumentos que están disponibles para los países interesados en ellos, de ser necesario. Un historial de abuso de previos contratos por parte de las empresas extractivas, un historial de empresas que no tienen una producción rentable incluso cuando los precios están altos, y un historial de administradores fiscales que carecen de competencias, capacidades y fondos para darle el seguimiento debido a las empresas extractivas, son ejemplos de situaciones que justifican el uso de un instrumento como el Convenio de Transparencia o la Garantía de Transparencia. Y sí, la intención sí es eliminar a esas empresas abusivas y alinearnos con las empresas que están dispuestas a compartir las ganancias.



2. La Garantía de Transparencia en el White Paper (Libro Blanco) No. 25 (2012-2013)

Los siguientes párrafos son una traducción no autorizada del White Paper de Noruega que describe lo que es una Garantía de Transparencia, y ha sido publicado por el previo gobierno de Noruega (2009-2013):

“El Gobierno (de Noruega) promoverá la iniciativa de desarrollar una garantía de transparencia para el uso de los gobiernos de países en vías de desarrollo. La garantía deberá asegurar que dichos gobiernos tengan acceso adecuado a la información de las empresas de las industrias extractivas. La garantía de transparencia será promovida mediante los programas de desarrollo relevantes.

La confidencialidad y los paraísos fiscales son usados para limitar el acceso a documentos por parte de las autoridades. El propósito de la garantía de transparencia es asegurar que los documentos relevantes para el gobierno del país en vías de desarrollo puedan estar disponibles como documentos de caso, y que cualquier potencial disputa involucre la interpretación de la documentación, no la obtención de la misma.

Una garantía de transparencia deberá asegurar que las autoridades puedan acceder a documentos de empresas en el extranjero en conexión con las transacciones que cubren varias empresas de un mismo grupo. Deberá contribuir a la transparencia y al entendimiento entre la empresa extractiva individual y las autoridades a cuales la empresa se reporta, principalmente, pero no limitándose a, las autoridades fiscales.

El acceso por parte de las autoridades fiscales termina hoy cuando las transacciones se relacionan con las actividades de la empresa fuera del país. En el desarrollo de una garantía de transparencia, el objetivo es asegurar que las autoridades fiscales puedan acceder a la documentación relevante en una cadena de transacciones dentro del grupo de la empresa, lo que se llama la cadena de auditoría. Por ejemplo, cuando los minerales son vendidos, significa que las autoridades fiscales, en base a una solicitud, pueden darle seguimiento a la venta desde la producción en el país mediante empresas afiliadas en varios países, incluyendo paraísos fiscales, y hasta que llega al primer comprador fuera del grupo de la empresa.

Algunas de las preguntas claves en el desarrollo de una garantía son, entre otras, hasta donde llega la obligación de las empresas y hasta qué punto se extiende el riesgo de aplicar sanciones. Una garantía de transparencia debe asegurar que sea

posible rastrear un producto hasta el momento en que sea vendido en el mercado abierto. Las autoridades fiscales tendrán de esa manera una base para evaluar si los ingresos incluidos por la empresa en su declaración de impuestos son los correctos. Lo mismo se aplica para la cadena de la transacción para un costo deducible.

Violar la garantía de transparencia debe resultar en la aplicación de sanciones si la empresa tiene acceso a toda la información solicitada. Las sanciones deberán ser proporcionales y legales. En casos extremos, una posible violación de la garantía de transparencia podría incluir la revocación de la licencia de extracción (la licencia de operación). Pero las sanciones deberán ser proporcionales, predecibles, y verificables para las empresas.

Una garantía de transparencia debe ser aplicada por igual a todas las empresas. Depende de cada uno de los países de manera individual evaluar si desean hacer esto mediante un acuerdo modelo o mediante la ley. El propósito de la garantía de transparencia deja de existir si es convertida en un punto de negociación entre las autoridades y las empresas individuales, resultando en demandas por transparencia distintas de cada una de las empresas.

En muchos de los países en vías de desarrollo, las empresas con los peores estándares de transparencia tienen una ventaja competitiva. El objetivo del desarrollo de una garantía de transparencia es contribuir para que todas las empresas tengan que cumplir con el mismo estándar y asegurar así que la competencia sea justa, que haya procesos de licitación mejorados, y que existan menos espacios para la corrupción.

La intención de la garantía de transparencia es asegurar un la competencia equitativa para el beneficio de aquellas empresas que se portan de manera responsable y en detrimento a las empresas que buscan evadir su responsabilidad de contribuir a la sociedad de la cual obtuvieron sus ganancias. Su contribución debería ser explorar, desarrollar y producir los recursos al mínimo costo para el país anfitrión, y vender lo producido en los precios más altos del mercado, o si los venden a nivel nacional para ser procesados más, que sean vendidos en los mismos precios que hubiesen sido vendidos a otros procesadores. Muchas empresas les dicen a los políticos que constantemente están trabajando para maximizar los ingresos y minimizar los costos. Esto es cierto, pero únicamente a nivel del grupo. A nivel de cada una de las empresas individuales en los países anfitriones, existe una masiva reducción de los costos y un masivo incremento en los costos, a costo del país anfitrión, y a beneficio de los paraísos fiscales.



3. Cuál es el propósito de un Acuerdo de Transparencia / Garantía de Transparencia?

El propósito del Convenio de Transparencia es claro como el cristal: "que las empresas tengan que cumplir con los mismos estándares y asegurar que la competencia sea más equitativa, que los procesos de licitación sean mejorados, y que exista menos posibilidad de corrupción." No es posible decirlo de manera más resuelta.

Todo tipo de disputa relacionada con el acceso a la información vital entre una empresa transnacional y el país anfitrión deberá ser resuelta en una audiencia, salvo que lleguen a un acuerdo. Luego de haber surgido algún conflicto, la probabilidad de llegar a un acuerdo disminuye, y por tanto existe la necesidad de establecer este tipo de convenio de antemano. El acceso a la información mediante audiencias es algo extremadamente caro y toma mucho tiempo. Las posibilidades de ganar el acceso a datos sustanciales son algo limitadas. Desde una perspectiva realista, el sistema judicial trabaja a favor de las empresas. Existe una onerosa cantidad de documentación que demuestra cuales son las consecuencias negativas que sufren los países anfitriones como resultado de la falta de acceso.

Existen algunas razones sólidas para creer que las asimetrías entre los países anfitriones y las empresas serán aún más en el futuro. De las 100 economías más grandes del mundo hoy en día, más del 50% son empresas transnacionales. Esto significa que estas empresas son más grandes (en rendimiento anual) que los productos brutos internos de tres cuartas partes de los países del mundo. Y las empresas están creciendo mucho más rápidamente que los países. Mientras que los países básicamente operan dentro de fronteras estrictamente delimitadas, las empresas transnacionales operan a nivel mundial como una entidad económica.

Por tanto el convenio de transparencia busca compensar la falta de equilibrio en fortalezas entre las empresas y los países anfitriones. Puede ser un vehículo alternativo a las audiencias y contiene la información necesaria para dar a los países anfitriones una parte justa del valor creado por las industrias extractivas.

El propósito y los beneficios de la transparencia pueden ser resumidos en 10 puntos:

1. Reducirá los impactos negativos que la reserva ha tenido en la lucha contra la pobreza en los países en vías de desarrollo.
2. Fortalecerá las posiciones de los países en vías de desarrollo y ricos en recursos cuando inician sus negociaciones con las empresas transnacionales. O se firma un convenio de transparencia sostenible, o no se otorga una licencia para extraer los recursos naturales.
3. Reducirá el riesgo de que haya corrupción, precios de transferencia manipulados, mala gobernanza, mala gestión, fraude fiscal, y varios tipos de comercialización ilegal.
4. Hará que los gobiernos tengan que rendirles cuentas a sus ciudadanos. Las cláusulas de transparencia en los contratos existentes y nuevos serán comparables a los acuerdos modelo o leyes que imponen las garantías de transparencia.
5. Si las empresas y los gobiernos se demuestran ser reacias a celebrar un convenio de transparencia, esto los dilatará.
6. Se espera que reduzca el rol de los paraísos fiscales, y que reduzca la demanda por, y oferta de, mecanismos de reserva, el abuso del privilegio legal, etc.

7. Contribuirá a poder evitar las interminables cartas de solicitud, las cuales gastan mucho tiempo, y las audiencias públicas en varias jurisdicciones que actualmente son necesarias para acceder a la información.
8. Motivará y premiará a los inversionistas, gobiernos y empresas que den preferencia a la competencia justa en mercados transparentes, en lugar de la reserva y la competencia y comportamientos corruptos.
9. Enviará un mensaje fuerte y motivará a los países que tienden a no operar de manera transparente.
10. Hará que los países en vías de desarrollo puedan tener mejor control sobre sus recursos más valiosos para lograr el crecimiento económico. Hará posible que se pueda probar y determinar, de antemano, la voluntad de las empresas de cumplir con los diferentes elementos de un convenio de transparencia.

Los convenios de transparencia son la mejor respuesta, la más eficiente, la más fácil de introducir y la más fácilmente disponible para luchar contra los secretos nocivos que existen hoy en el mercado global.

Actualmente las peores empresas están liderando un descenso hacia el fondo; hacia el fondo de los beneficios económicos que provienen de los recursos naturales, hacia el fondo de la lucha contra la corrupción, hacia el fondo de la competencia, y en esencia, hacia el fondo de los morales de la sociedad civilizada. El convenio de transparencia cambia esto: las peores empresas tendrán que operar bajo los mismos estándares con cuales las mejores empresas prosperan. El objetivo es dar preferencia a las empresas que compiten mejor en un ambiente transparente, y así contribuyen para evitar la corrupción y lo que se describió como "la transferencia artificial de las utilidades hacia jurisdicciones donde los impuestos son bajos" durante las reuniones entre los países G-20 en St. Petersburg el año pasado.

Sí, el propósito sí es crear un estándar bajo el cual las mejores empresas puedan prosperar. Por tanto un convenio de transparencia no puede ser un instrumento bajo el cual las empresas son responsables por entregar todo lo que las autoridades fiscales u otras instituciones pidan. Debe haber limitaciones en cuanto a la cantidad de transacciones sobre las cuales la empresa tendrá que presentar documentos, en cada categoría, por año. El propósito no es perjudicar a los buenos. El blanco son los malos.

Esencialmente, el propósito es crear un mecanismo que revele a las peores empresas y que no sea una gran carga para las mejores empresas. El propósito es crear cambios dentro de las peores empresas, frenando así el descenso de las mejores empresas.

Un convenio de transparencia basado en un contrato puede tratar con la paradoja de hoy en la cual la empresa extractiva tiene acceso a los recursos finitos y no renovables sin tener que actuar de manera transparente con las autoridades del país anfitrión cuando solicitan documentación relevante sobre la estructura de la empresa. Un convenio de transparencia basado en un contrato demandará que las empresas ya no usen mecanismos de reserva para obstaculizar el control sobre los documentos que se encuentran en otro país. Esto es especialmente importante para los países puesto que muchas veces están a la desventaja, tanto en términos de información (asimetría de información), y con relación a capacidades (asimetría en las capacidades legales). Sin embargo, para que dicho instrumento funcione de manera óptima, es necesario y crucial enfocarnos en determinar cuál es el uso correcto de dicho instrumento, cual es el nivel de uso correcto, y quienes constituyen el grupo de usuarios correctos.

Volveremos a tocar ese tema en el capítulo 8 cuando analizamos los beneficios y las amenazas a la garantía de transparencia.

4. Por qué es importante para PWYP Noruega el Convenio de Transparencia?

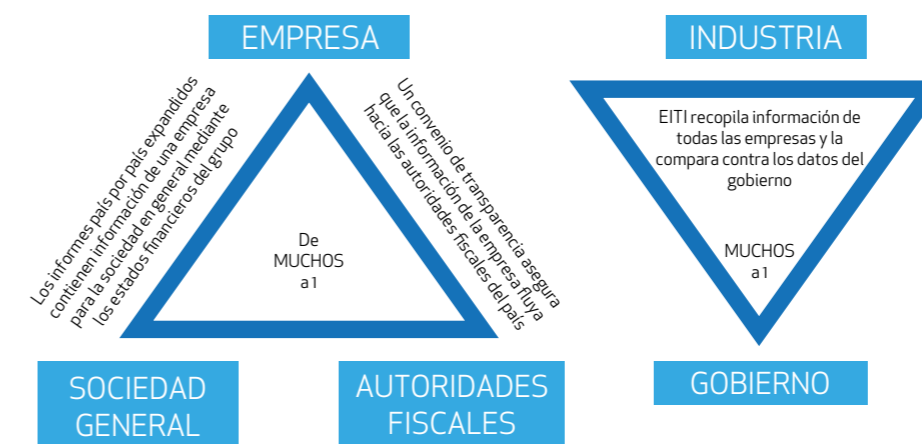
La idea de una garantía de transparencia no surgió de PWYP Noruega. La idea fue de un oficial del gobierno en Noruega y terminó formando parte de un potencial cambio en las políticas en el libro blanco del gobierno en 2013. PWYP Noruega no promueve la garantía de transparencia misma, pero queríamos investigar cómo una iniciativa de un convenio de transparencia o garantía de transparencia encajaba con la visión general de transparencia en las industrias extractivas, y definitivamente tiene un propósito en dicha visión.

El objetivo de PWYP Noruega es introducir la entrega de informes expandidos país por país en el marco legal, para asegurar que todas las empresas extractivas tengan que producir los mismos datos estandarizados sobre impuestos en el contexto natural en cada uno de los países en cuales operan, sin excepciones. Esto en realidad protege a las empresas para que ninguna empresa revele información voluntariamente mientras que otras no lo tengan que hacer. Nos preocupamos con asegurar la competencia justa entre empresas para promover las mejores empresas.

PWYP Noruega ha promovido la transparencia desde que un principio cuando formuló y promovió el establecimiento de la Extractive Industry Transparency Initiative (EITI). La EITI se ha transformado en un instrumento para aquellos países que quieren demostrar que lo que los gobiernos declaran pagado en impuestos es lo mismo que lo que declaran las empresas. La EITI fue un primer paso hacia la transparencia, pero la EITI misma no es el objetivo. El objetivo es que todas las empresas extractivas se conviertan en empresas que son transparentes sobre sus negocios en cada uno de los países en cuales trabajan, sin excepciones, a cambio de ser otorgadas licencias para operar.

Las capacidades de la EITI son limitadas. La EITI no puede asumir la responsabilidad de las empresas de operar de manera transparente. El próximo paso después de la EITI es que cada empresa sea transparente en dos niveles:

- La empresa tiene que ser transparente hacia sus inversionistas y la sociedad en general en cuanto a sus actividades dentro de cada país y en los países en cuales se generan ingresos o incurrir costos internamente
--> Esto se resuelve con los informes expandidos país por país
- La empresa tiene que ser transparente hacia las autoridades fiscales en el país ya que es custodio de la extracción de los recursos naturales del país
--> Esto se resuelve con los convenios de transparencia o las garantías de transparencia



PWYP Noruega publicó previamente un informe titulado "Un Estándar Expandido para Reportes País por País" para demostrar que en realidad es fácil y económico publicar información transparente en, y en conjunto con, los estados financieros consolidados de las empresas, para informar a la sociedad en general. Este tipo de informes cumple con las necesidades de transparencia de los inversionistas y la sociedad en general, pero no cubren todo lo necesario para las autoridades (y la EITI tampoco es capaz de hacerlo - ver la imagen líneas abajo).

Los informes expandidos país por país (CBC, por sus siglas en inglés) aseguran la transparencia entre la empresa y sus inversionistas y un amplio círculo de constituyentes. Sin embargo, existe un vacío en la red de transparencia y este es: cómo puede un país protegerse en contra de las peores empresas, es decir, cómo puede crear la verdadera transparencia entre cada una de las empresas y el gobierno. Luego de haber analizado el convenio de transparencia y la garantía de transparencia, nosotros estamos convencidos que estos son los instrumentos que los países necesitan para alejar a las peores empresas de las posiciones en cuales logran pagar el mínimo de impuestos, o no pagar impuestos, y alejarlas de posiciones en cuales la corrupción puede ser promovida con características monopolísticas. Sin embargo, la intención no es cerrarles la puerta a todo costo. La intención es obligarlas a cambiar sus comportamientos destructivos y entregar informes que sean del mismo nivel que todas las demás empresas.

Cuando se trata de la implementación de un Convenio de Transparencia en un país, es el gobierno, mediante sus autoridades fiscales y con el respaldo de la sociedad civil, el que debe decidir si un convenio de transparencia es un buen instrumento para su país. Esto porque aunque la EITI es una iniciativa global promovida por la sociedad civil y los gobiernos en muchos países, y aunque los informes país por país expandidos son un mecanismo universal para crear un estándar uniforme para la entrega de informes por parte de las empresas transnacionales, el convenio de transparencia es un mecanismo que debe ser personalizado e implementado en cada país de manera individual. El rol de PWYP Noruega es investigar las circunstancias bajo las cuales puede funcionar un convenio de transparencia o una garantía de transparencia y crear una plataforma operacional sobre la cual dicha iniciativa puede ser construida en cada país. El

5. Como podemos entender un Convenio de Transparencia en el marco extendido del régimen tributario y herramientas del país?

Lo que la mayoría de las persona no entiende que cuán difícil es para las autoridades fiscales evaluar a una empresa que pertenece a un grupo que transfiere sus utilidades adrede, previo al pago de impuestos, fuera del país anfitrión, mediante mecanismos que reducen los ingresos o incrementan los costos a declarar en un país.³ La única información a la cual tienen acceso las autoridades fiscales u otras instituciones de control, son los documentos que pertenecen a la empresa dentro del país, y por lo general no es posible rastrear toda la información auditada hasta encontrar a los terceros que operan de manera independiente del grupo.

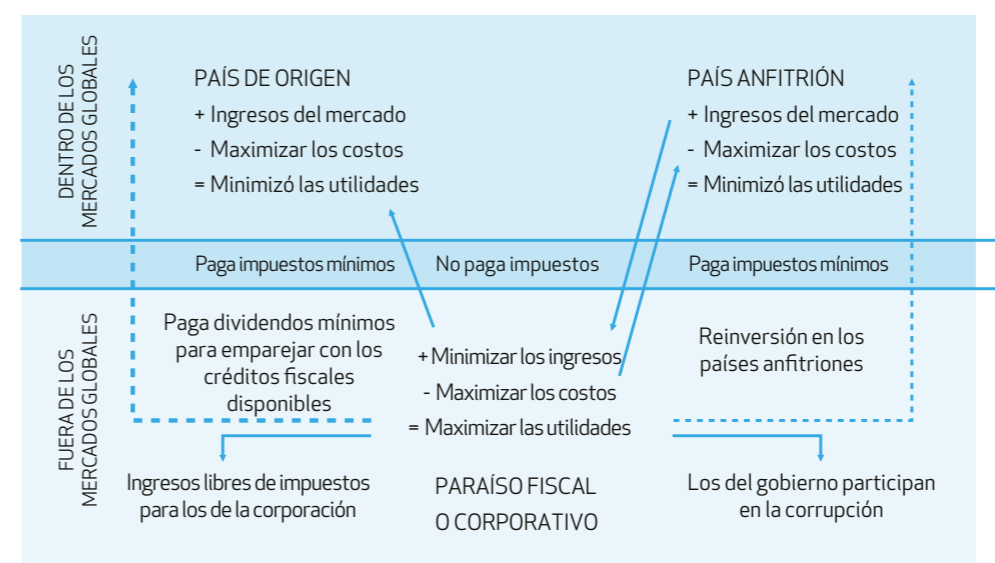
A continuación presentamos simplemente un ejemplo de algunos de los elementos que obstaculizan la evaluación de las declaraciones de impuestos de las empresas transnacionales en el país anfitrión:

- Las autoridades fiscales únicamente tienen acceso a aquellas partes de la cadena de transacciones que se encuentran dentro del país o que Cruzan sus fronteras nacionales. No es posible rastrear los documentos auditados hasta que el producto salga del grupo o hasta que el producto o servicio ingrese al grupo.
- Los regímenes tributarios en la mayoría de los países no fueron ideados con el objetivo de cobrar impuestos a empresas transnacionales, solamente empresas nacionales. Los reglamentos tributarios, por tanto, tratan a las transnacionales como si fuesen empresas nacionales y de hecho, no lo son.
- Las directrices sobre precios de transferencia emitidas por la OCDE tan solo empeoran el problema ya que, en su mayoría, promueven masivamente el principio "arm's length" (un estándar para la negociación entre sociedades no vinculadas) como el único remedio para tratar con las transacciones al interior del grupo. Esto significa que las transacciones dentro del grupo son tratadas como si hubiesen sido llevadas a cabo externamente. Incluso en los países que tienen reglamentos tributarios bastante sofisticados, hemos visto que las empresas tienen la posibilidad de transferir enormes cantidades de utilidades, previo al pago de impuestos hacia paraísos fiscales mediante cargos desapercibidos por "servicios" prestados fuera de dichos paraísos fiscales. Sin embargo, estos cargos no tienen sustancia ya que no existe ninguna base de costos contra la cual respaldarlos, o la base de costos se encuentra en otro país que no recibe los ingresos ya que efectivamente son captados entre medio por los paraísos fiscales. Estas son cuatro razones por cuales los reglamentos sobre precios de transferencia son demasiado complicados para ser exitosos: 1) Los reglamentos son demasiado complicados y difíciles de mantener, y ofrecen muchas oportunidades para ejercer la discreción de manera disputable, 2) es demasiado difícil que los gobiernos obtengan acceso a la información relevante, 3) existen asimetrías significantes entre las empresas y los gobiernos en cuanto a la pericia necesaria para evaluar los precios, y 4) las disputas fácilmente terminan en demandas en las cortes, las cuales favorecen a

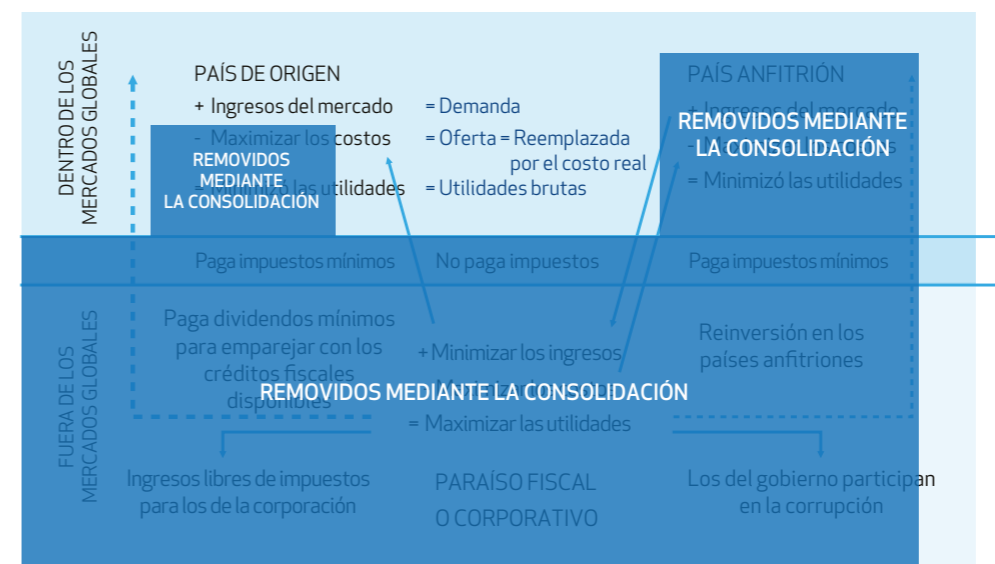
³ See www.pwyp.no for reports documenting this, including a report on derivatives abuse, a type of pre-tax profit shifting that is almost impossible for the tax authority to uncover. However, there are valid ways to ensure that such abuse cannot take place, but they require changes to tax laws in the countries in question.

- las empresas puesto que ellas controlan los hechos y datos.
- Las empresas usan varias opciones para facturar ciertos costos en los paraísos fiscales, a pesar de que la creación de dichos valores no tuvo lugar en los paraísos fiscales. Sin embargo, debido a la falta de información es demasiado difícil de controlar.
 - Para empeorar el problema, la mayoría de las autoridades fiscales están enfocando sus esfuerzos en las empresas que declaran utilidades, y tienden a no darle seguimiento a las empresas que declaran no haber tenido ganancias o cuyas ganancias fueron menores a sus gastos, aunque los estados financieros del grupo demuestren que las empresas están generando masivas cantidades de dinero y utilidades. show no profits or negative profits, although the group financial statements show that the companies are making massive amounts of profit.

Esta imagen ilustra el problema:



El problema principal es que a los gobiernos, acreedores, inversionistas, y otros se les puede mostrar únicamente una parte de la imagen de manera limitada y engañosa.



Nadie ve el cuadro completo desde afuera, y en realidad muy pocos dentro de la empresa lo ven tampoco. Las imágenes ilustra cómo los países de origen, en los cuales se encuentran la mayoría de las empresas de las industrias extractivas, están perdiendo su base imponible mediante los mecanismos que las empresas usan para incrementar sus costos en su país de origen. Los productos generalmente son vendidos en el mercado a precios de mercado, ya que las autoridades fiscales en dichos países saben bastante bien evaluar los ingresos de estas empresas (aunque aún ahí se ven pérdidas de enormes cantidades de ingresos de vez en cuando). Las imágenes también ilustran como los países anfitriones, donde se encuentra la mayoría de los recursos naturales, están perdiendo su base imponible mediante mecanismos que reducen los ingresos y maximizan los costos. Los productos por lo general son vendidos al interior del grupo en precios por debajo de los precios de mercado o son vendidos en conjunto con otros instrumentos llamados derivados financieros, los cuales son ideales para transferir las utilidades fuera de la jurisdicción, previo al pago de impuestos, y los costos son inflados al hacer que los reembolsos fluyan hacia empresas de adquisiciones situadas en paraísos fiscales y mediante el cobro de todo tipo de cargos por servicios a la empresa en el país anfitrión. El efecto neto es que las utilidades son minimizadas en los países anfitriones y de origen, y las utilidades son maximizadas en los paraísos fiscales mediante la maximización de ingresos y la minimización de costos en estos países. Esta práctica quedaría expuesta de introducir los mecanismos correctos.

Sin embargo, estos no son los únicos obstáculos. En 2007, Noruega tomó la iniciativa a nivel internacional junto con otros países y organizaciones voluntarias interesadas, de crear un foro, el cual se transformó en lo que ahora se llama el Task Force on Financial Integrity and Economic Development. Este grupo es liderado por actores de la sociedad civil y académicos, y las opiniones no necesariamente coinciden con los puntos de vista de los estados miembro. Los países asociados con la iniciativa respaldaron la transparencia e integridad financiera a beneficio del desarrollo económico de manera general, y a beneficio de los países en vías de desarrollo de manera específica. Los cinco objetivos principales son:

- 1) Informes país por país para las empresas transnacionales (sin embargo, a la fecha Noruega aún no ha introducido reglamentos país por país eficaces que pongan los pagos de impuestos en su contexto natural, las cifras financieras claves, lo que implica reportarlos en las anotaciones de los estados financieros para todos los países donde operan, sin excepciones).
- 2) El intercambio automático de datos relacionados con los impuestos (sin embargo, Noruega aún no ha reconocido que esta es una muy buena iniciativa para las fortunas estáticas guardadas en los paraísos fiscales, pero una muy mala iniciativa para rastrear los flujos de capital de una empresa transnacional mientras traslada su dinero entre paraísos fiscales y otras jurisdicciones --> el único mecanismo es el estándar expandido para informes país por país identificado en el numeral 1 líneas arriba, y respaldado por convenios de transparencia eficientes).
- 3) Limitar la manipulación de precios de transferencia en el comercio exterior (sin embargo, Noruega aún no ha introducido el único mecanismo que realmente descubre los resultados de la manipulación de precios de transferencia según la imagen líneas arriba --> el estándar expandido para informes país por país identificado en el numeral 1 líneas arriba).
- 4) La transparencia sobre los licenciarios y usufructuarios.
- 5) La armonización a nivel global de leyes contra el encubrimiento.

Es importante recalcar la necesidad de tener contramedidas que sean eficaces in el consentimiento de, o la necesidad de cambiar leyes en, los paraísos fiscales. Los Convenios de Transparencia son el único vehículo disponible que da a los países anfitriones el poder de afectar la relativa fortaleza de las empresas transnacionales, ya que ellas controlan a quienes, y bajo qué condiciones, se otorgan las licencias.

Cuando incluso los países como Noruega, la que lanzó esta iniciativa, no pueden implementar plenamente un instrumento como los informes expandidos país por país que tratan con los tres primeros puntos en la lista, no es sorprendente que otros países no puedan configurar sus reglamentos tributarios y desafiar a las empresas transnacionales que están utilizando paraísos fiscales para acumular utilidades previo al pago de impuestos para su propio beneficio y a costo de los países anfitriones y de origen. Se ha demostrado una y otra vez que muchas empresas tratan a los recursos como si les pertenecieran una vez otorgada la licencia de operación, y las empresas no son transparentes con las autoridades fiscales en los países en cuales operan. Las empresas retrasan, obstaculizan, niegan, mienten e incluso amenazan para evitar tener que producir la documentación que demuestra que sus declaraciones de impuestos están en orden. De hecho, muchas veces no es hasta después de haber sido otorgada la licencia de operación, cuando ya es muy tarde. El país ya quedó "casado" con la empresa.

Sin embargo, las empresas extractivas sí son custodios a nombre del gobierno del país y deben hacer esfuerzos para monetizar los recursos petrolíferos, gasíferos y minerales a beneficio del país. El convenio de transparencia es un mecanismo que los países, antes de otorgar licencias de operación, pueden usar para averiguar si las empresas trabajarán de buena fe en su rol de custodios de los recursos naturales. Un convenio de transparencia asegura que únicamente aquellas empresas que estén dispuestas a dar a las autoridades fiscales el acceso a los documentos auditados tanto para sus ingresos como para sus costos, en base a un muestreo estadístico de ciertas transacciones por toda la cadena interna de empresas, son las que obtendrán una licencia de operación. Las empresas tendrán que proveer documentación, sin recurso a tomar acciones legales, o a causar retrasos o de otra manera obstaculizar a las autoridades fiscales al momento de pedir la documentación, cuando dichas muestras sean necesarias.

El convenio de transparencia tiene su lugar porque, a diferencia del estándar expandido para informes país por país, expone transacciones individuales a las autoridades fiscales. Lo que el convenio de transparencia hace es permitir que las autoridades fiscales provean seguimiento en una muestra de transacciones, y por todo el flujo de transacciones relacionadas con ingresos y costos por toda la estructura del grupo hasta que la transacción se encuentre con un tercero independiente. Es la única manera que las autoridades fiscales podrán tener la certidumbre de que se sienten cómodos con los precios de ingreso y de los costos en la empresa y dentro de su país. La EITI era un paso en la dirección correcta. Los informes expandidos país por país son otro paso en la dirección correcta. La garantía de transparencia, para los países prospectivos que puedan utilizarla, puede ser el instrumento de transparencia final que les permita supervisor y vigilar las empresas de la industria extractiva, en países anfitriones con grandes cantidades de recursos naturales.

6. Cuáles son las categorías de transparencia existentes?

6.1 Tres niveles, tres tipos y tres formas de transparencia

A la fecha hemos discutido principalmente los 3 niveles de transparencia con los 3 tipos de transparencia correspondientes:

- Nivel 1 Industria vs gobierno --> EITI
- Nivel 2 Empresa vs inversionista & sociedad --> informes expandidos país por país
- Nivel 3 Empresa vs autoridades fiscales --> convenio de transparencia o garantía de transparencia

Sin embargo, para poder completar el mapa de transparencia, también debemos discutir las 3 formas de transparencia con relación a su opuesto: la confidencialidad.

Existen 3 formas de transparencia que cubren 1 a 3 niveles, dependiendo de la forma.

- La transparencia en los procesos: siempre transparente
- La transparencia en los contratos: la transparencia que depende del tiempo (sociedad) y la transparencia que depende de volúmenes / materialidad / relevancia (gobierno)
- La transparencia en las transacciones: la EITI (voluntario – acuerdo), los informes expandidos país por país (obligatorios – leyes), el convenio de transparencia (voluntario – acuerdo), o la garantía de transparencia (obligatoria – acuerdo).

La alternativa a la transparencia es la opacidad. Esto, por lo demostrado, ha tenido serias consecuencias para el medio ambiente, los mercados, las sociedades y los individuos en el pasado. La opacidad, por tanto, claramente no es una alternativa sostenible a la transparencia si deseamos que las sociedades ricas en recursos y las mejores empresas prosperen. La transparencia es la única alternativa sostenible. Sin embargo, la transparencia es una herramienta de múltiples facetas, y debemos finalizar la discusión sobre la transparencia antes de analizar cuáles son los beneficios y las amenazas de introducir los convenios de transparencia en un país.

Las diferentes formas de transparencia pueden ser resumidas de esta manera, cuando las colocamos en un mapa junto con niveles y tipos de la misma:

	Confidencialidad	Transparencia en los Procesos	Transparencia en los Contratos	Transparencia en las Transacciones
NIVEL 1: Industria vs gobierno	N/A	Siempre transparente	N/A	EITI
NIVEL 2: Empresa vs inversionistas y sociedad	Fase de negociaciones	No	Cuando finalice la fase de negociaciones	Informes expandidos país por país
NIVEL 3: Empresa vs autoridades fiscales	N/A	No	Convenio / Garantía de Transparencia	Convenio / Garantía de Transparencia

6.2 Confidencialidad: la fase de negociaciones

Existe una fase en la cual se debe respetar la confidencialidad, y es durante las etapas iniciales cuando una empresa se está preparando para ingresar en un país o en una transacción. Durante la fase de negociaciones, la empresa queda vulnerable a que los detalles sean revelados a la competencia, y por tanto, como regla general, la confidencialidad debe ser respetada hasta que las negociaciones hayan finalizado.

Las consecuencias de la confidencialidad durante la etapa de negociaciones es que las autoridades deben siempre tener reglamentos claros y transparentes entorno al proceso que involucre a la industria. Discutiremos eso en mayor detalle en el punto 6.3, líneas abajo.

Para una empresa que no tiene nada que temer en cuanto al contrato que ha celebrado, la necesidad por confidencialidad termina al momento de llegar a un acuerdo, o poco después. Existe una fase intermediaria particularmente cuando ingresan a un país nuevo durante la cual, por motivos comerciales, la empresa querrá mantener un bajo perfil para asegurar que pueda contratar personal para puestos gerenciales, etc. antes de anunciar sus planes al público. No se han visto consecuencias detectables luego del anuncio al público inmediatamente después de que las licencias hayan sido otorgadas en los países donde los procesos son transparentes: de hecho, esto socava el argumento que es necesario mantener todos los acuerdos confidenciales luego de finalizada la etapa de negociaciones.

Por tanto la regla general es que la confidencialidad termina al momento de finalizar las negociaciones y firmar el contrato. Efectivamente, la confidencialidad solamente es relevante en el nivel 2: empresa vs inversionistas y sociedad general. El nivel 1 no es relevante para la empresa y no debe haber confidencialidad con las autoridades fiscales ya que esa institución existe para vigilar la adherencia al contenido del contrato. Las autoridades fiscales necesariamente deben tener conocimiento sobre lo que se ha acordado, y por tanto necesitan que los contratos sean transparentes ya que es relevante para el período que están evaluando.

El hecho de que haya confidencialidad durante la fase de negociaciones, sin embargo, es un arma de dos filos. La confidencialidad requiere que el gobierno tenga reglamentos rígidos cuando participa en las negociaciones para no crear distintas condiciones comerciales para diferentes empresas que están ingresando al país al mismo tiempo. Esto es difícil, ya que en muchos países se negocia la “mejor” posición para cada una de las partes. Sin embargo, por las experiencias del pasado, los países no tienen la capacidad de negociar la “mejor” posición debido al vacío de datos e información entre la empresa y el gobierno.

Lo que la mayoría de los equipos de negociación de los gobiernos no reconocen es que las empresas y el gobierno están entrando en las negociaciones desde diferentes posiciones, desde un principio. La mayoría de los equipos de negociación de los gobiernos parecen creer que su role s asegurar inversiones para su país. Sin embargo, cuando una empresa empieza a negociar, normalmente ya se ha preparado de antemano. El hecho de que la empresa participe en las negociaciones significa que, en la mayoría de los casos, ya han removido todos los obstáculos necesarios para ingresar en el país, y la empresa quiere asegurar que ninguna otra empresa disfrute de condiciones más favorables que ella.

Los países de más fácil acceso para las empresas son aquellas en las cuales las condiciones son reguladas y claramente comunicadas, sin excepciones. En realidad, es más difícil ingresar en países donde tienen que negocia, ya que las empresas tendrán que negociar todo lo posible para no quedar en peor situación que la competencia. Esto porque en muchos casos la próxima empresa que ingresa en el país desconoce las condiciones ofrecidas a los primeros porque esos contratos previos son confidenciales. Por tanto la confidencialidad puede ser enemigo tanto para los equipos de negociación del gobierno como para las empresas que desean ingresar en el país.

Por tanto no es por mala voluntad que incluso las empresas "buenas" están negociando fieramente por el tiempo de negociaciones permitido. Es porque desean ser tan competitivos como las demás empresas.

La segunda mejor cosa para un país es asegurar que todos los contratos estatutarios sean puestos a la disposición del público una vez que haya sido firmado el contrato.

Lo mejor que puede hacer un país es eliminar las negociaciones y crear reglas comunes bajo las cuales todas las empresas tendrán que operar si desean ingresar en el país.

6.3 El proceso de transparencia: siempre transparente

El proceso entre las industrias extractivas en general y los gobiernos relevantes siempre debe ser transparente. Los documentos del gobierno relacionados con la vigilancia de la industria deberían, como regla general, ser transparentes y ser presentados durante las audiencias a la industria, entre otras cosas. Las respuestas de la industria durante las audiencias también deberían ser transparentes.

Sin procesos abiertos y transparentes, un gobierno se abre a la crítica, a la atención de los medios de comunicación y de la sociedad civil, y a problemas relacionados con mala gobernanza, incluyendo la corrupción.

Cuando los procesos entre la industria (no las empresas individuales) y el gobierno son transparentes, es mucho menos probable que las peores empresas tengan influencia sobre las organizaciones de la industria o sobre las autoridades gubernamentales. Esto se debe a que, por ejemplo, que los documentos de una audiencia son puestos a la disposición del público, incluyendo otras empresas, y será muy fácil determinar si han usado argumentos válidos con el gobierno.

La confidencialidad entorno a los proceso de la industria solamente puede causar más daño que bien a un país y por tanto lo mejor que se puede hacer es asegurar que los procesos siempre sean transparentes.

Recalcaremos la importancia de la transparencia en los procesos para evitar la corrupción y la manipulación de precios de transferencia. La base imponible no debe ser "eliminada por negociación" con la ayuda de sobornos y otros comportamientos corruptos.

6.4 La transparencia en los contratos: la transparencia por tiempo limitado y vinculada a los destinatarios

Según las conclusiones del informe "Contracts Confidential", la transparencia en los contratos es crítica para gestionar mejor los recursos y asegurar la estabilidad contractual en una industria en cual los contratos son renegociados con más frecuencia que en cualquier otra.

El contrato únicamente necesita disfrutar de la confidencialidad durante las fases de negociación, o cuando el contrato está en un nivel más detallado, o cuando el contrato es entre la empresa y un empleado. La transparencia en los contratos normalmente significa que los contratos entre la empresa y el gobierno son puestos a la disposición del público para asegurar la competencia justa.

Luego de finalizadas las fases de negociación, el contrato debe ser implementado y entonces es necesario que ciertas partes tengan conocimiento del contrato. Por tanto siempre es de mucho beneficio publicar los contratos principales, especialmente aquellos que tratan con el medio ambiente, y las consecuencias fiscales y para la sociedad. Nuevamente, esto asegurará que el gobierno no se abra a la crítica, a la atención de los medios de comunicación y la sociedad, o a temas de mala gobernanza, incluyendo la corrupción. Si se mantiene la confidencialidad

4 Peter Rosenblum & Susan Maples: «Contracts Confidential: Ending secret deals in the extractive industries» - Executive summary, 2009, Revenue Watch.

de un contrato, siempre habrá sospecha sobre los motivos por mantenerlo confidencial. El gobierno jamás debe aceptar la solicitud de una empresa de mantener la confidencialidad de un contrato ya que es sumamente importante para asegurar la competencia justa entre empresas, y para eso la transparencia es esencial. Este punto queda recalcado un el informe "Contracts Confidential" mencionado líneas arriba:

"Las cláusulas de confidencialidad, una característica común y legítima de los contratos entre las partes, están siendo usadas para prevenir que la información sea obtenida por grupos públicos; en realidad, en la práctica la confidencialidad de los contratos entre entidades privadas es relativa. Dentro de la industria, los contratos supuestamente confidenciales son comprados y vendidos, analizados e incluso categorizados. Algunos contratos, o algunos detalles esenciales de sus términos, son revelados a los inversionistas según los reglamentos que rigen sobre valores financieros. Otros son compartidos entre colegas por correo electrónico. Para los proyectos más grandes, la competencia a menudo es una de las partes del contrato, obteniendo así el acceso de facto. Esta asimetría en la información, en la cual algunas empresas tienen más acceso a los contratos que el gobierno mismo, puede ser una de las razones por las cuales las empresas no reciben con los brazos abiertos la transparencia en los contratos. Cuando una empresa tienen tanta ventaja sobre una contraparte, lógicamente buscará mantener esa ventaja para negociar un mejor trato."

Continuar manteniendo la confidencialidad de los contratos es darle continuidad a la asimetría en la información entre las empresas y los gobiernos y únicamente responde a los intereses de las empresas, no a los intereses de los gobiernos.

Sin embargo, no todos los contratos son contratos materiales y la transparencia en todos los contratos, sean estos materiales o inmateriales, puede causar más confusión. Algunos contratos contienen información relacionada con los mercados y aunque sean contratos materiales, el argumento de la empresa de que dichos contratos deben ser confidenciales porque son comercialmente sensibles tiene más peso. Los contratos relacionados con las transacciones individuales típicamente son documentos que pueden ser transparentes entre la empresa y las autoridades fiscales relevantes, y por tanto el convenio de transparencia se presenta como un espacio para la transparencia en esta área.

Por tanto, se puede decir que existe transparencia por tiempo limitado y transparencia vinculada a los destinatarios en los contratos:

	La transparencia entorno al tiempo		
		La transparencia entorno a los destinatarios	
	Fase de negociaciones	Transparencia en los contratos (público) Transparencia en los contratos (público)	Convenio de transparencia (autoridades fiscales)
Licencia de operación	Confidencial	Siempre transparente	N/A
Los contratos estatutarios con consecuencias ambientales, sociales, o fiscales	Confidencial	Siempre transparente	N/A
Los contratos detallados con consecuencias ambientales y sociales	Confidencial	Transparentes	Transparente
Contratos comerciales con consecuencias fiscales	Confidencial	Confidencial	Transparente

Por lo general la transparencia no debe ser aplicable a los contratos estatutarios, ya que estos siempre deben ser transparentes para promover un buen nivel de competencia entre las empresas, pero en medida que un país elija hacerlo, a pesar de los beneficios de la transparencia en los contratos, para mantener la confidencialidad de los contratos las autoridades fiscales deberán obtener los contratos de la contraparte relevante.

Es posible definir la transparencia en los contratos bajo un convenio de transparencia para constituir así contratos detallados con efectos ambientales y sociales que sean relevantes para la recaudación de impuestos y todos los contratos comerciales, dentro o fuera del país, que tengan consecuencias fiscales.

También es posible distinguir claramente entre las partes que publicarán los contratos:

- Para la licencia de operación y los contratos estatutarios, el gobierno debe publicarlos
- Para los contratos detallados y contratos comerciales regidos por el convenio de transparencia, es obvio que la empresa debe asegurar que sean transparentes, y únicamente hacia las autoridades fiscales y otras autoridades relevantes.

Para que no quepan dudas, las autoridades fiscales deben tener acceso a todos los contratos dentro del país que sean relevantes para la recaudación de impuestos. En cuanto al convenio de transparencia, estamos hablando de los contratos que forman parte de los documentos auditados sobre ingresos o costos que quedan fuera de la empresa en el país, pero dentro del grupo de la empresa, y las autoridades deben tener acceso a los mismos solicitando una muestra.

6.5 La transparencia en las transacciones: niveles de transparencia

En cuanto a la transparencia en las transacciones, es decir la transparencia de los documentos de la transacción individual (no los contratos), esencialmente existen 3 niveles de transparencia.

El más alto nivel de transparencia es entre la industria y el gobierno. Este nivel es cubierto por la EITI, y esencialmente es la conciliación de impuestos pagados por la industria e impuestos recibidos por el gobierno. Participar en la EITI es algo voluntario y cubre los complejos pagos de impuestos de la industria dentro de un país. EITI capta las consecuencias económicas, de las transacciones de la industria en forma combinada (todas las empresas en el país) y los documentos no son revelados.

El segundo nivel de transparencia es entre la empresa individual y los inversionistas y el público en general. Este nivel es cubierto por el estándar expandido para informes país por país que debe formar parte de la ley promulgada para asegurar que la competencia entre empresas sea justa. Es reportar el pago de impuestos dentro de su contexto natural (inversiones, producción, ingresos, costos, empleados). Los informes expandidos país por país supuestamente deben ser regulados en la ley y cubren todos los pagos de impuestos de las empresas, país por país, presentados en su contexto natural, las cifras claves en los estados financieros. Las consecuencias económicas de dichos impuestos en todo el grupo de la empresa (todas las empresas en el grupo) son reportadas en los informes expandidos país por país. No se revela ninguna documentación.

El nivel de transparencia más profundo es entre la empresa individual como custodian de los ingresos por los recursos naturales, y las autoridades fiscales u otras autoridades relevantes. Este nivel está cubierto por el convenio de transparencia, y se trata de una garantía por parte de la empresa matriz conectada a la "licencia de operación" de asegurar que ninguna transacción será desviada por partes de la estructura de la empresa para luego reclamar la confidencialidad de todos los documentos relacionados con la misma (ingresos o costos) en un país productor. La diferencia entre los demás niveles de transparencia y este es que (1) la transparencia se basa en el muestreo, (2) la documentación es revelada, y (3) la recopilación y

revelación de la documentación se basa en una solicitud por parte de las autoridades fiscales u otras entidades de control y (4) los principios tras el muestreo (cuantas muestras por categoría por año) son acordados en conexión con la Garantía de Transparencia dada o el Convenio de Transparencia acordado por la empresa matriz, y la otorgación de una "licencia de operación".

Surgen seis preguntas:

- 1) Puede la empresa matriz dar la Garantía de Transparencia o celebrar un Convenio de Transparencia a nombre de todas las empresas?

Existen varios motivos por cuales la empresa matriz puede dar una Garantía de Transparencia o celebrar un Convenio de Transparencia a nombre de todas las empresas del grupo:

- La propiedad común otorga a la empresa matriz derechos de propiedad para gestionar la votación en los distintos directores del grupo
- Los gerentes principales en común instalados por los Directorios otorgan a la empresa matriz derechos de gestión para establecer ciertos principios comunes a cuales deben adherirse todas las empresas del grupo
- Los gerentes principales tienen la responsabilidad de asegurar que las operaciones tomen lugar dentro del marco legal bajo el cual opera el grupo. Una licencia de operación que incluye al convenio de transparencia forma parte del marco legal bajo el cual los gerentes deben asegurar que se adhieran todas las operaciones
- Los gerentes de la empresa dentro del país tienen, de manera independiente, la responsabilidad de asegurar, junto con la gerencia principal, que las transacciones que lleven a cabo dentro del grupo sean con empresas que también se adhieren al convenio o a la garantía de transparencia. Es posible que ambos grupos de gerentes, en caso de haber duda, obtengan acuerdos escritos internos para asegurar el cumplimiento con el convenio de transparencia.
- La confidencialidad es voluntaria, lo que significa que la transparencia también es voluntaria. En medida que el convenio o la garantía de transparencia incluyan contratos que son confidenciales de mutuo acuerdo con otros gobiernos, la experiencia nos indica que la mayoría de estos, sino todos, tienen cláusulas declarando que la revelación de datos bajo requisito legal, como una licencia de operación, es aceptable, y que revelarlos a las autoridades fiscales queda extinto en su propio derecho. Este es el caso siempre con contratos o documentos entre socios comerciales.

- 2) Y que hay de los joint ventures?

En caso que la empresa en el país haya sido constituida como joint venture, consistiendo de dos o más propietarios independientes (que no son del mismo grupo), entonces todos los grupos involucrados serían incluidos en la licencia de operación, lo que significa que todos también quedarían incluidos en el convenio o la garantía de transparencia, salvo que una de las partes, el operador, sea la única de las partes que percibirá ingresos y realizará transacciones de costos entre la empresa en cuestión y las empresas en el grupo del operador.

- 3) Cuáles son los principios de muestreo que se deben acordar en el Convenio de Transparencia?

Los principios de muestreo deben ser dinámicos, es decir, que las autoridades fiscales, antes de firmar algún acuerdo (acuerdo o garantía de transparencia vs licencia de operación) debe tener una visión clara del tamaño de muestras que necesitarán, dependiendo de la cantidad de transacciones en cada categoría de muestreo. Los principios de muestreo pueden basarse en medidas estadísticas, pero normalmente es algo que el auditor de la empresa hace, en base al uso de muestras al azar. Las autoridades fiscales podrían usar muestras al azar, pero normalmente las autoridades fiscales estarían interesados en transacciones específicas basadas en una cierta cantidad de criterios de selección como precios estándar (muestras), o precios de

variación (selección), volúmenes estándar (muestras) o volúmenes de variación (selección), clientes estándar (muestras o selección) no estándar (selección), etc. Cuando se les permite obtener muestras, es importante que TODOS los documentos relacionados con la transacción sean liberados, incluyendo documentos internos (convenios, documentos sobre transacciones, documentos de respaldo como memorándum, documentos de comunicación como correos electrónicos, etc.). Esto se debe a que estamos hablando de transacciones internas sin elementos de negociación en el sentido tradicional.

4) Hasta qué punto debe la empresa cumplir (ref. White Paper No. 25 (2012-2013))?

La obligación de revelar información únicamente procede dentro del tamaño de muestras acordado de antemano en el Convenio de Transparencia. Esto es para proteger a la empresa contra solicitudes y tamaños de muestras arbitrarios, y para asegurar la previsibilidad para ambas partes. Los tamaños de las muestras deben ajustarse a medidas estandarizadas en base al tamaño del negocio, algo que las autoridades fiscales predeterminan para todos y cada uno de los Convenios de Transparencia emitidos. En el Convenio de Transparencia se debe reservar el derecho de modificar el tamaño de las muestras si la metodología de las autoridades fiscales cambia, pero en ese caso todos los Convenios de Transparencia serían modificados a la vez para evitar que diferentes empresas sean tratadas de distintas maneras.

La obligación de revelar información únicamente procede hasta la primera transacción con un tercero que no forma parte del grupo, salvo, para propósitos de conveniencia, que haya ventas comparables, y en ese caso el producto comparable es vendido al primer tercero.

5) Hasta donde llegan las sanciones si la información no es entregada (ref. White Paper No. 25 (2012-2013))?

Violar el convenio de transparencia debería resultar en sanciones si la empresa tiene acceso a la información solicitada. Las sanciones deben ser proporcionales, y podrían ser legales, en base a procedimientos arbitrales que no involucran jurisdicciones secretas. En casos extremos, una posible violación del convenio de transparencia podría incluir la revocación de la licencia de extracción (licencia de operación).

Los casos extremos se relacionan únicamente con el tiempo que transcurre previo a la entrega de la documentación solicitada. El Convenio de Transparencia ya incluye el tamaño de las muestras e indica que TODA la documentación relacionada con dichas muestras debe ser entregada a las autoridades relevantes para asegurar que las autoridades entiendan la transacción correctamente. La materialidad no es relevante ya que toda la documentación sobre las transacciones en la muestra debe ser entregada, sin excepciones (cualquier otra cosa permitiría que la empresa no entregue la documentación de algunas transacciones sobre las cuales las autoridades fiscales u otras desean información).

La sanción definitiva es la revocación de la licencia de operación. El hecho de violar la transparencia, en este caso, debe haber ocurrido durante un tiempo prolongado y de manera muy seria. Antes de aplicar esta sanción tan seria, se debe tomar pasos en la sanción que sean predecibles con sanciones proporcionales. Algunos ejemplos:

- Un período razonable para que la empresa produzca la documentación: 4 semanas
- Atrasos en la entrega: una carta advirtiendo que dentro de 1 mes, se aplicará una multa
- Atrasos luego de 1 mes: las multas diarias empiezan a ser aplicadas, y estas se incrementan con cada mes que no se entrega los documentos
- Atrasos luego de 3 meses: una carta advirtiendo que en 3 meses más se aplicará un embargo a las exportaciones. El embargo a las exportaciones puede ser anulado por la empresa si toma acciones legales y puede probar que (1) la documentación no existe y

ofrece las razones o (2) la empresa no tiene acceso a la información o (3) la transgresión de no producir la documentación es menor (una evaluación de los máximos impactos indica que la evaluación potencial es menos del X% (una cifra de un solo dígito, por ejemplo 1 o 2% de los impuestos calculados en base a la declaración de impuestos) o (4) las autoridades excedieron el tamaño de muestreo acordado.

- Atrasos luego de 6 meses: se aplica el embargo a las exportaciones, si el mismo no ha sido frenado por alguna acción legal. Se envía una carta de advertencia indicando que dentro de 6 meses más, se iniciará el proceso necesario para revocar la licencia de operación.

- Luego de 1 año de atraso: se inicia el proceso para revocar la licencia de operación. Los pasos a tomar en este proceso dependerán del sistema legal del país. Revocar la licencia de operación puede incluir la expropiación, la venta forzada de los activos a nombre de la empresa, o pedir que la empresa misma venda sus operaciones de manera confidencial (para no impactar los precios), o la transferencia forzada a otro operador con o sin compensación alguna (dependiendo de la seriedad de la transgresión). Las utilidades de toda venta de activos son imponibles dentro del país sin importar cuales sean las demás reglas sobre los impuestos de las ganancias de capital en el país.

Estos son ejemplos de acciones que se pueden tomar. Sin embargo, el cronograma ha sido considerado con respeto a una ponderación de la habilidad de la empresa de proveer la documentación y proteger a la empresa a corto plazo versus la necesidad de las autoridades fiscales (y del país) de resolver estos asuntos a largo plazo.

6) Que sucede si se descubre discrepancias en la documentación revelada que conllevan a una evaluación?

Es práctica común poder incrementar el tamaño de las muestras si se descubre desviaciones que tengan impactos materiales sobre los resultados de las primeras muestras. Es necesario acordar los procedimientos de antemano en el contrato del Convenio de Transparencia.

Las respuestas a las seis previas preguntas demuestran claramente que es posible:

- que una empresa celebre un Convenio de Transparencia con un gobierno a cambio de una licencia de operación
- encontrar equilibrio entre los riesgos que asumen la empresa y las autoridades fiscales (u otras instituciones de control), y
- Hacer que un Convenio de Transparencia sea predecible y legalmente verificable.

Este informe destaca las oportunidades y los beneficios para el país que desea hacer uso del Convenio de Transparencia, y también explora los asuntos y las amenazas a la empresa que celebra un Convenio de Transparencia (en este capítulo y en el capítulo 8, líneas abajo).

6.6 Como se puede implementar un Convenio de Transparencia?

6.6.1 Introducción

Un convenio de transparencia debería aplicarse igualmente a todas las empresas. Depende de cada país individualmente evaluar si desean hacerlo mediante un acuerdo modelo o su marco legal. El propósito del convenio de transparencia sufre si es convertido en algo negociable entre las autoridades y las empresas individuales, resultando en demandas por transparencia de distintas empresas. La intención es crear una competencia más justa, no hacer lo opuesto.

6.6.2 Requisitos para la implementación

Todos los países pueden introducir un Convenio de Transparencia, ya que es algo negociado con cada empresa.

No todos los países están preparados para introducir una Garantía de Transparencia inmediatamente. Esto se debe a que las condiciones son distintas en cada país. En este documento, describimos algunos de los requisitos para la implementación de una Garantía de Transparencia:

1) Entender a las empresas de E&P (Exploración y Producción)

Muchos países son demasiado tolerantes con las empresas de las industrias extractivas, particularmente las mineras. Tasas impositivas marginales por debajo del 50% sobre la extracción de recursos naturales probablemente sean demasiado bajas. Por otra parte, existen países cuyas demandas son demasiado altas si uno desea optimizar el desarrollo de sus recursos. Tasas impositivas marginales por encima del 80% probablemente sean muy altas.

Es necesario que los gobiernos entiendan mejor las prioridades cuando buscan atraer, negociar o tratar con las empresas de las industrias extractivas. Los gobiernos necesitan entender que cuando una empresa toma parte en las negociaciones para ingresar en un país, ya han evaluado al país y han determinado que es un candidato viable. Lo que los gobiernos necesitan hacer es crear condiciones de igualdad bajo las cuales distintas empresas pueden ingresar en el país. Si los términos son negociables, (el tamaño de las muestras, no la transparencia misma) entonces cada una de las empresas negociará lo más que pueda para asegurar que la competencia no logre obtener mejores condiciones que ellas.

Las empresas serán más propensas a aceptar si el convenio de transparencia es demandada de todas las empresas. Si la transparencia misma es negociable, entonces todas las empresas intentarán negociar hasta eliminarla por completo. En las culturas en cuales la negociación es común, se entenderá esto como un intento por parte de las empresas de no firmar un convenio de transparencia. Sin embargo, lo que realmente significa es que las empresas están tratando de negociar para sí mismas la mejor posición posible. Si se permite que algo sea negociable, se debe esperar entonces que las empresas negocien. Sin embargo, las mejores de las empresas se benefician si todas las empresas, tanto las buenas como las peores, operen bajo los mismos términos no negociables.

2) Prospectividad geológica

La única razón que una empresa de la industria extractiva desea ingresar a un país es para incrementar sus utilidades. Lo hace solamente en medida que pueda descubrir grandes cantidades de recursos comerciales. Cuando una empresa desarrolla recursos más pequeños, en realidad lo que está haciendo es recuperar los costos de exploración en cuales ha incurrido mientras buscaba depósitos más grandes, ya que los yacimientos grandes son muy pocos. No hay motivo para ocultar que lo que las empresas quieren es encontrar grandes depósitos. Un país con grandes estructuras geológicas que podrían contener grandes cantidades de depósitos, es un país de alta prospectividad geológica. Si un país sabe que es de alta prospectividad geológica, entonces se encuentra en posición para introducir una garantía de transparencia. La alta prospectividad (lo que se traduce en ser altamente "atractivo") es un requisito para los países que quieren estar entre los primeros que introduzcan la garantía de transparencia.

Una alternativa a la alta prospectividad es tener el respaldo de otros países. Véase el punto 4) líneas abajo.

3) Principios claros, consistentes, y bien comunicados

Definitivamente, uno de los requisitos para introducir la garantía de transparencia es que los términos sean muy claros y no ambiguos. Los términos deben ser aplicados de manera consistente a todas las empresas y deben ser comunicados antes de las rondas de licitación para licencias de operación. Esto significa que deben formar parte del marco legal o ser una parte no negociable del acuerdo modelo.

4) El respaldo de otros países

Una alternativa a la alta prospectividad geológica es cuando un grupo de países introduce una garantía de transparencia de manera simultánea. Esto efectivamente reduce la habilidad de las empresas de irse en busca de oportunidades en diferentes países. Un ejemplo de esto es África. África es un continente altamente prospectivo. Sin embargo, no todos los países son de alta prospectividad. Una de las soluciones podría ser discutir y acordar una garantía de transparencia en la Unión Africana, y que todos los países en África implementen la garantía de transparencia de manera simultánea, en lo posible. Cualquier empresa de las industrias extractivas que desee tener acceso a los recursos en África se enfrentaría con la misma demanda en cualquier país, y los países de África tendrían más control sobre sus propios recursos.

Sin embargo, no es necesario que esto ocurra en grandes grupos de países como es la Unión Africana. Sería suficiente que algunos países vecinos que ya han formado alianzas lo hagan. Por ejemplo, una organización de largo trayecto como es la SADC, por ejemplo, sería suficiente. A nivel de cada país individual, esto funcionaría de la misma manera, por ejemplo, si Sudáfrica demandase una garantía de transparencia de las empresas mineras de oro porque Sudáfrica tiene alta prospectividad en oro. No funcionaría si Sudáfrica demandase una garantía de transparencia para el petróleo y gas, ya que Sudáfrica no es considerado un país de alta prospectividad en petróleo y gas. Si Sudáfrica desease una garantía de transparencia para petróleo y gas, entonces tendría que buscar el respaldo de otros países.

6.6.3 Implementación

Un convenio de transparencia podría ser implementado fácilmente país por país, cada país tomando su propia decisión. Sin embargo, una solución probablemente sería introducirlo:

- de manera unilateral por parte de los países altamente prospectivos
- de manera multilateral por parte de un grupo de países medianamente prospectivos
- de manera unida mediante una organización común por parte de países con prospectividad variada o baja
- asociando a un país con una convención desarrollada por medio de organizaciones internacionales.

El objetivo es implementar un convenio de transparencia simultáneamente con la licencia de operación. Por tanto las empresas no podrían obtener una licencia para operar salvo que acepten el convenio de transparencia al mismo tiempo. Esto aseguraría que las empresas no dispuestas a ser transparentes sobre sus operaciones con el gobierno no ingresen al país, y funcionaría como una herramienta de filtración entre empresas buenas y malas. Un convenio de transparencia debe ser restringido a muestras, sin embargo, ya que podría ser una carga muy pesada si el convenio de transparencia cubriese todas las transacciones. Se debe tomar muestras en base a la estadística o en ciertos criterios selectos. Únicamente en medida que se haya cometido errores sería relevante tomar una muestra extendida, o si la población es pequeña, solicitar documentos sobre la población entera. Nosotros, sin embargo, enfatizaremos que el objetivo principal es tener acceso a toda la información disponible y necesaria, no tener acceso a una cantidad de documentos limitada.

7. Cuáles podrían ser algunas de las consecuencias positivas y negativas?

7.1 Beneficios

Hemos listado diez argumentos que mencionan el propósito y los beneficios de un convenio de transparencia. De manera más detallada, existen algunos beneficios asociados con el convenio o la garantía de transparencia:

- El propósito del convenio de transparencia es asegurar que los documentos relevantes para el desarrollo y el gobierno de un país puedan ser accedidas en forma de documentos de caso, y que cualquier disputa potencial sea acerca de la interpretación de los documentos, no sobre la obtención de los mismos. Esto es lo principal de un convenio o una garantía de transparencia. Actualmente, los países no pueden acceder a los documentos de otras partes de un grupo que opera dentro del país, o toma mucho tiempo y procesos legales costosos accede a los mismos. Sin embargo, es un gasto de dinero y sistemas legales. Cualquier controversia debería ser sobre cómo interpretar la documentación, no sobre cuáles de los documentos serán puestos a disposición de la empresa y cuales a disposición del gobierno. Si una disputa surge de todas formas sobre la entrega de un documento, esto debe ser decididos por medio del arbitraje. El principio clave es que cuando la declaración de impuestos de una empresa está siendo evaluada por las autoridades fiscales, éstas ha de haber tenido por lo menos la posibilidad de tomar muestras de la documentación a lo largo de todo el flujo de ingresos hasta llegar a un comprador tercero y para costos hasta llegar a un vendedor tercero. Solamente entonces pueden las autoridades fiscales y la empresa interpretar un conjunto de documentos en común recopilado bajo una evaluación de la declaración de la empresa en el país. Actualmente las empresas de las industrias extractivas usan mecanismos de reserva para obstaculizar el conocimiento sobre sus ingresos y costos a terceros, un concepto absurdo ya que son las autoridades fiscales quienes son responsables, junto con la empresa, de asegurar que se haga una evaluación de los ingresos, costos y utilidades de la empresa y determinar si son correctos.
- Un convenio de transparencia permite tomar una posición sólida y clara de promover a "las mejores empresas" en detrimento de "las peores empresas". Por tanto, cuando los países anfitriones anuncia nuevas concesiones de petróleo, deben declarar claramente que firmar un convenio de transparencia es un elemento importante al momento de tomar una decisión final acerca de las empresas que gozarán de preferencia. Las peores empresas son aquellas que no tienen ninguna intención de cumplir con las leyes del país y que usan todos los trucos que conocen para reducir sus ingresos e incrementar sus costos dentro del país anfitrión, trasladando así las utilidades de manera transfronteriza previo al pago de impuestos, y generalmente hacia un paraíso fiscal donde no pagarán impuestos. Las empresas de este tipo normalmente no pagan gran cantidad de impuestos en el país anfitrión sin importar cuales son los precios del producto. Se debe a que existe una abundancia de técnicas para evadir impuestos, tantos que las empresas esencialmente no necesitan pagar más impuestos de los que desean si tienen poca o no tienen ninguna voluntad de pagar impuestos. Normalmente este tipo de empresa paga algunos impuestos para evitar despertar sospechas. Los países normalmente no descubren esto hasta el momento en que la empresa llega al

punto de reembolso, es decir, cuando las inversiones han sido pagadas y normalmente empezarían a registrar altas utilidades. Muchas empresas nunca llegan a esta etapa ya que no tienen ningún plan de pagar impuestos. Esto podría ser entre 5 y 10 años, y mientras tanto ya produjeron la mayoría de los recursos. Si está en el país "indicado", una empresa puede, al llegar a ese punto, vender sus activos y recursos a otra empresa, y despedirse sin pagar impuestos sobre las utilidades a las transacciones salvo que el país tenga leyes de ganancias ganadas muy sofisticadas. Algunos de los recursos naturales del mundo terminan formando parte de la historia en esta manera. Al introducir un convenio o una garantía de transparencia, efectivamente se filtran a las peores empresas y no llegan a competir, dejando que las empresas que tienen mejores intenciones para los recursos y para el país, se queden. Es un mecanismo que efectivamente precalifica a las empresas para determinar si podrán ingresar al país o no. La precalificación, aunque sin convenios de transparencia, ya es usada en muchos países, y el convenio de transparencia sería tan solo un elemento más que forma parte de dicha precalificación.

- Un convenio de transparencia causará que las empresas actúen de manera más transparente en los países anfitriones; hará que los gobiernos actúen de manera más transparente ante sus ciudadanos. Si una empresa elige no ser transparente, esto revelará mucho. Significa que la empresa jamás tuvo buenas intenciones cuando se aproximó al país en primer lugar (o teme ser discriminada si el convenio o la garantía de transparencia es negociable).
- Un convenio de transparencia puede reducir el riesgo de reserva, lo que permite la corrupción y la mala gestión. Por lo general, las personas que redactan las leyes no son las mismas que negocian con las empresas de las industrias extractivas. Un convenio de transparencia a cambio de una licencia de operación es un buen instrumento de gobernanza puesto que las autoridades fiscales que regulan limitarán el ingreso de las peores empresas y los equipos de negociación corruptos en detrimento al país.
- Un convenio de transparencia puede reducir el poder de los "facilitadores" que facilitan la reserva. No es secreto que existe toda una industria que consiste de abogados, auditores, e instituciones financieras asociadas con buscar las más mínimas tasas impositivas, sea en estructuras corporativas incluyendo paraísos fiscales, en los precios de transferencia incluyendo elementos ficticios y sobrevaloración de precios en derivados para transferir las utilidades hacia otro país, en contratos mark-to-market (ajustar los precios al valor del mercado) que trasladan las utilidades a otros lugares, etc. Crear un espacio de competencia justa es un elemento vital para asegurar que todas las empresas sean tratadas de manera equitativa, y que todas las empresas puedan cumplir con las mismas reglas, sin importar como estén organizadas. El convenio de transparencia es una de las mejores maneras de garantizar que esto suceda.

7.2 Amenazas

Un convenio de transparencia obviamente puede reducir el deseo de algunas empresas de invertir en el país, y esto eliminaría a ciertos tipos de empresas, evitando que no ingresen al país. Sin embargo, esto también es un beneficio, ya que no se puede determinar con certeza que el gobierno percibiría sustanciales ingresos por impuestos de este tipo de empresa. Eliminar a estas empresas puede ser un beneficio para incrementar los ingresos del país en cuestión. Sin embargo, significa que algunos países tendrán que buscar mejores empresas. Para los países con poca prospectividad, esto podría marcar la diferencia entre descubrir los recursos en primer lugar, o no descubrirlo. Los países con baja prospectividad por tanto no pueden introducir un convenio o una garantía de transparencia antes de que otros países de alta prospectividad lo hayan hecho (pero aún puede usar el convenio de transparencia).

Al inicio, este instrumento es para los países de alta prospectividad o grupos de países interesados en introducir el convenio de transparencia para el mismo producto.

Una de las amenazas obvias es el cabildeo. Muchas de las peores empresas intentarán utilizar a las organizaciones de su industria para asegurar que alguien trabaje para que no se introduzca los convenios y las garantías de transparencia en los países. El cabildeo en contra de este tipo de mecanismo es de esperarse. Sin embargo, el cabildeo normalmente significa o que algo está funcionando bien (y que tendrá consecuencias para algunas empresas) o que es un mecanismo excesivo (tendrá un impacto negativo en todas las empresas). Un ejemplo de un mecanismo excesivo sería si se fija una tasa impositiva muy alta. Esto es algo que podría tener impactos negativos y significar que algunos yacimientos no sean desarrollados bajo los actuales precios esperados. El convenio de transparencia no es un mecanismo tan excesivo ya que su objetivo es eliminar únicamente a las empresas que no tienen ninguna o tienen poca intención de crear operaciones costo-eficientes que generen impuestos al interior del país anfitrión. Si el convenio de transparencia llega a ser uno de los mecanismos recomendados en el programa Oil for Development (Petróleo para el Desarrollo) en Noruega, significa que los países que lo introduzcan tendrán el respaldo de por lo menos un país más que está usando el mecanismo del convenio de transparencia también.

8. Como se puede presentar la iniciativa de manera resuelta?

Ya que no todos los países son de alta prospectividad, una iniciativa de Garantía de Transparencia tendría que ser adoptada de manera unilateral por uno o más países de alta prospectividad o por un grupo de países para el mismo producto o todos o suficientes países ricos en recursos, bajo algún tipo de convención para todos los tipos de productos. Sería más fácil introducir una iniciativa para un Convenio de Transparencia.

Lo más fácil sería que un grupo de países, por ejemplo con el respaldo del programa noruego Oil for Development (es así que se introdujo la iniciativa en Noruega), introduzca el Convenio de Transparencia. El acuerdo para un convenio de transparencia probablemente tendría que ser presentado en varios foros sobre la gestión de impuestos para ganar el apoyo de varias autoridades fiscales quienes indicarían que es un mecanismo que les serviría como herramienta eficaz y que reduciría los costos de los procesos de evaluar a las empresas de las industrias extractivas.

Una manera de presentarla sería convertirla en el sexto elemento del Task Force on Financial Integrity and Economic Development, la iniciativa originalmente lanzada por Noruega. Los informes expandidos país por país y el convenio o la garantía de transparencia son iniciativas muy compatibles. Los informes expandidos país por país promueven a las buenas empresas en la perspectiva de los inversionistas que buscan invertir su dinero en las industrias extractivas, mientras que un convenio de transparencia puede asegurar que las peores empresas no puedan acceder a los recursos naturales no renovables.

Una manera de lograr el respaldo para la iniciativa sería crear una gira y presentarla a una gran cantidad de las principales organizaciones de la sociedad civil para crear conciencia sobre la iniciativa y asegurar que tenga respaldo entorno a las mismas iniciativas, en lugar de otras que surjan de distintas organizaciones, es decir, que la sociedad hable con un sola voz con respecto a esto.

9. En qué medida puede el convenio de transparencia proveer acceso a información a la cual de otra manera no se tendría acceso?

Las autoridades fiscales, bajo sus propios reglamentos, típicamente tienen acceso a los contratos y a los documentos sobre transacciones cubiertas por su propia jurisdicción. Normalmente tienen que solicitar, pero sin poder esperar que reciban, contratos y documentos producidos fuera del país para otros entes legales dentro del grupo de la empresa. El convenio de transparencia asegura que un grupo de empresas, antes de obtener una licencia de operación, garantice que ellas entregarán dichos contratos y documentos sobre transacciones sin retrasos cuando las autoridades fiscales envíen una solicitud (en base a muestras).

Actualmente las autoridades fiscales están gastando grandes cantidades de dinero para buscar información de otros países, particularmente los paraísos fiscales, o simplemente no hacen el esfuerzo porque no lo priorizan debido a sus evaluaciones de los costos y beneficios. Si eligen iniciar procesos, esperan tener que gastar mucho tiempo y dinero buscando la información. Esto puede durar años. El caso Anders Jahre duró 30 años antes de ser resuelto incluyendo todas las rondas dentro del sistema judicial. Muchos países no tienen la paciencia ni los recursos para iniciar procesos tan largos con resultados inciertos. Estos países necesitan mecanismos más directos, menos costosos, y más eficientes para recopilar la información que necesitan y formar opiniones acertadas sobre la integridad de las declaraciones de impuestos entregadas por las empresas.

10. Cuales son algunas de las consideraciones legales

En qué medida puede un país imponer sanciones?

Debido a que el convenio de transparencia está conectado con la licencia de operación, la consecuencia legal definitiva por no cumplir con el convenio de transparencia sería quitarles la licencia de operación. Sin embargo, sería necesario tomar ciertos pasos y seguir algunos procedimientos antes de llegar a ese punto. Cada país, dentro de su sistema y marco legal, tendría que decidir cuáles serían esos pasos. En el capítulo 6.5 numeral 5) se puede ver un ejemplo.

En qué medida tiene una empresa la obligación de entregar información?

Empresa se define como la empresa operadora dentro del país en cuestión, y todas las empresas afiliadas a ella, hasta e incluyendo a la empresa matriz. En medida que sea un joint venture, los subsidiarios incluirían a todas aquellas empresas de los grupos participantes que influyen en los ingresos y costos. La obligación de la empresa es entregar TODA la información sobre ciertas transacciones SELECTAS (muestras) por todo el flujo de documentos y contratos entre ellas y un tercero que no forma parte del grupo de la empresa e incluso hasta la empresa en el país de origen.

Cuál es la obligación de una empresa de entregar información que sea parte de la corporación pero que opera fuera de la jurisdicción en el país de origen?

El convenio de transparencia es dado conjuntamente por la empresa operadora a su empresa matriz inmediata y por último a la empresa matriz principal. Un convenio de transparencia incluye una garantía que ninguna transacción fluirá por medio de empresas que no cumplan con el convenio de transparencia. Por tanto, la obligación de cualquier empresa que participe en el flujo de ingresos o de costos deberá entregar la documentación necesaria sobre contratos o transacciones cuando sea instruida a hacerlo. Las empresas normalmente ya han organizado esto desde un punto central, por ejemplo, el lugar en cual el producto es vendido y sale del grupo (una empresa o división de trading) o una unidad de adquisiciones centralizada.

Anexo 1: Ejemplo de cómo se podría diseñar un Convenio de Transparencia.

La premisa básica de un convenio de transparencia es que una empresa que ha sido OTORGADA el derecho de extraer recursos naturales de un país A CAMBIO debe asegurar que las autoridades gubernamentales puedan extraer la documentación necesaria para evaluar correctamente las transacciones de ingresos y costos para propósitos de impuestos, y además que puedan asegurar que todas las demás obligaciones de la empresa (ambientales, éticas, etc.) sean cumplidas. El Convenio de Transparencia puede asegurar que los recursos legales y el dinero no sean usados para DOCUMENTAR ingresos y cosas, sino para INTERPRETAR los documentos mismos.

Una de las partes vitales del convenio de transparencia es proteger al tipo de empresa que los países desean atraer. Sin embargo, las empresas también se benefician de un convenio de transparencia:

- Reducirá el “descenso” y protegerá a las empresas que no quieren ‘jugar sucio’
- Mejorará la confianza de los inversionistas en las empresas cuando las empresas celebren convenios de transparencia con los gobiernos, ya que probablemente reducirá los conflictos que tengan con los gobiernos.
- Abre la posibilidad del desarrollo positivo y a largo plazo en los países, y ofrece a las empresas un marco de condiciones más estable

CONVENIO DE TRANSPARENCIA – BORRADOR DE TÉRMINOS

ARTICULO X CONVENIO DE TRANSPARENCIA

Artículo X.1 DEFINICIONES

Artículo X.1.1

“toda la información necesaria” se refiere a todos los contratos, todos los documentos, y todos los materiales que sean necesarios para explicar las transacciones, sean estos producidos de manera física o electrónica, y sean estos producidos dentro o fuera del país, para el propósito de

- reconocer los ingresos de las actividades petroleras o
- aceptar un costo relacionado con las actividades petroleras en el país

“toda la información relevante” incluye, pero no se limita a, los siguientes documentos, además de los documentos básicos:

- documentos back-to-back (una detrás de otra) que lógicamente conectan dos o más transacciones; algunos ejemplos incluyen, pero no se limitan a:
 - una serie de ventas internas individuales
 - una venta (o serie de ventas) y acuerdos derivados que lógicamente están vinculados on la venta (o serie de ventas) siempre que las ganancias o pérdidas derivadas formen parte de la base imponible de la empresa en [el país],
 - una serie de transacciones de costos en cuales se agrega un incremento al costo básico antes que el costo haya sido aceptado como costo deducible en [el país],

- documentos preparatorios que explican el propósito de la transacción, incluyendo las minutas de reuniones relevantes, por este incluye minutas de reuniones del Directorio y protocolos relevantes de la Asamblea General,
- documentos de complemento que explican el tratamiento, para propósitos contables, en casos cuando la contabilidad rige sobre el tratamiento de impuestos o que explican el tratamiento para propósitos de impuestos en cuales el tratamiento del impuesto es regido por reglas separadas, incluyendo las declaraciones del auditor, cartas, y solicitudes de la empresa al auditor de compartir sus documentos de trabajo con la parte que los solicita en [el país].

Artículo X.1.2

“documentos back-to-back” se refiere a documentos que forman el final de una cadena de transacciones y el inicio de la siguiente cadena de transacciones, en cual la cadena de transacciones forma una serie de transacciones que deben ser vistas en su totalidad para poder entender el valor real de los ingresos generados en base a la producción de petróleo en el país, o la estructura de costos de un costo aceptado para producir petróleo en [el país].

Artículo X.1.3

“empresa” significa una empresa registrada o incorporada bajo las [leyes relevantes] de [el país], e incluye a cualquier empresa afiliada según las definiciones este [artículo].

Artículo X.1.4

“garantía” significa que la empresa entregará la información solicitada de manera física o electrónica en [el país] o que cubrirá los gastos de viaje necesarios para un viaje para que un conjunto de inspectores pueda revisar los materiales fuera de [el país].

“Garantía/Convenio” además significa que la empresa no tomará ninguna acción legal para prevenir la liberación de la información, y que no invocará leyes de reserva en ninguna nación para intentar prevenir el cumplimiento con esta garantía.

Artículo X.1.5

“transacción indirecta” significa una participación en los ingresos o costos basados en una combinación de traducciones subyacentes y la asignación de ingresos combinados o costos combinados en el fondo combinado para separar a las entidades dentro del grupo.

Artículo X.1.6

Punto de salida “legítimo” es la ÚLTIMA transacción externa que genera ingresos (si ha habido más de 1 en conexión con la venta de los bienes o servicios involucrados)

Punto de ingreso “legítimo” es la PRIMERA transacción externa que genera costos (si ha habido más de 1 en conexión con la venta de los bienes o servicios involucrados)

Artículo X.1.7

“autoridades reconocidas” significa, para los propósitos de evaluar los documentos, las siguientes instituciones gubernamentales en [el país]:

- Institución Principal
- Autoridades de la Hacienda Pública
- Instituciones Secundarias
- Banco Nacional
- Ministerio de Recursos Naturales
- Ministerio de Finanzas
- Unidad contra Crímenes Económicos

Las instituciones gubernamentales pueden ser enmendadas mediante una notificación previa enviada a la empresa 6 meses antes de la enmienda.

Artículo X.1.8

“solicitado” significa que una solicitud por escrito ha sido entregada a la dirección registrada de la empresa en [el país]. Es responsabilidad de la empresa asegurar que la solicitud sea recibida por una persona autorizada en la empresa, sin retrasos.

Artículo X.1.9

“sin retrasos indebidos” significa que la empresa entregará la información solicitada dentro de 4 semanas de la solicitud, luego de lo cual se aplicará penalidades por día, salvo que la empresa haya solicitado y haya sido otorgada una extensión.

Artículo X.2 CONVENIO DE TRANSPARENCIA

A la Empresa se le ha otorgado el derecho de extraer recursos petroleros bajo este Convenio. A cambio, la Empresa garantiza que entregará y proveerá acceso a toda la información necesaria que sea solicitada por una autoridad reconocida en [el país] para propósitos de evaluar las utilidades y pérdidas para propósitos de impuestos, o para asegurar el cumplimiento con otras reglas y reglamentos sin retrasos indebidos.

Artículo X.3 PROPÓSITO Y ACCESO

El propósito del convenio de transparencia es obtener la información necesaria para que el estado involucrado pueda acceder a la documentación sobre cualquier ingreso, transacción de costos, o cualquier obligación legal que proceda de leyes o reglamentos relevantes en [el país]. Por tanto la empresa garantiza:

- (I) el acceso, en base a muestras según lo definido en el artículo X.6, a todo el flujo de auditoría desde el estado fuente y todos los documentos, incluyendo documentos back-to-back, hasta que exista una fuente de salida legítima o fuente de ingreso legítima de los costos.
- (II) el acceso a los estados financieros para todas las partes internas involucradas en el flujo de la transacción
- (III) el acceso a la lista de propietarios en cualquiera de, y todas las entidades, sean consolidadas o no, incluyendo fideicomisarios y beneficiarios.

Artículo X.4 TRANSACCIONES INDIRECTAS

En medida que no exista una transacción directa, el estado necesita poder acceder a la proporción del costo (o ingreso) relativa que ha sido asignada al estado comparable con la proporción del mismo costo (o ingreso) que ha sido asignada a otros estados, estado por estado.

La información sobre los costos (o ingresos) indirectos debe ser respaldada por los principios usados para asignar los ingresos o distribuir los costos.

Las transacciones indirectas incluyen, pero no se limitan a:

- (a) La asignación de gastos generales
- (b) Costos de comercialización
- (c) Costos de la tecnología
- (d) Servicios financieros
- (e) Servicios de empresas de seguros
- (f) Costos de la marca y patentes
- (g) Costos asignados a la Investigación y el Desarrollo
- (h) Servicios de adquisición y compras
- (i) Servicios de distribución
- (j) Servicios de contratación de personal

Artículo X.5 CONFIRMACIÓN DEL AUDITOR

El auditor externo de las cuentas del grupo deberá, al recibir una solicitud, emitir o confirmar que

- (I) los estados financieros revelados al estados son los mismos estados financieros que ingresaron en los estados financieros consolidados del grupo
- (II) la información entregada sobre transacciones internas se conforma con las eliminaciones en el proceso de consolidación del grupo
- (III) las transacciones indirectas representan el valor total de los ingresos o el valor total de los costos

Artículo X.6 FORMA DE SOLICITUD Y RESPUESTA (considerar mover esto a un anexo y expandirlo)

Una solicitud puede ser enviada por escrito a la dirección registrada de la empresa de la siguiente manera:

- (I.a) identificación del documento fuente que forma la base para la solicitud, o
- (I.b) identificación de la transacción que forma la base para la solicitud
- (II) el nivel de la documentación requerida
 - (a) El flujo de auditoría de los documentos directos, contratos y estados financieros únicamente. La solicitud debe ser en base a una muestra en cual la población es lo suficientemente grande y los términos son lo suficientemente estandarizados. Es la parte solicitante quien decide sobre el tamaño de la muestra, pero debe conversar con la empresa antes de solicitar más de 10 flujos de auditoría de la misma población. Un ejemplo de lo que sería la misma población podrían ser: 10 flujos de auditoría idénticos para transacciones de venta del mismo vendedor mediante los mismos canales al mismo comprador.
 - (b) El ítem (II.a) líneas arriba y adicionalmente, los documentos back-to-back según la definición de los mismos en el artículo X.1.1 (a). Las solicitudes deben hacerse en base a muestras en línea con el punto (II.a) líneas arriba.
 - (c) Los ítem (II.a) y (II.b) líneas arriba y adicionalmente, la preparatoria de los documentos según lo definido en el artículo X.1.1 (b) y/o documentos complementarios según lo definido en el artículo X.1.1. 9c). Las solicitudes deben limitarse a una cantidad mínima de transacciones. La información sobre transacciones grandes e infrecuentes con relación al tamaño de los negocios mensuales normales siempre puede ser solicitada en medida que las autoridades solicitantes así determinen.

Artículo X.7 EL DERECHO A LA INSPECCIÓN (revisar el derecho a la inspección en las cláusulas de auditoría)

El estado involucrado tiene el derecho de visitar e inspeccionar, por sí solo o mediante un tercero, todas las instalaciones involucradas en el flujo de auditoría para controlar la información dada con relación a costos (o ingresos) directos e indirectos.

El derecho a la inspección se aplica cualquiera que sea el privilegio legal o la legislación sobre reserva en cualquier jurisdicción, siempre y cuando la inspección sea necesaria para acceder a la información entregada al estado. La empresa se compromete a ayudar al estado y a proveer el personal calificado que sea capaz de hacer cumplir con la obligación de proveer la información requerida.

Artículo X.8 INCUMPLIMIENTO

Para los propósitos del artículo X: si la empresa no cumple con sus obligaciones de transparencia, el estado involucrado tendrá el derecho de iniciar un proceso para dar por finalizado el convenio de extracción con la empresa:

- (I) Luego de 4 semanas, o en una fecha más a futuro hasta la cual la empresa ha sido otorgada una extensión por escrito, habrá penalidades calculadas por día de USD1000, incrementándose las mismas por USD1000 por cada semana que no se entrega los documentos. Un (1) año será el tiempo luego del cual se dará por incumplido el convenio, y el proceso procederá al siguiente paso (II).
- (II) De no entregar los documentos según el punto X.8(I) líneas arriba, el estado podrá anular el convenio con una notificación con 6 meses de anticipación. La empresa puede anular dicha notificación si entrega los materiales solicitados dentro de ese período de 6 meses, salvo que la empresa ya haya incumplido con la entrega de documentos 2 (dos) previas veces, según el punto X.8 (I) y bajo esas circunstancias la empresa pierde el derecho de anular la notificación con una tercera entrega. Incumplir con el aviso de 6 meses causará que el proceso proceda al siguiente paso (III).
- (III) De no entregar los documentos según el punto X.8(II) líneas arriba:
 - (i) los recursos serán revertidos al gobierno sin compensación,
 - (ii) la infraestructura asociada con los recursos podrá ser subastada en el mercado abierto, y la empresa recibirá una porción de lo recaudado, limitándose esta porción al valor impositivo restante del activo o a las pérdidas restantes llevadas adelante, cualquiera que sea la cantidad más grande. Cualquier valor por encima de esta proporción, será revertida al gobierno de [el país] por defecto. El comprador podrá deducir el precio de compra como el nuevo valor de sus activos.

PWYP NORUEGA ESTÁ REVELANDO LA CORRUPCIÓN Y FUGA DE CAPITAL EN LAS INDUSTRIAS EXTRACTIVAS

TRABAJAMOS PARA QUE LA TRANSPARENCIA SEA POSIBLE

Ustedes nos pueden ayudar a detener la evasión de impuestos en estas industrias, enviándonos mensajes de texto:

Envíe su mensaje al **09316** con este texto:

PWYPNORWAY seguido por "el monto que desea donar"

Por ejemplo: pwypnorway 500

(Para donaciones en NOK. Los usuarios extranjeros deben enviar su mensaje al: +47 417 16 016)

 @PWYPNorway  facebook.com/PWYPNorway  PublishWhatYouPay Norway

PWYP Noruega es el capítulo noruego de una red de más de 800 organizaciones que provienen de más de 70 países. Trabajamos a favor de la transparencia en las industrias extractivas para promover sociedades sostenibles.

ISBN: 978-82-93212-46-1

Publish 
What You Pay
NORWAY